

AUTOS

AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° DE

PARA LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE

DON , Procurador de los Tribunales y de D. y D. GÓMEZ cuya representación tengo acreditada en los autos al margen reseñados, actuando bajo la dirección letrada de Don y D. ante el juzgado comparezco en autos arriba referenciados y como mejor proceda en derecho **DIGO:**

Que habiéndose dado traslado a esta parte, recurso de apelación presentado por S.A. contra la sentencia n° dictada en fecha 31 de octubre de 2.017, por medio de la cual se estima la demanda de juicio ORDINARIO interpuesta por D. y D. contra S.A., mediante el presente escrito, y en virtud de traslado de diligencia de ordenación de 15 de diciembre de 2.017, notificada el 19 de diciembre del presente, en tiempo y forma, al amparo de lo dispuesto en el art. 458 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil, **FORMULA OPOSICIÓN AL RECURSO DE APELACION** interpuesto por S.A. a tenor de los siguientes:

MOTIVOS DE OPOSICIÓN AL RECURSO APELACION

PRELIMINAR:

La sentencia apelada por la parte contraria, guarda perfecta concordancia con el petitum estimado de nuestra demanda, habiéndose valorado de forma exhaustiva la relación causal establecida entre las partes, con suficiente motivación en virtud de la prueba practicada, así pues, esta parte rechaza todos y cada uno de los argumentos utilizados por la demandada/apelante, en cuanto a la discrepancia de la sentencia dictada.

Así pues, reiteramos que la sentencia recurrida de contrario guarda perfecta concordancia, con reciente Sentencia y Auto de la Excma. Sala Primera del Tribunal Supremo, así como con la abundante y mayoritaria doctrina jurisprudencial de diferentes Audiencias Provinciales, las cuales estiman que está perfectamente legitimada para asumir la posición jurídica y contractual de la entidad

PRIMER MOTIVO DE OPOSICIÓN: [REDACTED] S.A. está legitimado para ser demandada en este procedimiento.

El juzgador “a quo” ha examinado correctamente la relación entre las partes, asimismo las obligaciones generadas y en su resultado ha dictado una sentencia determinando el incumplimiento por parte de la demandada, de sus obligaciones al respecto del producto bancario denominado Bonos [REDACTED] suscrito por mis mandantes con la entidad [REDACTED] (hoy [REDACTED])

No obstante, al respecto de esta cuestión y en un procedimiento gemelo al de los presentes autos, la **Excma. Sala Civil del Tribunal Supremo, en Sentencia nº 652/2017 de 29 de noviembre de 2.017, siendo Ponente D. [REDACTED]**, ya se ha pronunciado al respecto:

“...” QUINTO.- Decisión del tribunal (II). La legitimación pasiva en las acciones de nulidad de los contratos de adquisición de productos financieros complejos comercializados por las empresas de inversión

1.- Despejada la cuestión relativa a la eficacia a la cláusula exoneratoria invocada por [REDACTED] deben resolverse los demás argumentos impugnatorios planteados en este motivo.

En primer lugar, el relativo a que la transmisión del negocio bancario realizada por [REDACTED] a [REDACTED] no legitima pasivamente a esta para soportar la acción de nulidad del contrato de adquisición de los bonos porque [REDACTED] tampoco lo habría estado, pues su intervención en el contrato fue la de un simple intermediario.

Este argumento impugnatorio no puede estimarse por las razones que a continuación se exponen.

2.- Los demandantes adquirieron los bonos de [REDACTED] porque [REDACTED] los comercializaba y se los ofertó. No consta si los bonos adquiridos por los demandantes habían sido emitidos directamente por [REDACTED] para esa operación o si fueron transmitidos por un anterior titular. 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.

SEXTO.- Decisión del tribunal (III). La cesión de la posición contractual de ██████████ en el negocio bancario 1.- ██████████ argumenta en su recurso que, incluso en el caso de que se hubiera considerado que ██████████ tuvo en su día legitimación pasiva para soportar la acción de nulidad por su intervención en el contrato por el que los demandantes adquirieron los bonos de ██████████ ██████████ no tiene tal legitimación porque cuando se suscribió el contrato de transmisión del negocio bancario de ██████████ a ██████████ el contrato de compraventa de los bonos estaba consumado, al ser un contrato de tracto único, cuyas prestaciones estaban ya realizadas en el momento de la transmisión del negocio bancario de ██████████ a ██████████

Este argumento tampoco puede estimarse, por las razones que a continuación se exponen.

2.- ██████████ y ██████████ 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 ██████████ 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 [REDACTED] y [REDACTED] ha de ser analizado en su totalidad, sin descomponerlo artificialmente, para decidir si [REDACTED] está legitimado pasivamente para soportar las acciones relativas al contrato que en su día celebraron los demandantes con [REDACTED]

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 [REDACTED] a [REDACTED] 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 [REDACTED] 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, [REDACTED] se desprendió de los elementos patrimoniales necesarios para el desenvolvimiento del negocio bancario, que transmitió a [REDACTED] 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 [REDACTED] a [REDACTED] 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.

De soportar pasivamente las acciones de nulidad de los contratos celebrados por [REDACTED] 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 [REDACTED]

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 [REDACTED] por [REDACTED] 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 [REDACTED]

8.- Por tanto, la transmisión por [REDACTED] a [REDACTED] de su negocio bancario como unidad económica y, como elemento integrante de dicha transmisión, la sustitución de

██████████ por ██████████ en la posición contractual que aquel ostentaba frente a cada uno de sus clientes del negocio bancario, justifica que estos pudieran ejercitar contra ██████████ las acciones de nulidad contractual, por error vicio, respecto de los contratos celebrados por ██████████ con su clientela antes de la transmisión del negocio bancario, sin perjuicio de las acciones que ██████████ pueda ejercitar contra ██████████ para quedar indemne frente a esas reclamaciones, conforme a lo previsto en el contrato celebrado entre ambos bancos. “...”

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido.

1.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por ██████████ S.A., contra la sentencia ██████████ de 6 de octubre, aclarada por auto de 28 de octubre de 2015, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia, en el recurso de apelación núm. 403/2015 .

2.- Imponer a la recurrente las costas del recurso de casación así como la pérdida del depósito constituido. Librese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Asimismo, dicha **Excma. Sala Civil del Tribunal Supremo**, nuevamente se vuelve a pronunciar en procedimiento gemelo al presente en **Auto de 13 de diciembre de 2.017, Recurso nº 175/2017, Ponente: D. Dr. ██████████** .

“...” *Fundamento de Derecho Tercero:* Además en la reciente sentencia de esta Sala ██████████ de 29 de noviembre, en un asunto muy similar, la Sala ya se ha pronunciado sobre la legitimación pasiva de ██████████ en este tipo de procedimientos, en el sentido de considerar que sí la ostenta. “...”

PARTE DISPOSITIVA LA SALA ACUERDA:

1º) Inadmitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la ██████████ S.A. contra la sentencia dictada el 16 de noviembre de 2016, por la Audiencia Provincial de ██████████ (Sección 8ª), en el rollo de apelación núm. ██████████ dimanante de los autos de juicio ordinario núm. 1 ██████████ del Juzgado de Primera Instancia núm. ██████████, sin imposición de costas del presente recurso.

Los Principios Generales del Derecho, determinan que las sentencias deben dictarse de forma congruente con el petitum de la demanda, asimismo aplicando la suficiente coherencia en la citación de jurisprudencia, así lo invoca la Sentencia ██████████ dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº ██████████, en concordancia con la amplia jurisprudencia de diferentes Audiencias Provinciales al respecto de esta cuestión de la legitimación pasiva de ██████████ entre ellas:

Sentencia de la Audiencia Provincial Civil de Madrid, Sección Decimocuarta, Recurso de Apelación 949/2016, de 21 de marzo de 2.017.

Sentencia de la Audiencia Provincial Civil de Madrid, Sección Decimocuarta, Recurso de

Apelación 828/2.016, de 1 de marzo de 2.017.

Sentencia de la Audiencia Provincial Civil de Madrid, Sección 10ª, Recurso de Apelación 575/2016 de 30 de diciembre de 2.016.

Sentencia nº 593/2016, de la Audiencia Provincial Civil de Madrid, Sección 10a, Recurso de Apelación 1036/2016 de 7 de diciembre de 2.016.

Sentencia nº 533/2016, de la Audiencia Provincial Civil de Madrid, Sección 8a, Recurso de Apelación 770/2015 de 16 de noviembre de 2.016.

Sentencia no 359/2016, de la Audiencia Provincial Civil de Madrid, Sección 8a, Recurso de Apelación 491/2016 de 28 de julio de 2.016.

Sentencia no 443/2016, de la Audiencia Provincial Civil de Madrid, Sección 10a, Recurso de Apelación 708/2016, de 14 de septiembre de 2.016.

Sentencia no 98, de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, sección 3a, rollo de sala 505/2015, de 15 de abril de 2.016.

Sentencia nº 98, de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, sección 3ª, rollo de sala 505/2015, de 15 de abril de 2.016.

Sentencia de Audiencia Provincial de Baleares, sección 4ª, de 6 de octubre de 2.014.

Sentencia de Audiencia Provincial de Baleares, sección 3ª, de 6 de noviembre de 2.014.

Sentencia de Audiencia Provincial de Castellón, sección 3ª, de 10 de abril de 2.014.

Sentencia de Audiencia Provincial de Baleares, sección 5ª, de 28 de diciembre de 2.014.

Sentencia de Audiencia Provincial de Baleares, sección 5ª, de 8 de marzo de 2.016.

Sentencia de Audiencia Provincial de Valladolid, de 5 de septiembre de 2.013.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 3ª, de 20 de junio de 2.015.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de 17 de julio de 2.013.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, de 26 de enero de 2.011.

Así pues, todas estas sentencias de diferentes Audiencias Provinciales, han condenado a [REDACTED] y determinado la responsabilidad de la misma como consecuencia de la adquisición del negocio bancario de [REDACTED] produciéndose una subrogación en la posición contractual, de esta forma, [REDACTED] pasa a ocupar la posición jurídica ocupada por [REDACTED] a todos los efectos, asumiendo por tanto los derechos y obligaciones de ellos derivados, todo ello en virtud del proceso de integración del negocio bancario de [REDACTED] en [REDACTED]

Todas estas sentencias concluyen que la compraventa del negocio bancario de [REDACTED] por parte de [REDACTED] se realizó en sede de un proceso de reestructuración bancaria, motivado por el Real Decreto Ley 2/2011, de 18 de febrero, para el reforzamiento del sistema financiero y la imposibilidad de determinadas entidades financieras, entre ellas [REDACTED] de cumplir con los requisitos mínimos de capital exigidos por la norma (así se expone en el encabezamiento del contrato suscrito entre ambas entidades el 29 de septiembre de 2.011, Documento nº 12 de nuestra demanda), lo que motivó que transmitiera al comprador [REDACTED] los activos y pasivos que conforman el negocio bancario, incluyendo la intermediación de valores, depositaria y custodia, así como su gestora de fondos.

Es evidente que [REDACTED] ha creado una gran expectativa en mis mandantes, así pues, la demandada continuamente yerra en su creencia y manifiesta una continua contradicción de sus propios actos, habida cuenta remite a mis mandantes y a cada uno de los clientes de [REDACTED] cartas indicativas de un proceso de integración que será totalmente beneficioso para los intereses de mis mandantes (Documentos nº 6, 8 y 9 de nuestra demanda), asimismo completa dicha expectativa y creencia con las notas de prensa que son públicas y en ningún momento ninguna de las dos entidades desmienten (Documentos nº 3 a 5 de nuestra demanda), y a mayor abundamiento la entidad demanda remite orden al Ministerio de Hacienda Pública, en el BOE de 9 de febrero de 2.012, la cancelación de la autorización para actuar como entidad colaboradora en la gestión recaudatoria correspondiente al Banco de la Pequeña y Mediana Empresa, indicando lo siguiente: “Visto el escrito remitido por la entidad [REDACTED] en el que comunica la fusión por absorción del Banco de la Pequeña [REDACTED] por [REDACTED] (Documento nº 2 de nuestra demanda).

Esta cuestión ha sido exhaustivamente resuelta y motivada por la siguiente sentencia, entre otras:

Sentencia nº 443/2016, de la Audiencia Provincial Civil de Madrid, Sección 10ª, de 14 de septiembre de 2.016.

(...) En fecha 29 de septiembre de 2011, “[REDACTED] y “[REDACTED] celebraron contrato, en virtud del cual la primera se comprometió a vender y ceder y la segunda a comprar y asumir “los elementos patrimoniales que conforman dicho negocio bancario de [REDACTED] el referido contrato se eleva a escritura pública el 29 de septiembre de 2011.

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

Las informaciones publicadas en prensa sobre el acuerdo entre “[REDACTED] y “[REDACTED] se refieren a la transmisión de la totalidad del negocio bancario y de gestión de fondos de “[REDACTED] En esta línea, se dirige a todos sus clientes, comunicándoles lo siguiente: “Como ya conocerá a través de los medios de comunicación, nuestra entidad ha llegado a un acuerdo con [REDACTED] para

transmitirle su negocio bancario, que incluye, principalmente, nuestra cartera de préstamos y depósitos de la clientela, nuestras oficinas y la gestora de fondos de inversión". Asimismo, [REDACTED] remite una carta a los clientes de [REDACTED] en los siguientes términos: "como fase final del proceso de incorporación a nuestra entidad del negocio bancario de [REDACTED] vamos a proceder a la integración del equipo humano y los medios técnicos de su oficio habitual dentro de la red de oficinas de La [REDACTED]

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

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

SEGUNDO.- La parte apelante plantea como primer motivo de apelación la inexistencia de sucesión universal por parte de [REDACTED] en el lugar de [REDACTED]

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

Sin embargo, las noticias e informaciones que aparecen en prensa ponen de manifiesto que se ha producido una sucesión universal entre ambas entidades, que ninguna de ellas desmintió. Así, [REDACTED] se hace eco de la noticia en los siguientes términos: "El banco de [REDACTED] se quedará con el negocio financiero de la entidad" (refiriéndose a [REDACTED] añadiendo que "[REDACTED] se lo pone fácil a sus accionistas minoritarios ante su absorción por [REDACTED] Otra publicación puntualiza que "[REDACTED] ha llegado a un acuerdo con el [REDACTED] y [REDACTED], [REDACTED] para adquirir la totalidad de su actual negocio bancario y de gestión de fondos. [REDACTED] indica que [REDACTED] ultima la absorción del banco catalán "[REDACTED]

Como hemos dicho anteriormente, las entidades afectadas no desmienten dichas informaciones sino que corroboran las mismas, concretamente "[REDACTED] remite una

carta a todos sus clientes con el siguiente contenido: “Como ya conocerá a través de los medios de comunicación, nuestra entidad ha llegado a un acuerdo con [REDACTED] para transmitirle su negocio bancario, que incluye, principalmente, nuestra cartera de préstamos y depósitos de la cliente- la, nuestras oficinas y la gestora de fondos de inversión”; también [REDACTED]” les dirige una comunicación en el mismo sentido: “como fase final de proceso de incorporación a nuestra entidad del negocio bancario de [REDACTED] vamos a proceder a la integración del equipo humano y los medios técnicos de su oficina habitual dentro de la red de oficinas de [REDACTED]

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

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

En el supuesto que nos ocupa, no cabe duda que la actuación de ambas entidades bancarias ha generado la creencia de una absorción con sucesión universal de la totalidad de los pro- ductos bancarios, que incluso aparece reflejada en la publicación de la resolución del Ministerio de Hacienda (BOE de 9 de febrero de 2012), en la cual se cancela la autorización para actuar como entidad colaboradora en la gestión recaudatoria correspondiente al banco de la pequeña y mediana empresa, refiriéndose al escrito remitido por [REDACTED] al comunicar que “la fusión por absorción del [REDACTED] [REDACTED] por [REDACTED] En consecuencia, decae el primer motivo de apelación planteado...”

Nuestra motivación al igual que la sentencia, que de adverso se recurre, se basa en qué, como consecuencia de la adquisición del negocio bancario de [REDACTED] por parte de [REDACTED] se produjo la integración del negocio bancario y de los contratos a través de los que se desarrollaba aquel, con la consiguiente subrogación de ésta en la posición jurídica ocupada por aquella en los mismos términos, asumiendo por tanto los derechos y obligaciones de ellos derivados.

Dicha integración del negocio bancario y de cesión de los diversos contratos, conectada lógicamente con el objeto de adquisición, su configuración como unidad económica autónoma y ausencia de realización de la operación como una sucesión a título universal, tal operación ha

sido conferida conforme al art. 45 c) de la Ley de Ordenación Bancaria.

Y no solo [REDACTED] tiene dicha legitimación pasiva conforme al precepto mencionado, sino que también, a mis mandantes le asiste el correspondiente derecho de acción frente a la demandada, que a diferencia de la legitimación pasiva, que apunta a la capacidad procesal de las partes referida a un proceso concreto, por estar las partes en cierta relación con el objeto de litigio, esto atiende al éxito de la pretensión, para lo cual es preciso demostrar que se está asistido de la acción de derecho material que se utiliza y que se han probado los elementos que éste exige para su validez y eficacia, así como los hechos determinantes en cada caso, tal y como indican las **Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de abril y 18 de mayo de 1.962, 6 de noviembre y 2 de diciembre de 1.964, 24 de abril y 27 de noviembre de 1.969.**

Por lo tanto, la parte contraria no contempla que la orden de compra denominada Bonos [REDACTED] 5%, es un documento emitido por la entidad [REDACTED] firmado por dicha entidad y comercializado por la misma, eso conlleva una serie de relaciones con el cliente (consumidor a todos los efectos, con toda la protección de la ley al respecto), que van más allá del acto de suscripción del producto bancario, hay una serie de obligaciones por parte de la entidad bancaria comercializadora, deberes de lealtad, de diligencia en información, obligaciones que tienen vigencia durante toda la vida del contrato, obligaciones que han sido incumplidas por la entidad demandada.

La entidad demandada reitera nuevamente, que la entidad [REDACTED] solo realizó una actividad de “mera intermediación”, y esta cuestión está muy lejos de la realidad. La entidad [REDACTED] con el asesoramiento y comercialización del producto bancario denominado Bonos [REDACTED] 5% en ningún momento desarrolló una actividad de “mera intermediación” en virtud del ex art. 63 de la Ley de Mercado de Valores (En adelante L.M.V.), tal y como pretende la demandada/recurrente, ésta última incumplió en su integridad lo que determina el artículo 79 bis 1 de la L.M.V:

La gestión de [REDACTED] al respecto de estos Bonos [REDACTED] incluyó las siguientes particularidades, tal y como determina la L.M.V:

- Recomendación del producto bancario como de renta fija.
- Asesoramiento, recomendación del producto más apropiado para el cliente, con información personalizada, lo que conlleva conocimiento del cliente.
- De la nota de Valores emitida por la C.N.M.V (Documento nº 19 Bis de nuestra demanda), se desprende que la labor de [REDACTED] no era la de un simple intermediario, era mucho más amplia y con tres peculiaridades adicionales:

La Primera, las jugosas comisiones de colocación,

La Segunda, el evidente conflicto de intereses que reside detrás de la operación, a la fecha de la emisión de los Bonos, [REDACTED] [REDACTED] como accionista y cabecera del grupo empresarial tenía el 25,13% de [REDACTED] y el 15% de [REDACTED]

La Tercera el pacto incumplido de recompra.

En este caso, lo emitido y comercializado eran bonos u obligaciones simples, que dicho sea de paso no tenían especial calificación crediticia: dicha nota de valores dice que no se ha hecho ninguna evaluación del riesgo de los valores por entidad calificadora alguna, representan una parte proporcional de un préstamo, con obligación de restituir a su vencimiento, con retribución a sus titulares a través de un interés fijo o variable, en este caso fijo del 5%, con pacto de recompra por parte de [REDACTED] y cuya emisión sirvió para poder pagar la emisión anterior.

Según la CNMV, los productos de renta fija privada son valores emitidos por las empresas, que reconocen una deuda para la entidad emisora y que cotizan en mercados AIAF.

La existencia y extensión del deber de asesoramiento de la entidad financiera, NO ES UN NEGOCIO JURÍDICO DE TRACTO ÚNICO, “todo lo contrario”, es un contrato de tracto sucesivo, en virtud del art. 79 de la LMV, de la evolución legislativa de este precepto y de su progresivo endurecimiento del deber precontractual de información, partiendo de un esquema básico, cual es el cuidar los intereses ajenos como si fueran propios, tal y como indica la **S.T.S. de 20 de diciembre de 2.016**, “*aunque en el marco del error en la contratación de participaciones preferentes, desarrolla la doctrina del deber de información precontractual 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 de conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo especial hincapié en los riesgos de cada operación, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata.*”

Así pues, la relación jurídica de asesoramiento y comercialización del producto bancario, tal y como indica la LMV y la doctrina de la Excm. Sala Primera del Tribunal Supremo, es una relación jurídica que se establece con el cliente de la entidad en la cual no derivan necesariamente de los pactos escritos alcanzados entre las partes, ni exige como elemento necesario el pago de una retribución, pues como señala el art. 63.1 g LMV, se considerarán servicios de inversiones el asesoramiento en materia de inversión, entendiéndose por tal prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de este o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros, en igual sentido el **S.T.S 20 de enero de 2014 con base en lo que señala la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso GENIL 48 SL**, “*pone también de manifiesto que tiene la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación realizada por la entidad financiera al cliente inversor, que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público*”.

Así pues, los servicios prestados por la demandada al demandante, en la operación aquí analizada, han de incluirse los servicios de asesoramiento en materia de inversión, cuestión que no ha sido desvirtuada por la demandada, tratándose de una relación de tracto sucesivo que se mantiene vigente durante toda la vigencia del producto bancario, la suscripción de los bonos fue

precedida de una serie de actuaciones de un comercial de la entidad por la que se subrogó la aquí demandada/recurrente [REDACTED] en las que se le presentó un producto como conveniente para mis mandantes, en base a las consideraciones de sus circunstancias personales, ofreció dicho producto bancario como de renta fija, todo ello en base a la relación de confianza que mantenía con los empleados de dicha entidad, presentando éstos el producto como muy beneficioso para mis mandantes.

Asimismo, esa única relación jurídica existente entre la deudora y mis mandantes, tiene su consecuencia directa en el vínculo existente entre la entidad emisora de los bonos, esto es [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] y la entidad [REDACTED] así pues, no puede pretender la demandada/recurrente, mantener la máxima de que la entidad [REDACTED] (ahora [REDACTED] sólo intervino como mera intermediaria en la comercialización de este producto bancario, alegando que dicha intermediación se efectuó sin ningún tipo de responsabilidad relativa al deber de información, diligencia, lealtad y asesoramiento en cuanto al producto bancario recomendado y “colocado” a mis mandantes.

Relación entre obligacionista y emisor post compraventa: Reiteramos que “La emisión global de dicho bonos [REDACTED] 5% estuvo a cargo de una entidad mercantil perteneciente a un determinado grupo empresarial “[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED].A.”, dicho grupo empresarial estaba integrado por varias empresas, entre ellas [REDACTED] con un 25,13% y la entidad [REDACTED] con un 15% (Documentos N° 19 Bis, 20 Bis, 20 de nuestra demanda), así pues, [REDACTED] fue emisor de dichos Bonos [REDACTED] 5%, y se encargó del asesoramiento y comercialización de dicho producto bancario mediante la técnica de la “recomendación de producto de renta fija”, vemos el Documento n° 5 de nuestra demanda, la orden de compra suscrita por mis mandantes con la entidad [REDACTED]

Por consiguiente, y refiriéndonos a la doctrina de los actos propios, de que la propia demandada ha asumido la integración del negocio bancario atendiendo a sus propios actos, por lo que no puede negar su legitimación pasiva, pues vulneraría el principio de buena fe fijado en el art. 7 del Código Civil, así figura de los Documentos n° 6, 8 y 9 de la demanda, que comunicó a mis mandantes con fecha de 01/12/11 la integración del negocio bancario de [REDACTED] en [REDACTED] por lo que les daba la bienvenida como clientes, en el mismo sentido comunicó que sus productos mantendrían las mismas condiciones que tenían con la entidad [REDACTED] incluso con más beneficios, habida cuenta pasarían a estar en la entidad de mayor solvencia, asimismo, los productos y contratos que ostentaba con [REDACTED] pasarían a la demandada y vemos como en el Documento n° 10 de nuestra demanda se materializa este hecho por la entidad demandada, siendo los Bonos [REDACTED] productos vigentes en la cartera de productos bancarios de nuestros mandantes con la entidad [REDACTED]

No hay que olvidar, que la *parte actora en todo momento tiene la condición de consumidora, además de inversor minorista y conservador*, así pues, dicha cuestión se mantiene cuando es la propia demandada la que remitió carta a mis mandantes y a cada cliente inversor minorista de los Bonos [REDACTED] para informarles del acuerdo alcanzado el 1-12-11, dándoles la bienvenida a la entidad de mayor solvencia.

Hay que tener en cuenta, tal y como se indicó en nuestra demanda, que mis mandantes, no tienen ningún tipo de conocimiento en el sector financiero/bancario, con una trayectoria con la entidad [REDACTED] de toda una vida, relación basada en la confianza absoluta en los empleados de la entidad, quienes ofrecieron a mis mandantes, este “tóxico producto bancario denominado Bonos [REDACTED] así pues, y poniendo a esta Ilma. Sala en antecedente, de las maniobras torticeras que dos entidades bancarias han realizado con el único fin de lucrarse con el dinero y los ahorros de pequeños ahorradores, quienes sin ningún tipo de conocimiento en banca se han confiado del asesoramiento prestado por los empleados de la entidad, ante los ofrecimientos de estos productos bancarios, ya de sobra denominados “tóxicos”, que la entidad [REDACTED] ha comercializado y colocado a mis mandantes, intentando la entidad [REDACTED] al subrogarse en la posición contractual de [REDACTED] liberarse de los mismos mediante pactos oscuros, siendo los mismos nulos de pleno derecho y en fraude de ley.

SEGUNDO MOTIVO DEL RECURSO: Validez de las ordenes de compra y del Pacto de recompra. Existe vicio-error esencial, sustancial y excusable en el consentimiento de la parte actora. Falta de información.

La parte demandada/apelante pretende generar al juzgador una falsía jurídica al indicar que el pacto de recompra lo debía cumplir el emisor de los Bonos, que no es otro que la entidad [REDACTED] no obstante, esta cuestión también ya ha quedado resuelta en diferentes Sentencias de Audiencias Provinciales, que indican que toda la carga de la prueba corresponde a la entidad demandada, todo ello relacionado con el perfil de la demandante, que no es otro que el perfil de un cliente minorista, de una entidad bancaria a la que acudía desde hacía más de 20 años, en la que se dejaba asesorar por sus empleados, mediante una relación basada en la confianza con estos, no obstante, esta confusión a la que pretende hacer llegar al juzgador es totalmente innecesaria, habida cuenta la sentencia recurrida por la apelante, lo argumenta de forma muy clara y precisa.

[REDACTED]

“...” **SEXTO** *Conviene puntualizar que, por el tiempo en que se concertó el contrato de las órdenes de compra de los bonos en 2006, resulta de aplicación la regulación legal del Mercado de Valores anterior a la transposición en nuestro ordenamiento de la Directiva 2004/39/CE, relativa a los mercados de instrumentos financieros, conocida como Directiva MIFID (Markets in Financial Instruments Directive), operada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo el contenido de los actuales arts. 78 y ss. de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante LMV).*

Declara la STS Pleno de 15 de septiembre de 2015 «Como ya advertimos en la Sentencia 460/2014, de 10 de septiembre, con anterioridad a la trasposición de esta Directiva MIFID, la normativa del mercado de valores daba «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 de cálculo, 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».

El art. 79 LMV ya establecía como una de las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, la de “a asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados [...]”.

Por su parte, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.

El art. 5 del anexo de este RD 629/1993 regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes:

“1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...]”.

3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos”.

En el mismo sentido la STS, Sala Primera, de lo Civil, 60/2016, de 12 de febrero, recurso 2450/2012 «Como hemos recordado en otras ocasiones en supuestos similares al presente, en que se habían comercializado productos que podían incluirse dentro de la denominación genérica de permuta financiera o swap, al margen del motivo por el que se concertaron o la explicación que se dio al ser comercializados, no dejan de tener la consideración de producto financiero complejo, sobre cuya comercialización pesan los deberes de información expuestos: «dicho de otro modo, en la contratación de estos contratos financieros con inversores minoristas o no profesionales, con independencia de cómo se denomine el contrato y de si van ligados a una previa operación financiera, como es el caso, o son meramente especulativos, regían los deberes de información de la normativa pre MIFID (sentencia 559/2015, de 27 de octubre)».

SEPTIMO.-*Perfil del actor.*

La parte demandante D. [REDACTED] manifiesta que ignoraba estar invirtiendo sus ahorros en un producto de alto riesgo (hecho decimoprimeros de su demanda), siguiendo la recomendación de los empleados de la oficina donde los concertó (su director) y que, después de la suscripción, tampoco fue informado del riesgo del emisor ni sobre el compromiso de recompra adquirido.

El actor propuso como testigo al director de la sucursal en donde se firmó la orden adquisición de los bonos, cuya identidad no pudo ser facilitada por la demandada por imposibilidad dado que ella no intervino en la intermediación.

No consta que aquel tuviera formación, conocimiento y/o experiencia en materia de productos

financieros complejos como las preferentes ni que dispusiera de otro asesoramiento cualificado distinto del que pudiera ofrecerle el Banco.

Según los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria, recogidos en el Art. 217 de la LEC, resulta inverosímil la imposibilidad alegada, pues identificada la sucursal (oficina 007 Madrid, Fleming) así como el número identificado del gerente (306233), según se recoge en el documento nº 5 aportado con la demanda y no impugnado de adverso, debiendo por ello soportar las consecuencias ligadas a su falta de colaboración en orden a acreditar cuáles y cómo fueron las circunstancias de la contratación de los bonos.

OCTAVO.- - El deber de información por parte de [REDACTED]

El TS en sentencia dictada el 8 de septiembre de 2014 analiza en profundidad la naturaleza jurídica y el marco normativo de las participaciones preferentes, precisando que “Desde el momento en que el legislador ha previsto la existencia de las participaciones preferentes, como parte de los recursos propios de una entidad de crédito, siempre y cuando cumplan una serie de características (...), resulta muy difícil calificar la comercialización de participaciones preferentes como nula de pleno derecho por ser contraria al orden público. Cuestión distinta es que por la forma en que fueron comercializadas se hubiera podido cometer algún abuso que, a los efectos de la validez del negocio, pudiera haber propiciado su contratación bajo un vicio del consentimiento, como el error”.

Como señala la sentencia del TS de 8 de julio de 2014, reiterando la doctrina fijada en la dictada por el Pleno, de 20 de enero de 2014 para discernir si un servicio constituye o no un asesoramiento en materia financiera -lo que determinará la necesidad o no de hacer el test de idoneidad- no ha de estarse, tanto a la naturaleza del instrumento financiero como a la forma en que este es ofrecido al cliente, valoración que debe realizarse con los criterios establecidos en el artículo 52 Directiva 2006/73 que aclara la definición de servicio de asesoramiento financiero en materia de inversión del artículo 4.4 Directiva MiFID, según la doctrina fijada por la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48, S.L. (C-604/2011), conforme a la cual tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación realizada por la entidad financiera al cliente inversor "que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público".

La misma sentencia 840/2013 se refirió a la diferente función de ambas evaluaciones, distinguiendo la finalidad del test de conveniencia -que va dirigido a la valoración de los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con el objetivo de que la entidad financiera pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera y pueda determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa, en los términos que establece el artículo 73 RD 217/2008- de la finalidad del test de idoneidad -que procede, como se ha dicho, cuando se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de cartera mediante la realización de una recomendación personalizada-, en el que se suma el test de conveniencia (sobre conocimientos y experiencia en materia financiera del cliente) a un informe sobre su situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y sus objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan, según especifica el artículo 72 RD 217/2008.

1º. Existió un servicio de asesoramiento financiero pues la adquisición de los bonos le fue ofrecido por el personal de [REDACTED] siendo evidente la total falta de información por parte de esta entidad al actora cuando firmó la orden de adquisición de los bonos.

En ese contexto el deber de información que correspondía a la entidad bancaria demandada,

conforme a la normativa bancaria específica aplicable en el momento de la contratación, ya referida, RD 629/13, (anterior a que la Ley del Mercado de Valores introdujera en su articulado las novedades de la Directiva MIFID, mediante la Ley 47/2007, de 18 de diciembre) era el necesario para proporcionar al cliente un grado de conocimiento suficiente de la naturaleza y riesgos del producto que se le ofrecía a fin de poder prestar un consentimiento debidamente informado, con conocimiento de causa y carente de vicio por error en cuanto a la trascendencia y posibles repercusiones globales de las obligaciones asumidas puestas en relación con el objetivo propuesto al contratar.

El incumplimiento de la normativa administrativa relativa al deber de información, como dice la sentencia de la sección 13.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 14 de febrero de 2012, no puede producir por sí mismo y sin más la nulidad del contrato financiero concertado, pero sí tiene sustancial trascendencia para determinar si el cliente, en función de su preparación financiera, nivel de formación y experiencia, era plenamente consciente de las obligaciones y riesgos que asumía y, en definitiva, si pudo o no incurrir en un error grave y esencial sobre lo que contrataba y sobre sus condiciones, en otros términos, si el consentimiento prestado estaba o no suficientemente formado.

La carga de la prueba sobre la corrección y suficiencia del asesoramiento o información pesa sobre la entidad bancaria -la diligencia exigible es la específica del ordenado empresario-, conforme a las normas que la disciplinan en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento civil, aunque corresponde a la parte adversa justificar la existencia del vicio invalidante del consentimiento, pues éste se presume válidamente prestado, conforme a la doctrina jurisprudencial consolidada.

El fundamento de derecho quinto de la sentencia nº 3 [REDACTED] 4, de 7 de julio del TS dice: “Según se declaró en la STS núm. 840/2013 EDJ 2014/8696, la habitual desproporción que existe entre la entidad que comercializa servicios financieros y los clientes, derivada de la asimetría informativa sobre productos financieros complejos, es lo que ha determinado la necesidad de una normativa específica protectora del inversor no experimentado, que tiene su último fundamento en el principio de la buena fe negocial, a la que ya se había referido esta Sala en la STS num. 244/2013, también del Pleno, de 18 de abril de 2013, recurso núm. 1979/2011 EDJ 2013/70366, en la que -aunque dictada en un proceso sobre un contrato de gestión discrecional de cartera de inversión concertado antes de la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva MiFID- se analizó el alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor y, en concreto, el elevado estándar de información exigible a la empresa que presta el servicio de inversión. Ahora esta Sala debe reiterar en la presente sentencia los criterios de interpretación y aplicación de esa normativa y la incidencia de su incumplimiento en la apreciación de error vicio del consentimiento.

Conforme a esta línea jurisprudencial, el cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa, como una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe que se contienen en el artículo 7 CC, y para el cumplimiento de ese deber de información no basta con que esta sea imparcial, clara y no engañosa, sino que deberá incluir de manera comprensible información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y también orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias (art. 79 bis LMV, apartados 2 y 3; art. 64 RD 217/2008)”.

Criterio que se reitera en la sentencia del mismo Tribunal de 8-7-2014, nº387/2014.

La prueba del cumplimiento del deber de información previo a la suscripción del contrato no puede consistir únicamente en un folleto informativo falto de claridad y en el propio contenido del contrato una vez firmado.

En todo caso, sea cual sea la norma jurídica que se seleccione, siempre impone el deber de

información completa de los aspectos esenciales, el deber de claridad y concreción en la redacción del contrato y proscribire el desequilibrio de las prestaciones", pues bastaría recurrir los artículos 7 y 1.256 del Código Civil para sustentar tal conclusión.

Así se infiere, por lo demás, del artículo 5.3 del Código de Conducta, al que el artículo 2.1 del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo EDL 1993/16198 confiere pleno valor normativo, cuando dispone que "la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos"..."

Así pues, aplicando la normativa del mercado de valores, debe dispensarse una especial protección al cliente bancario, cliente consumidor (cómo es este caso) y al cliente en general, en un empeño de dotar de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan con las entidades financieras, y a cuyo sector concurren los consumidores, así pues, el deber de asesoramiento y de información, así como de lealtad y leal comportamiento es continuo por parte de la entidad financiera, cuestión esta que es de manifiesto incumplimiento por la parte demandada/apelante.

A mayor abundamiento, es la propia sentencia del juzgador "a quo", quien reitera que la carga probatoria acerca del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros DEBE pesar sobre el profesional financiero, respecto del cual la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica de un ordenado empresario y representante leal en defensa de sus clientes, lo cual es lógico por cuanto desde la perspectiva de éstos últimos (los clientes) se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de información (AP Valencia 26-04-2006).

No obstante, mis mandantes nunca contrataron una orden de compra de valores con un alto riesgo ni con la complejidad del producto bancario denominado Bonos [REDACTED] que comercializó [REDACTED] (ahora [REDACTED]). Mis mandantes realizaron un depósito bancario al 5% de interés anual y con pagos de intereses y con vencimiento a 14/08/11, (Documento nº 5 y 10 de nuestra demanda) así pues, mis mandantes no realizaron ninguna compra de valores ni dieron orden de ninguna operación relacionada con valores que pudiesen alcanzar un alto riesgo, simplemente, al apelado/demandante, le contrataron un producto bancario que no habían ni tan siquiera pedido, ni era su intención la contratación en productos de alto riesgo, adquirieron un producto bancario con las indicaciones que les dieron los empleados de la entidad, esto es de Renta Fija con un interés de 5% anual, sin ningún tipo de riesgo.

Es conveniente hacer algunas consideraciones sobre la clase de los productos que la parte demandante suscribió.

En la orden de compra de los productos financieros cuya nulidad se insta la demanda aportando junto a la demanda el reverso del documento de contratación solo constan las siguientes menciones:

En su reverso, consta CONTRATO DE COMPRAVENTA CON PACTO DE RECOMPRA DE ACTIVOS FINANCIEROS NEGOCIADOS EN MERCADOS ORGANIZADOS y se detallan las condiciones generales para ello.

Es de resaltar que la demandada no ha aportado a los presentes autos el contrato de administración y depósito, a pesar de la facilidad y disponibilidad que ambas tenían (art. 217.7 LEC), y habiendo sido requeridas en la audiencia previa para su aportación, al que se remite expresamente la orden de compra de los valores para la fijación de las condiciones contractuales generales, así como contrato de apertura de cuenta corriente y cuenta de valores con pacto de recompra, no lo ha llevado a cabo, ni el contrato de orden de compra suscrito con mis mandantes en el año 2.006.

El producto bancario denominado Bonos [REDACTED] contratado por mis mandantes, con la entidad [REDACTED] (ahora [REDACTED] en fecha de julio de 2.006, con fecha de vencimiento en 14/08/2.011, se trata de un contrato con indicación de la fecha de vencimiento, momento en el cual mis mandantes deberían haber recibido el nominal del principal invertido, esto es 30.000 Euros, más el pago del último cupón correspondiente al año 2.011 con el 5% del interés pactado.

Dicho lo anterior, el art. 63 de la Ley del Mercado de Valores (LMV) en la redacción vigente en el momento de suscribir el contrato de autos, establecía que: "1. Se considerarán servicios de inversión los siguientes: a) La recepción y transmisión de órdenes por cuenta de terceros, li) La ejecución de dichas órdenes por cuenta de terceros, c) La negociación por cuenta propia, d) La gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión con arreglo a los mandatos conferidos por los inversores, e) La mediación, por cuenta directa o indirecta del emisor, en la colocación de las emisiones y ofertas públicas de ventas. F) El aseguramiento de la suscripción de emisiones y ofertas públicas de venta".

Ciertamente, con la regulación vigente, en el momento de suscribirse el producto bancario denominado Bonos [REDACTED] se preveían entre los servicios de inversión, el de asesoramiento. Estando previsto dicho servicio de asesoramiento desde el año 2.004, según vigente Directiva 2004/39/CE, en su art. 4.1.2) por remisión a la sección a del Anexo I. entendiéndose como tal y de acuerdo con lo dispuesto en el art 4.1.4). "la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros".

De hecho, actualmente el art. 63 LMV, tras la reforma operada por la Ley 47/2007 en orden a la trasposición de la citada Directiva, establece que: "1. Se considerarán servicios de inversión los siguientes: a) La recepción y transmisión de órdenes de clientes en relación con uno o más instrumentos financieros. Se entenderá comprendida en este servicio la puesta en contacto de dos o más inversores para que ejecuten operaciones entre sí sobre uno o más instrumentos financieros, b) La ejecución de dichas órdenes por cuenta de clientes, c) La negociación por cuenta propia, d) La gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión con arreglo a los mandatos conferidos por los clientes, e) La colocación de instrumentos financieros, se base o no en un compromiso firme. f) El aseguramiento de una emisión o de una colocación de instrumentos financieros, g) El asesoramiento en materia de inversión, entendiéndose por tal la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros. No se considerará que constituya asesoramiento, a los efectos de lo previsto en este apartado, las recomendaciones de carácter genérico y 110 personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros. Dichas recomendaciones tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial, h) La gestión de sistemas multilaterales de negociación".

Como vemos, ahora se contempla, entre los servicios de inversión, el asesoramiento en el apartado g) que anteriormente no se contemplaba.

Pues bien, en el presente caso, mis mandantes adquirieron el producto bancario denominado Bonos [REDACTED] contratado en su día por la relación de confianza que mantenía con los empleados de [REDACTED] (ahora [REDACTED] siendo la demandada quién les ofreció dicho producto, cuestión ésta, que no niega en su contestación a la demanda, ni tampoco se ha negado en el acto del juicio, ya que se limita a discrepar respecto a la naturaleza jurídica de la relación entre las partes, sin entrar a discutir el hecho relativo a cómo se produjo la contratación. Fue la entidad financiera la que se puso en contacto con mis mandantes en el año 2006 para renovar el producto que se había contratado en el año 2.001, del que destacó únicamente sus virtudes, diciéndole que era seguro, de renta fija, que producía atractivos intereses y no tenía riesgo de ningún tipo. No se le advirtió de ninguno de sus altos riesgos, ni se le ofreció información adicional de ninguna clase, teniendo en cuenta que nuestros mandantes no tienen ningún tipo de conocimiento financiero, y que la entidad bancaria demandada sólo le ha notificado que sus ahorros se encuentran en la entidad bancaria de mayor solvencia, en ningún momento les has informado que perderían absolutamente todos sus ahorros por una operación de traspaso de entidades bancarias en fraude de acreedores.

Sentado lo anterior, si los productos fueron ofrecidos por la apelante/demandada, es evidente que estamos ante la actividad descrita como de “servicio de asesoramiento” que regula la vigente Ley del Mercado de Valores. Y aunque es cierto que este servicio estaba previsto en la redacción de la referida Ley vigente en el momento de suscribirse el contrato de autos, también lo es, que la actual regulación es fruto de la transposición de la Directiva 2004/39/CE anteriormente citada, que también estaba vigente cuando se suscribió el producto bancario denominado Bonos [REDACTED] que compete a los presentes autos.

Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2013, establece al respecto de la normativa comunitaria que:

"la progresión en la protección del inversor que supone la Directiva 2004/39/CE. de 21 de abril, MIFID (Markets in Financial Instruments Directive), ha de ser tomada también en consideración en la interpretación de las obligaciones de la empresa que prestaba los servicios de inversión aunque cuando las partes concertaron el contrato no hubiera transcurrido el plazo de transposición pues el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha afirmado expresamente que la obligación de interpretación del Derecho interno a la luz de la letra y la finalidad de la Directiva vincula a los jueces con independencia de que haya transcurrido o no el plazo para la transposición (Sentencia de 8 de octubre de 1987. caso "KolpinghuisNijmegen", asunto 80/86). En tal sentido, esta Sala ha utilizado Directivas cuyo plazo de transposición no había finalizado, y que no habían sido efectivamente transpuestas a nuestro Derecho interno, como criterios de interpretación del mismo. Así ocurrió en la sentencia de la Sala 1º del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1996 que utilizó la Directiva 93/13 /CEE, sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores, para interpretar la normativa de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios".

Aplicando las consideraciones expuestas a la presente litis, en las que no se ha aportado el contrato que unía a las partes y en la que consta que la demandante tuviera experiencia previa en materia de inversión, cuesta creer que la iniciativa de su adquisición partiera de ella. Por lo tanto, habrá que concluir que si que hubo un asesoramiento a los actores entendido éste como "la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros" (art 63.1 g) Ley del Mercado de Valores).

El producto ofertado y definitivamente contratado fue un bono [REDACTED] instrumento financiero sujeto a la LMV 24/1988, que vino a trasponer al derecho español el régimen de la Directiva 2004/39/CE, relativa a los mercados de instrumentos financieros (en adelante directiva MIFID)

por la que se modifican las Directivas 85/61 1/CLF y 93/6/CEE del Consejo y Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo.

No puede considerarse que su alta rentabilidad fuera consecuencia del riesgo asumido. Según resulta de la orden de compra el rendimiento ofrecido era del 5% cuando en ese mismo año, 2006, el interés legal del dinero era del 4%, por lo que no se estima que el producto contratado ofreciera una alta rentabilidad equiparable al riesgo asumido.

Por otro lado, no hay constancia en la orden de compra, ni en ningún otro documento, de ninguna advertencia del alto riesgo de no recuperación del capital invertido, haciéndose mención en la demanda a una nota emitida por la sociedad ██████ registrada en la CNMV (**Documento nº 19 Bis** de nuestra demanda) en fecha 5 de julio de dos mil seis, de la que nunca llegaron a tener noticia mis mandantes, de la que resulta que tenían riesgo por fluctuación de tipo de interés, riesgo de crédito (sin asignación de calificación crediticia de clase alguna), riesgo de mercado: riesgo de liquidez de financiación, inexistencia de evaluación del riesgo de los valores realizada por entidad calificación alguna.

Por otro lado, no hay constancia en la orden de compra, ni en ningún otro documento, de ninguna advertencia del alto riesgo de no recuperación del capital invertido.

En cuanto a la orden de compra con pacto de recompra, **la Sentencia 359/16, de la Audiencia Provincial Civil de Madrid, Sección 8ª, Recurso de Apelación 491/2016 de 28 de julio de 2.016:**

“...” UNDECIMO.- Por último hay que recordar el incumplimiento contractual de la recompra de los bonos por ██████ SA que conlleva la resolución interesada (art 1124 cc)...”

S.A.P. 443/16 de Madrid, Sección 10ª, Recurso de Apelación 708/2016, de 14 de septiembre de 2.016.

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

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

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

Civil), que conlleva la nulidad de la inversión realizada.

Para saber si hubo o no error en la prestación del consentimiento, resulta trascendental determinar la información que se facilitó por la entidad demandada a mis mandantes para poder analizar que instrumentos tuvieron a su alcance a la hora de plasmar su consentimiento ante lo que ya se ha dicho son productos complejos y de altísimo riesgo.

Para resolver la controversia objeto de autos, esto es, si hubo o no error en la prestación del consentimiento, resulta trascendental determinar la información que se facilitó por la entidad demandada a la actora para poder analizar que instrumentos tuvieron a su alcance a la hora de plasmar su consentimiento ante lo que ya se ha dicho son productos complejos. El derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario). Principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible.

Y a estos efectos, en referencia al servicio de asesoramiento y al “deber” de información, las **siguientes Sentencias** ya lo han resuelto:

- S.A.P. de Madrid, Sección 8ª, Sentencia 359/16 de 28 de julio de 2.016, Rec. 491/2.016
- S.A.P. de Madrid, Sección 10ª, Sentencia 443/16 de 14 de septiembre, Rec. 708/2016
- S.A.P. de Madrid, Sección 13ª de 14 de febrero de 2.012.
- S.A.P. de Castellón, Sección 3ª de 10 de abril de 2.014.
- S.A.P. de Baleares, Sección 3ª de 6 de noviembre de 2.014.
- S.A.P. de Baleares, Sección 4ª, de 6 de octubre de 2.014.
- S.A.P. de Palma de Mallorca, Sección 3ª, de 15 de abril de 2.016. Sentencia 98/16.
- S.A.P. de Baleares, Sección 5ª, de 8 de marzo de 2.016.
- S.T.J.U.E de 30 de mayo de 2.013.
- S.T.S de 18 de abril de 2.013
- S.T.S de 15 de septiembre de 2.015
- S.T.S, Sala Primera, Civil, 60/2016 de 12 de febrero, Recurso 2450/2012.
- S.T.S de 8 de septiembre de 2.014
- S.T.S de 8 de julio de 2.014
- S.T.S de 20 de enero de 2.014
- S.T.S 384/2014 de 7 de julio de 2.014
- S.T.S 840/2013 de 20 de enero de 2.013
- S.T.S 769/2014 de 12 de enero de 2.014
- S.T.S 489/2015 de 16 de septiembre de 2.015
- S.T.S 215/2013 de 8 de abril de 2.013.

Sentencia 359/16, Audiencia Provincial Civil de Madrid, Sección 8ª, Rec. Apel. 491/2016 de 28 de julio de 2.016:

“...” **OCTAVO.-** *El deber de información por parte de* ██████████

El TS en sentencia dictada el 8 de septiembre de 2014 analiza en profundidad la naturaleza jurídica y el marco normativo de las participaciones preferentes, precisando que “Desde el momento en que el legislador ha previsto la existencia de las participaciones preferentes, como parte de los recursos propios de una entidad de crédito, siempre y cuando cumplan una serie de

características (...), resulta muy difícil calificar la comercialización de participaciones preferentes como nula de pleno derecho por ser contraria al orden público. Cuestión distinta es que por la forma en que fueron comercializadas se hubiera podido cometer algún abuso que, a los efectos de la validez del negocio, pudiera haber propiciado su contratación bajo un vicio del consentimiento, como el error”.

Como señala la sentencia del TS de 8 de julio de 2014, reiterando la doctrina fijada en la dictada por el Pleno, de 20 de enero de 2014 para discernir si un servicio constituye o no un asesoramiento en materia financiera -lo que determinará la necesidad o no de hacer el test de idoneidad- no ha de estarse, tanto a la naturaleza del instrumento financiero como a la forma en que este es ofrecido al cliente, valoración que debe realizarse con los criterios establecidos en el artículo 52 Directiva 2006/73 que aclara la definición de servicio de asesoramiento financiero en materia de inversión del artículo 4.4 Directiva MiFID, según la doctrina fijada por la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48, S.L. (C-604/2011), conforme a la cual tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación realizada por la entidad financiera al cliente inversor "que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público”.

La misma sentencia 840/2013 se refirió a la diferente función de ambas evaluaciones, distinguiendo la finalidad del test de conveniencia -que va dirigido a la valoración de los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con el objetivo de que la entidad financiera pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera y pueda determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa, en los términos que establece el artículo 73 RD 217/2008- de la finalidad del test de idoneidad -que procede, como se ha dicho, cuando se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de cartera mediante la realización de una recomendación personalizada-, en el que se suma el test de conveniencia (sobre conocimientos y experiencia en materia financiera del cliente) a un informe sobre su situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y sus objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan, según especifica el artículo 72 RD 217/2008.

1º. Existió un servicio de asesoramiento financiero pues la adquisición de los bonos le fue ofrecido por el personal de ██████████ siendo evidente la total falta de información por parte de esta entidad al actora cuando firmó la orden de adquisición de los bonos...”

Teniendo en cuenta la fecha de la compra de los bonos ahora litigiosos, 12/10/2006. ha de comenzarse señalando cómo el art. 79.1.d) de la Ley 24/1988 de 28 de julio, de Mercado de Valores, en su redacción vigente hasta el 12 de agosto de 2007 establecía que "las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el Mercado de Valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, deberán atenerse a los siguientes principio y requisitos: e) asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados”.

A su vez, el RD 829/1993 de 3 de mayo, puntualiza que los deberes de información exigibles eran los siguientes: "El art. 4 prescribe que las órdenes de los clientes sobre valores sean claras y precisas en su alcance y sentido, de forma que tanto el ordenante como el receptor conozcan con exactitud sus efectos, precisando el art. 9 que "las entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones. Dicha información deberá ser clara, concreta y de fácil comprensión". El art. 15 de este mismo reglamento regulaba la documentación que debía ser objeto de entrega, entre la que se

encontraba el documento contractual y una copia de las comisiones y gastos repercutibles, así como las normas de valoración y de disposición de fondos y valores aplicables a la operación concertada. Además, el art. 16 regula la información a la clientela sobre las operaciones realizadas, cuyo apartado 1 dispone que "(I) as entidades facilitarán a sus clientes en cada liquidación que practiquen por sus operaciones o servicios relacionados con los mercados de valores un documento en que se expresen con claridad los tipos de interés y comisiones o gastos aplicados, con indicación concreta de su concepto, base de cálculo y periodo de devengo, los impuestos retenidos y, en general, cuantos antecedentes sean precisos para que el cliente pueda comprobar la liquidación efectuada y calcular el coste o producto neto efectivo de la operación".

Y el apartado 2. que "(I) as entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones. En este sentido, dispondrán y difundirán los folletos de emisión, informarán sobre la ejecución total o parcial de órdenes, fechas de conversión, canjes, pagos de cupón y, en general, de todo aquello que pueda ser de utilidad a los clientes en función de la relación contractual establecida y del tipo de servicio prestado".

El art. 5 del anexo de este RD 629/1993 regula con mayor detalle esta información a los clientes, y dispone que:

1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos.

2. Las entidades deberán disponer de los sistemas de información necesarios y actualizados con la periodicidad adecuada para proveerse de toda la información relevante al objeto de proporcionarla a sus clientes.

3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

4. Toda información que las entidades, sus empleados o representantes faciliten a sus clientes debe representar la opinión de la entidad sobre el asunto de referencia y estar basada en criterios objetivos, sin hacer uso de información privilegiada. A estos efectos, conservarán de forma sistematizada los estudios o análisis sobre la base de los cuales se han realizado las recomendaciones.

5. Las entidades deberán informar a sus clientes con la máxima celeridad de todas las incidencias relativas a las operaciones contratadas por ellos, recabando de inmediato nuevas instrucciones en caso de ser necesario al interés del cliente. Sólo cuando por razones de rapidez ello no resulte posible, deberán proceder a tomar por sí mismas las medidas que, basadas en la prudencia, sean oportunas a los intereses de los clientes.

A tenor del art. 79 bis con la Ley 47/200 la entidad financiera tenía que facilitar información al cliente contratante como ya se ha expuesto y así lo ha entendido el TS en Sentencia de 20/1/2014 "ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el

proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto". Los deberes legales de información, en nuestro caso los antes expuestos del RD 629/1993. "responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 CC y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, reflejo de lo cual es la expresión que adopta en los Principios de Derecho Europeo de Contratos (The Principles of European Contract Law -PECL- cuyo art. 1:201 bajo la rúbrica " Goodfaith and Fairdealing " ("Buena fe contractual"), dispone como deber general: " Eachparty must act in accordance with goodfaith and fairdealing " ("Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe"). Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran (...) los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar" (Sentencia 840/2013. de 20 de enero de 2014).

Actualmente, el deber de información de las entidades financieras sobre este tipo de productos bancarios se regula por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988 de 28 de julio, del Mercado de Valores, en su arts. 78 y s.s. y por los arts. 60 y s.s del Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva aprobado por el Real Decreto 1309/2005. de 4 de noviembre (HDL 2005/161761) . Todas estas normas son el resultado de la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva MIFID (Markets in Financial Instruments Directive) - Directiva 2004/39 de 21 de abril de 2004. Directiva 2006/73 de 10 de agosto de 2006 y Reglamento 1287/2006 de 10 de agosto de 2006. y este último, por el que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo del Consejo (EDL 2004/44323) en lo relativo a las obligaciones de las empresas de inversión de llevar un registro, la información sobre las operaciones, la transparencia del mercado, la admisión a negociación de instrumentos financieros, y términos definidos a efectos de dicha Directiva, es aplicable directamente, aunque la legislación europea no hubiera sido traspuesta al ordenamiento jurídico español en el momento de suscribirse el contrato cuya nulidad se predica.

Por lo demás, y en cuanto a cuál de las partes incumbe acreditar este deber de información, es a la entidad demandada sobre quién recae el "onus probandi" de que la información proporcionada a la parte adversa fue completa, precisa y comprensible (ver. entre otras, en la sentencia de 12-9-2012, reiterada por la de 15 de enero de 2014. ambas de la sección 10ª de la Audiencia Provincial de Madrid), habiendo señalado la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sec. 6ª, de 25 de Abril de 2012. que "En relación con la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, y sobre todo en el caso de productos de inversión complejos, ha de citarse la S T S Sala Iª, de 14 de noviembre de 2005 en la que se afirma que la diligencia en el asesoramiento no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, y. en segundo lugar, la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de los clientes se trataría de un hecho negativo como es la ausencia de dicha información".

Sobre el incumplimiento de sus deberes de información por la entidad bancaria en el presente caso, no se ha acreditado que los demandantes tuvieran especiales conocimientos financieros cuando adquirieron los bonos. Teniendo en cuenta el perfil de los clientes, debemos ahora entrar a valorar si la información proporcionada por la entidad demandada fue o no suficiente, cuanto que su perfil conservador exigía que por la entidad bancaria se le ofreciera una información adecuada a las características concretas de los contratantes y al tipo de negocio celebrado. Y la prueba obrante en autos permite concluir que la entidad demandada no ofreció a la parte actora una información clara, precisa y veraz que le permitiese conocer y comprender lo que estaba adquiriendo y firmando.

La colocación del producto BONOS [REDACTED] adquirido por los demandantes y ahora apelados, previo ofrecimiento a la misma por parte de la entidad demandada, exigía un asesoramiento y una información detallada por parte de la entidad comercializadora, puesto que se trataba de un producto de alto riesgo, recabando a los clientes, en los términos exigidos por la normativa antes citada, información sobre su situación personal y financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión, y suministrando con la debida diligencia propia de un ordenado comerciante, una información clara y transparente, completa, concreta y de fácil comprensión para los mismos, que evitara su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que la suscripción del producto conllevaba, y en especial, tratándose de productos financieros de riesgo, sobre su especial naturaleza caracterizada por su vinculación a la marcha de la empresa, y posibilidad de pérdida de la totalidad del capital invertido en el caso de quiebra de la entidad.

En conclusión, la demandada no cumplió con su obligación de proporcionar toda la información necesaria para que los actores conocieran y comprendieran, especialmente antes de suscribir las órdenes de compra de los bonos las características esenciales, la naturaleza y los riesgos de estos productos eminentemente complejos e inadecuados para clientes con un perfil conservador como el de los demandantes.

TERCER MOTIVO DE OPOSICION.- Ejercicio al margen del procedimiento concursal de [REDACTED] 2012 S.L.

La ya mencionada **Sentencia de la Excm. Sala Civil del Tribunal Supremo, nº 652/2017 de 29 de noviembre de 2.017, siendo Ponente D. Sr. [REDACTED]** a, ya se ha pronunciado al respecto:

SEGUNDO.- Irrelevancia de la alegación de «hecho nuevo»

1.- Como cuestión previa, no es razonable que un supuesto «hecho nuevo» que derivaría de una resolución judicial dictada el 16 de mayo de 2017, sea comunicado a este tribunal varios meses después de su acaecimiento y pocos días antes del señalado en un primer momento para la deliberación, votación y fallo del recurso.

El trámite a dar a dicha alegación, conforme a lo previsto en el art. 286.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que exige dar audiencia a la otra parte, habría determinado casi con toda seguridad la suspensión del señalamiento realizado meses antes, lo que solo se evitó porque se abocó el conocimiento del asunto al pleno del tribunal, por lo que la suspensión del señalamiento no vino determinado por la conducta de la recurrente sino por las necesidades del propio tribunal. No son admisibles conductas que socavan seriamente la organización del trabajo de este tribunal como la observada por la recurrente, que se vienen produciendo con reiteración.

2.- Por otra parte, siendo la revisión que se realiza en el recurso de casación de

carácter jurídico sustantivo, y no fáctico, por regla general no puede aceptarse que estando pendiente el recurso de casación puedan alegarse hechos nuevos o de nueva noticia que puedan modificar la solución que debe darse al recurso. 3.- En todo caso, que en el concurso de una tercera entidad, █████ 2012 S.A., se autorice a la administración concursal para que negocie acuerdos con acreedores titulares de créditos litigiosos (cuya identidad, por otra parte, ni siquiera se concreta) es un hecho absolutamente irrelevante para decidir si █████ está legitimada pasivamente en el presente litigio. La cuestión es tan obvia que no necesita de explicaciones adicionales.

De los motivos de contrario para fundamentar su recurso de apelación, el más curioso de contrario es el pretender que mis mandantes se personen en un concurso de acreedores instado en █████ por la mercantil █████ 2012 S.L.

La apelante olvida que tras la compraventa de negocio bancario de █████ a █████ la cual se realizó en sede de un proceso de reestructuración bancaria motivado por el Real Decreto Ley 2/2011 de 18 febrero, para el reforzamiento del sistema financiero y la imposibilidad de determinadas entidades financieras entre ellas █████ de cumplir los requisitos mínimos de capital exigidos por la norma, tal y como consta en el encabezamiento del contrato suscrito por ambas entidades el 29 septiembre 2011, fue lo que motivó que se transmitiesen al comprador los activos y pasivos que conforman el negocio bancario, incluyendo la intermediación de valores, depositaria y custodia, así como su gestora de fondos y sucesión universal según consta en el contrato, que se elevó a público en uno de diciembre de 2011. Causó así █████ baja en el registro de bancos y banqueros del banco de España el 23 noviembre 2012, por cambio de objeto social con cesión del negocio bancario a █████ S.A., sin que ello obste a la verdadera cesión de contratos que se produjo, debiendo responder la demandada frente a los clientes.

En este orden de cosas y en consonancia con ello el 19 junio 2012 la junta de accionistas de █████ adoptó como acuerdo social, sustituir su objeto social consecuencia de la transmisión del negocio bancario a la demandada. **Se deja viva una sociedad instrumental llamada █████ 2012 S.A., para recibir las reclamaciones que los clientes de █████ interpondrían por la gestión de este banco, eludiendo la demandada su responsabilidad, remitiendo a quien reclamase a esta sociedad, sucesora registral de █████ de la que la misma sólo alegaba haber adquirido su negocio bancario.** El deterioro de esta sociedad ha sido tal que ha entrado en concurso de acreedores que se sigue ante el juzgado de lo mercantil número nueve de Barcelona, autos 906/2013. Pero esta entidad no adeuda cantidad alguna a mi cliente y mandante, más aun desconoce si está incluida en la lista de acreedores ya que no se ha personado en ese concurso. Su deudor es █████ como el de otros tanto clientes que han visto perjudicados sus intereses por las maniobras ilícitas de este banco.

Anteriormente mediante hechos relevantes publicados en la nota de la CNMV de 30 septiembre 2011 y de 1 diciembre de 2011, █████ y █████ anunciaron la transmisión del negocio bancario de gestión de fondos, de la segunda a la primera, lo que se comunicó a los clientes por medio de un folleto y a los medios de comunicación por nota de prensa de 30 septiembre 2011 afirmando que la demandada adquiría la “totalidad del negocio bancario”. El 7 de octubre de 2011 █████ remite carta a cada cliente para informarles del acuerdo alcanzado con la demandada y el uno de diciembre de 2011 la demandada remite una carta a cada uno de los clientes minoristas inversores de bonos █████ dándoles la más cordial bienvenida a la entidad comunicándoles que la junta general de █████ (ahora la demandada por fusión por absorción), había aprobado la adquisición del negocio bancario por su parte, carta firmada por el presidente de la demandada don █████. En la carta se hace constar que la integración incluye la cesión de los préstamos, créditos, líneas de avales y demás productos de financiación, pasando a ser la demandada la nueva entidad acreedora de tales operaciones, con

efectos del uno de diciembre de 2011 y por lo demás estas operaciones cambiarán de numeración, pero mantendrán sus condiciones actuales.

Sentencia 359/16, Audiencia Provincial Civil de Madrid, Sección 8ª, Rec. Apel. 491/2016 de 28 de julio de 2.016:

“...” Así las cosas, ninguna relevancia tiene que actualmente siga operando la entidad cedente en el tráfico jurídico, aun con otra denominación y distinto objeto social, o esté en concurso porque ello no resta un ápice de legitimación pasiva en esta litis a la entidad que adquirió la totalidad del negocio bancario de aquella, subrogándose en los contratos celebrados y asumiendo su posición en los mismos. Todo ello, sin perjuicio de la acción de repetición que pueda competir a [REDACTED] S.A. frente a su cedente y con base en los pactos contractuales celebrados entre ellas...”

Por lo tanto es [REDACTED] quién ha de asumir sus obligaciones contraídas en contrato.

El deudor de mis mandantes es [REDACTED] que es quién adquirió el crédito del cual mis mandantes son acreedores, como se ha probado con los documentos que obran en autos.

Además el crédito que se reclama en este procedimiento no es litigioso, en el concurso de acreedores instado por [REDACTED] el cual traspaso el mismo a [REDACTED] y mis mandantes ni están personada en el concurso de acreedores de [REDACTED] ni en el concurso de acreedores de [REDACTED] ni litiga en los citados concursos en incidente alguno por la naturaleza o nulidad del contrato o del crédito.

Quién debe el dinero a mis mandantes es [REDACTED] y no [REDACTED] 2012, el cual ya no es titular del crédito que se reclama en este procedimiento al haberse cedido en un contrato de cesión de activos y pasivos a [REDACTED]

A su vez, difícilmente mis mandantes puede ser acreedora en un concurso y llegar a negociación alguna por un crédito del cual no es deudor [REDACTED] ya que la propia [REDACTED] en su contestación a la demanda nos hace saber que [REDACTED] era un simple intermediario y en consecuencia difícilmente puede ser deudor de un crédito en una operación en la que era un simple intermediario según los propios argumentos de [REDACTED] en la contestación a la demanda.

[REDACTED] no puede ir contra sus propios actos:

O la operación financiera la otorgó [REDACTED] y por eso es deudor del crédito.

O [REDACTED] era un simple intermediario financiero en la operación bancaria objeto del litigio, y por ende no puede ser deudor del crédito, ni mis mandantes son acreedores en un concurso del intermediario de la operación.

En consecuencia mis mandantes ni van acudir al concurso, ni es acreedora del mismo, ni van a negociar transacción alguna con una administración concursal que carece de masa activa para poder resarcir los créditos del concurso, además de carecer de dinero para personarse en un procedimiento donde no es acreedora. El concurso de acreedores de [REDACTED] 2012 S.L. esta en liquidación y nunca hará frente a crédito alguno que no sean los créditos contra la masa, y posiblemente no llegará a cubrir ni una ínfima parte de ellos.

Es por lo que:

SUPLICO AL JUZGADO PARA LA SALA: Que tenga por presentado en tiempo y forma este escrito de **oposición al recurso de apelación** interpuesto por [REDACTED] S.A., lo admita, y conforme a lo que se solicita en el cuerpo de este escrito y tras sus argumentaciones, dicte resolución, ratifique la sentencia n° [REDACTED] recurrida de contrario y desestime el recurso de apelación a tenor del contenido de los motivos expuestos, con expresa condena en costas a la demandada y apelante [REDACTED] tanto de primera instancia como de esta alzada.

OTROSÍ DIGO: Que al amparo de lo dispuesto en el artículo 231 de la Ley Rituaria, esta parte quiere hacer constar expresamente su voluntad de dar cumplimiento a los requisitos formales exigidos por la Ley, es por lo que;

SUPLICO A LA ILMA. SALA, que tenga por hecha la anterior manifestación a los efectos procesales oportunos.

Por ser Justicia que pido en [REDACTED] a 28 de diciembre de 2.017

[REDACTED]

Fdo. [REDACTED]
Col. [REDACTED]