

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Novena

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 1 - 28035

Tfno.: 914933935

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0185382

Recurso de Apelación 756/2018 -2

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 51 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 1154/2015

Apelante: CAIXABANK SA

PROCURADOR D./Dña. MIGUEL ÁNGEL MONTERO REITER

Apelado: D./Dña.

PROCURADOR D./Dña. MARIANO DE LA CUESTA HERNANDEZ

SENTENCIA NÚMERO:

RECURSO DE APELACIÓN N° 756/2018

ILMOS./AS. SRES./AS. MAGISTRADOS/AS.:

D. JUAN LUIS GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS

D. JUAN ÁNGEL MORENO GARCÍA

D. JOSÉ MARÍA PEREDA LAREDO

En Madrid, a veintidós de enero de dos mil diecinueve

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, los Autos de Procedimiento Ordinario nº 1154/15 procedentes del Juzgado de Primera Instancia N° 51 de Madrid, a los que ha correspondido el Rollo de apelación nº 756/18, en los que aparecen como partes: de una, como demandante y hoy apelante **D.**, representado por el Procurador D. Mariano de la Cuesta Hernández; y, de otra, como demandada y hoy apelante **CAIXABANK S.A.**, representada por el Procurador D. Miguel Angel Montero Reiter; sobre Bonos Aisa Fergo, nulidad contractual.

SIENDO MAGISTRADO PONENTE EL ILMO. SR. D. JUAN LUIS GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 51 de Madrid, en fecha quince de febrero de dos mil dieciocho, se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: “Que estimando la acción subsidiaria de resolución contenida en el suplico de la demanda formulada por D., representado por el Procurador de los Tribunales D. MARIANO DE LA CUESTA HERNANDEZ y asistido del Letrado D. EDUARDO RODRIGUEZ DE BRUJÓN Y FERNÁNDEZ, contra CAIXABANK S.A., representada por el Procurador de los Tribunales D. MIGUEL ÁNGEL MONTERO REITER y asistida del Letrado D. IGNACIO BENEJAM PERETÓ, debo DECLARAR Y DECLARO resuelto el contrato de adquisición de 40 bonos de la empresa FERGO AISA suscrito por las partes, por incumplimiento del deber de información, CONDENANDO a la demandada a abonar a la actora el nominal invertido, por importe de 120.000 euros, más los gastos de custodia vinculados a estos valores, a determinar en ejecución de sentencia, más los intereses legales devengados por estas cantidades desde su cargo en cuenta y hasta su efectivo pago, deduciéndose de dicha cantidad el importe de los rendimientos que hubieren sido percibidos por el demandante a consecuencia de la adquisición de este producto, con sus intereses desde la percepción de casa uno de dichos rendimientos, así como la devolución de los productos adquiridos, y todo ello con expresa imposición de las costas causadas a la referida parte demandada.”.

SEGUNDO.- Notificada la mencionada sentencia por la representación procesal de la parte demandada, previos los trámites legales oportunos, se interpuso recurso de apelación, el cual le fue admitido, y, dándose traslado del mismo a la contraparte, se opuso a él, elevándose posteriormente las actuaciones a esta superioridad, previo emplazamiento de las partes, ante la que han comparecido en tiempo y forma bajo las expresadas representaciones, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en esta alzada, ni estimando la Sala necesaria la celebración de vista pública, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento de votación y fallo, que tuvo lugar el día dieciséis de enero de dos mil diecinueve.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la sentencia apelada.

PRIMERO.- Para el correcto enjuiciamiento de la cuestión debatida en esta alzada procede la previa fijación de los siguientes hechos:

A) Por la representación procesal de D. se presentó demanda frente a Caixabank SA en solicitud de:

“1- se declare la nulidad (ya sea absoluta o relativa, según se expuso) del referido contrato por el que se adquirieron 40 bonos....como consecuencia de esta declaración se condene a Caixabank Sa al pago en concepto de

restitución...

2-De forma subsidiaria a la anterior, interesa al derecho de esta parte que se declare el incumplimiento por parte de Bankpime SA, actualmente Caixabank SA, de sus obligaciones contractuales en cuanto al pacto de recompra de valores, o en su caso de sus obligaciones legales de diligencia, lealtad e información en la venta de los instrumentos objeto de la presente demanda... Como consecuencia de esta declaración, se declare resuelto el contrato por el que se adquirieron los bonos de Fergo Aisa y se condene a Caixabank SA al pago ...

3-Se condene a Caixabank SA al pago de las costas judiciales causadas en la presente instancia”.

- B) Tras la tramitación oportuna, en fecha 15 de febrero de 2018 recayó sentencia en la que se estimaba la acción subsidiaria de resolución contenida en el suplico de la demanda, declarándose resuelto el contrato de adquisición de 40 bonos de la empresa Fergo Aisa suscrito por las partes, por incumplimiento del deber de información, condenando a la demandada a abonar a la actora...
- C) Frente a la misma se interpuso por Caixabank recurso de apelación en el que, tras alegar la vulneración de lo dispuesto en el artículo 217 de la LEC, como la errónea valoración probatoria respecto al perfil del actor, la información proporcionada, y la ausencia de la prueba testifical, invocaba la inexistencia de facultad resolutoria, alegando que no se ejercitó la acción del art. 1101 del Código Civil sino la del art. 1124 del mismo texto legal, manteniendo el Tribunal Supremo la imposibilidad de resolver un contrato con fundamento en la falta de información previa (S TS de 16 de julio de 2016, parcialmente reproducida en el recurso), tratándose los incumplimientos alegados de anteriores a la formalización del contrato: no facilitar información previa, no

explicar los riesgos, no entregar la nota de valores.

D) Por el demandante se formuló oposición al recurso de apelación alegando la inexistencia de asesoramiento al cliente inversor por parte del banco ocultando la verdad, recayendo en la financiera la carga de probar si se ha cumplido el deber de información al cliente..., como que corresponde la carga de la prueba a Caixabank SA ,que no ha probado haber informado al cliente, como que sí existe facultad resolutoria (reproduciendo un suplico de demanda que no se corresponde al de autos, como igualmente la S del TS de 13.9.2017 en la que se razona que el incumplimiento del deber legal de información podría dar lugar, en su caso a “la anulabilidad del contrato por error vicio en el consentimiento o a una acción de indemnización por incumplimiento contractual..”.

SEGUNDO.- Sentado lo anterior, no es objeto de discusión que junto a una acción de nulidad contractual “objetiva y radical” del artículo 6.3 del Código Civil por incumplimiento objetivo de las obligaciones legales de información, como de otra de anulabilidad por error en el consentimiento en el momento de la contratación, se ejercitó acción subsidiaria de resolución contractual e indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de las obligaciones contractuales (de reintegro) y de las legales de información sobre las características y riesgos del producto, expresando, en orden a dicho incumplimiento del deber de información, que este es exigible en dos fases: en el momento de contratar y durante la pendencia del contrato (Fundamentos de Derecho. Acciones que se ejercitan).

Así, la sentencia del TS que cita la parte apelante en orden a que el incumplimiento del deber de información en la fase precontractual no puede dar lugar

a la resolución del contrato ex art.1124 código Civil –como más adelante veremos-, es clara y terminante, al igual que sucede con la que cita y reproduce al respecto la parte ahora apelada (pues la resolución se refiere al incumplimiento de dicho deber de información como fundamento de la acción de resarcimiento de daños por incumplimiento contractual, no de acción resolutoria ,como es el supuesto objeto de autos en el que la acción ejercitada era la propia del art. 1124 y no del 1101 del código civil, ejercitándose acción resolutoria de contrato por incumplimiento del mismo y no acción resarcitorio de daño o perjuicio ocasionado por incumplimiento del mismo).

Así, la sentencia de la Sección 11ª de esta Audiencia, de 26.9.2018, razonó:
“la jurisprudencia sectorial es firme en que "aun cuando considerásemos que la entidad de servicios de inversión no cumplió debidamente sus deberes de información y que ello propició que la demandante no conociera los riesgos inherentes al producto que contrataba, un posible error en el consentimiento por déficit informativo podría dar lugar a la nulidad del contrato, conforme a los arts. 1265Legislación citadaCC art. 1265, 1266Legislación citadaCC art. 1266 y 1301 CCLegislación citadaCC art. 1301. Pero lo que no procede es una acción de resolución del contrato por incumplimiento, en los términos del art. 1124 CCLegislación citadaCC art. 1124, dado que el incumplimiento, por su propia naturaleza, debe venir referido a la ejecución del contrato, mientras que aquí el defecto de asesoramiento habría afectado a la prestación del consentimiento. La vulneración de la normativa legal sobre el deber de información al cliente sobre el riesgo económico de la adquisición de participaciones preferentes puede causar un error en la prestación del consentimiento, o un daño derivado de tal incumplimiento, pero no determina un incumplimiento con eficacia resolutoria. Sin perjuicio de que la falta de información pueda producir una alteración en el proceso de formación de la voluntad que faculte a una de las partes para anular el contrato, lo cierto es que tal enfoque no se vincula con el incumplimiento de una obligación en el marco de una

relación contractual de prestación de un servicio de inversión, sino que se conecta con la fase precontractual de formación de la voluntad previa a la celebración del contrato, e incide sobre la propia validez del mismo, por lo que el incumplimiento de este deber no puede tener efectos resolutorios respecto del contrato, ya que la resolución opera en una fase ulterior; cuando hay incumplimiento de una obligación contractual" (STS 1ª Pleno 491/2017, 13.9Jurisprudencia citadaSTS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 13-09-2017 (rec. 242/2015) cit. 172/2018, 23.3Jurisprudencia citadaSTS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 23-03-2018 (rec. 1527/2015); también 479/2016, 13.7Jurisprudencia citadaSTS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 13-07-2016 (rec. 658/2013) y 670/2017, 14.12Jurisprudencia citadaSTS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 14-12-2017 (rec. 1951/2015) seq. 654/2015, 19.11 Jurisprudencia citadaSTS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 19-11-2015 (rec. 1329/2014))".

Igualmente, la Sección 21 de esta Audiencia en sentencia de 26.9.18 razonó:

"Acción resolutoria del contrato por incumplimiento obligacional (artículo 1.124 del Código Civil Legislación citadaCC art. 1124).

En este caso el incumplimiento obligacional vendría referido a la inobservancia por parte de la entidad de crédito de sus deberes precontractuales de obtener y proporcionar información al cliente que adquiere un producto financiero.

Pues bien esta acción tiene que ser rechazada de plano ya que las obligaciones cuyo incumplimiento activa la facultad resolutoria prevista en el artículo 1.124 del Código Civil Legislación citadaCC art. 1124 son las que nacen del contrato (art. 1.091 del C.cLegislación citadaCC art. 1091.), y, en el presente caso, lo que se denuncia es el incumplimiento de una obligación que es "precontractual", que, por ende, queda fuera del ámbito de aplicación del artículo 1.124 del Código Civil Legislación citadaCC art. 1124.

Y, en este sentido, se pronuncia la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su sentencia nº 479/2016 de 13 de julio de 2016 (nº de recurso 658/2016) al decir, en el número 2 de su fundamento de derecho cuarto, que: "...un posible error en el

consentimiento por déficit informativo podría dar lugar a la nulidad del contrato, conforme a los arts. 1.265Legislación citadaCC art. 1265, 1.266Legislación citadaCC art. 1266 y 1.301 CCLegislación citadaCC art. 1301; pero no a una resolución del mismo por incumplimiento, en los términos del art. 1.124 CCLegislación citadaCC art. 1124, dado que el incumplimiento, por su propia naturaleza, tiene que ser posterior a la celebración del contrato, mientras que aquí la falta de información se habría producido con anterioridad. Es decir, la vulneración de la normativa legal sobre el deber de información al cliente sobre el riesgo económico en caso de que los intereses fueran inferiores al euribor y sobre los riesgos patrimoniales asociados al coste de cancelación, es lo que puede propiciar un error en la prestación del consentimiento, pero no determina un incumplimiento con virtualidad resolutoria”. Así como en la sentencia número 491/2017 de 13 de septiembre de 2017 (nº de recurso 242/2017) al indicar, en el párrafo primero del número 1 de su fundamento de derecho tercero, que: "...existe un riguroso deber legal de información al cliente por parte de las entidades de servicios de inversión... No obstante, el incumplimiento de dicha obligación por la entidad financiera podría dar lugar, en su caso, a la anulabilidad del contrato por error vicio en el consentimiento, o a una acción de indemnización por incumplimiento contractual, para solicitar la indemnización de los daños provocados al cliente por la contratación del producto a consecuencia de un incorrecto asesoramiento. Pero no puede dar lugar a la resolución del contrato por incumplimiento”. ..."Así, en cuanto a la resolución por incumplimiento, la sentencia 491/2017, de 13 de septiembreJurisprudencia citadaSTS, Sala de lo Civil, Sección 991ª, 13-09-2017 (rec. 242/2015), declara: "[...] aun cuando considerásemos que la entidad de servicios de inversión no cumplió debidamente sus deberes de información y que ello propició que la demandante no conociera los riesgos inherentes al producto que contrataba, un posible error en el consentimiento por déficit informativo podría dar lugar a la nulidad del contrato, conforme a los arts. 1265Legislación citadaCC art. 1265, 1266Legislación citadaCC art. 1266 y 1301 CCLegislación citadaCC art. 1301. Pero lo que no procede es una

*acción de resolución del contrato por incumplimiento, en los términos del art. 1124 CC*Legislación citada*CC art. 1124, dado que el incumplimiento, por su propia naturaleza, debe venir referido a la ejecución del contrato, mientras que aquí el defecto de asesoramiento habría afectado a la prestación del consentimiento. La vulneración de la normativa legal sobre el deber de información al cliente sobre el riesgo económico de la adquisición de participaciones preferentes puede causar un error en la prestación del consentimiento, o un daño derivado de tal incumplimiento, pero no determina un incumplimiento con eficacia resolutoria.*

"Sin perjuicio de que la falta de información pueda producir una alteración en el proceso de formación de la voluntad que faculte a una de las partes para anular el contrato, lo cierto es que tal enfoque no se vincula con el incumplimiento de una obligación en el marco de una relación contractual de prestación de un servicio de inversión, sino que se conecta con la fase precontractual de formación de la voluntad previa a la celebración del contrato, e incide sobre la propia validez del mismo, por lo que el incumplimiento de este deber no puede tener efectos resolutorios respecto del contrato, ya que la resolución opera en una fase ulterior, cuando hay incumplimiento de una obligación contractual[...]."

*Conviene aclarar que el obstáculo que impide la estimación de la acción resolutoria por incumplimiento obligacional del artículo 1.124 del Código Civil*Legislación citada*CC art. 1124 que acabamos de reseñar, no afecta a la acción indemnizatoria por incumplimiento obligacional del artículo 1.101 del Código Civil*Legislación citada*CC art. 1101 que puede ser estimado de concurrir los requisitos precisos para ello. Y así la La doctrina jurisprudencial en esta materia se establece en las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 243/2013 del Pleno de 18 de abril de 2013*Jurisprudencia citada*STS, Sala de lo Civil, Sección 9ª, 18-04-2013 (rec. 2353/2011) (bonos emitidos poradquiridas un año antes de su quiebra) ; 397/2015 de 7 de julio de 2015- nº de recurso 1123/2013- ; 380/2015 de 7 de julio de 2015 -nº de recurso 1779/2013*Jurisprudencia citada*STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 07-07-2015 (rec. 1779/2013)- ; 398/2015, de 10 de julio de 2015 -nº de*

recurso 2503/2013 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 10-07-2015 (rec. 2503/2013)- y número 397/2015, de 13 de julio de 2015- nº de recurso 2140/2013 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 13-07-2015 (rec. 2140/2013)-, en los siguientes términos....Y en este caso si el cliente resulta perjudicado con la pérdida de todo o parte de la inversión, tendrá este cliente, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.101 del Código Civil Legislación citada CC art. 1101, una acción indemnizatoria contra la entidad de crédito para que le abone una suma de dinero igual a la que hubiere perdido con la inversión. ... Pero en el presente proceso no se ha ejercitado la acción indemnizatoria por incumplimiento obligacional del artículo 1.101 del Código Civil” Legislación citada CC art. 1101.

Razonamientos de plena aplicación al caso de autos en el que se peticiona, y así se estima en la sentencia apelada, la resolución del contrato por incumplimiento del deber de información por la entidad financiera al cliente al tiempo de adquirir los bonos, no cabiendo, según todo lo ya razonado, el acogimiento de acción resolutoria por dicho incumplimiento contractual.

CUARTO- Si bien, como ya se ha expuesto en el fundamento segundo de la presente, la acción subsidiaria ejercitada por incumplimiento por Bankpime de sus obligaciones legales de diligencia, lealtad e información “en la venta” de los instrumentos (suplico de la demanda), difícilmente (bajo la integración del contenido de la fundamentación jurídica de la demanda) podría considerarse extensiva al llamado incumplimiento del deber de información “durante la pendencia del contrato” que se invocó en las fundamentación jurídica de la demanda, lo cierto es que , en todo caso, tal incumplimiento -durante la pendencia del contrato- no habría quedado acreditada cuando, al respecto, lo único que se adujo es que a partir de la invocada “cesión” de Bankpime a Caixabank “mi mandante no ha recibido ninguna comunicación por parte de Caixabank que le informe de la situación de los Bonos

AISA”, lo cual en modo alguno podría entenderse acreditado cuando , además de una total orfandad probatoria al respecto, ello resultaría negado en la propia demanda cuando no solo en la misma se reconoce que Caixabank re denominó todas y cada una de las cuentas de valores donde se asentaban las inversiones, aperturando cuentas corrientes de contrapartida para adeudo de gastos de custodia y mantenimiento, sino cuando, además se reconoce que se le remitían extractos al respecto: “ no conserva todos los extractos de Bankpime ni de su sucesora Caixabank a los efectos de hacer un recuento exacto, por ello, sobre este concepto...”.

Por todo ello, tampoco sería estimable la acción resolutoria de contrato en base al alegado incumplimiento de la obligación contractual de informar al cliente durante la vigencia del contrato -de entenderse la misma ejercitada, a pesar del tenor del suplico de la demanda-, sin ser preciso en su consecuencia entrar a dilucidar sobre si dicho incumplimiento, de haberse producido, facultaría para el ejercicio de la acción resolutoria del “contrato de adquisición” de los Bonos objeto de autos.

QUINTO.- Por todo ello, no procediendo, conforme a lo dispuesto en el artículo 465.5 de la LEC, entrar en el estudio de otras cuestiones no planteadas en el recurso , máxime cuando la acción resolutoria por incumplimiento de la obligación contractual de recompra se ejercitó de forma alternativa a la de resolución del contrato por incumplimiento de la obligación legal del deber de información, el recurso debe de ser desestimado, imponiéndose a la parte apelante las costas de esta alzada (art.398 LEC).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

FALLO

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de CAIXABANK, S.A. contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 51 de Madrid con fecha 15 de febrero de 2018, en autos de Juicio Ordinario allí seguidos con el número 1154/15, **confirmamos** la indicada resolución.

Todo ello con imposición a la parte apelante de las costas de esta alzada, con pérdida del depósito constituido para recurrir de conformidad con el punto 9º de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación literal al rollo de Sala del que dimana, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Haciéndose saber que contra la misma cabe recurso de casación de acreditarse el interés casacional, que deberá interponerse ante este Tribunal en el término de veinte días desde la notificación de la presente.

ROLLO 756/2018

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Madrid, a veinticuatro de enero de dos mil diecinueve.

De conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, se informa que los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento. Se recuerda asimismo, la necesidad del uso adecuado, pertinente y limitado a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados (“minimización de datos”), sin perjuicio de las competencias del Consejo General del Poder Judicial previstas en el artículo 560.1.10 de la LOPJ.