

**Audiencia Provincial Civil de Madrid**

**Sección Decimocuarta**

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 6 - 28035

Tfno.: 914933893/28,3828

37007740

**N.I.G.:** 28.079.00.2-2015/0175769

**Recurso de Apelación 771/2018**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de 1ª Instancia nº 35 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 1118/2015

**APELANTE:** D. ....

PROCURADOR D. MARIANO DE LA CUESTA HERNANDEZ

**APELADO:** CAIXABANK SA

PROCURADOR D. JAVIER SEGURA ZARIQUIEY

**SENTENCIA**

**ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:**

D. JUAN UCEDA OJEDA

Dña. PALOMA GARCIA DE CECA BENITO

D. JOSÉ IGNACIO ZARZUELO DESCALZO

En Madrid, a seis de junio de dos mil diecinueve.

Siendo Magistrado Ponente Dña. PALOMA GARCIA DE CECA BENITO

La Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 1118/2015 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 35 de Madrid, en los que aparece como parte apelante Dña. ....representada por el Procurador D. MARIANO DE LA CUESTA HERNANDEZ y defendida por el Letrado D. EDUARDO RODRIGUEZ DE BRUJON Y FERNANDEZ, y como parte apelada CAIXABANK SA, representada por el Procurador D. JAVIER SEGURA ZARIQUIEY y defendida por la Letrada Dña. CELIA ALTABLE GAVILAN ; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 28/02/2017.

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la Sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 35 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 28/02/2017, cuyo fallo es del tenor siguiente:

“Que debo desestimar y desestimo la demanda promovida por el Procurador D. /Dña. MARIANO DE LA CUESTA HERNANDEZ en nombre y representación de D. /Dña. ....contra CAIXABANK S.A absolviendo a la demandada de las pretensiones deducidas contra ella, todo ello sin expresa imposición en costas”.

**SEGUNDO.-** Notificada la mencionada resolución, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la parte demandante Dña....., al que se opuso la parte apelada CAIXABANK, S.A., y tras dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 457 y siguientes de la LEC, se remitieron las actuaciones a esta sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

**TERCERO.-** Por Providencia de esta Sección, se acordó para deliberación, votación y fallo el día 4 de junio de 2019.

**CUARTO.-** En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas las prescripciones legales.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La demanda presentada por doña .....contra Caixabank, S.A., pretendía la declaración de nulidad del contrato de adquisición de siete bonos de la empresa Fergo Aisa, condenando a la demandada a restituir la cantidad de siete mil euros, más los gastos de custodia directamente vinculados a estos valores, a concretar en ejecución de sentencia, más los intereses correspondientes desde el cargo en cuenta hasta su efectivo pago, compensándose todo ello con las retribuciones percibidas por la demandante. Subsidiariamente se solicitaba la declaración judicial de incumplimiento por Bankpime, S.A. de sus obligaciones contractuales 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 demanda, declarando resuelto el contrato de compra antes descrito, con condena de Caixabank, S.A. en los mismos términos antes expresados.

La sentencia dictada en la primera instancia acogió la excepción de falta de legitimación pasiva de Caixabank, S.A., opuesta en el trámite de contestación a la demanda, desestimando por ello en su integridad las pretensiones de la parte actora.

Frente al expresado pronunciamiento interpone recurso de apelación doña....., denunciando en primer lugar que la sentencia incurre en un defecto de incongruencia *infra petita*, pues se limita a resolver la pretensión primera de la demanda, omitiendo absolutamente conocer de la pretensión subsidiaria, consistente en acción de reclamación por incumplimiento contractual. Asimismo, se expone la naturaleza jurídica del producto contratado por la demandante.

## **SEGUNDO.-** Legitimación pasiva de Caixabank, S.A.

La cuestión planteada ha sido resuelta por el Tribunal Supremo en Sentencia, entre otras, de 13 de Noviembre de 2018, desde dos perspectivas diferentes. De un lado, analizando los efectos de la escritura pública otorgada el 1 de diciembre de 2011, que protocoliza el "*contrato de compraventa de negocio bancario*", suscrito el 29 de septiembre de ese mismo año, por el que Bankpime transmitió a Caixabank "*su negocio bancario como unidad económica*" (cláusula primera). De otro lado, en relación con la legitimación pasiva que se atribuye a las empresas de inversión que comercializan productos financieros hacia sus clientes, cuando se ejercita acción de nulidad del contrato de adquisición.

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

Todo ello, razonando que “*1.- La cláusula en la que Caixabank funda su excepción de falta de legitimación pasiva, estimada por la Audiencia Provincial, no supone la exclusión de algunos pasivos en la transmisión del negocio bancario, o la exclusión de algunos contratos en la cesión de contratos efectuada por Bankpime a Caixabank, exclusión de contratos que, por otra parte, era incompatible con la transmisión del negocio bancario como unidad económica*”, por todo lo cual “*.11.- A la vista de lo anterior, este extremo del contrato de cesión celebrado entre Bankpime y Caixabank debe ser interpretado en el sentido de que aquel quedaba obligado a dejar a este indemne por las reclamaciones que le formularan los clientes que en su día lo fueron de Bankpime cuando tales reclamaciones se basaran en hechos acaecidos antes de la transmisión del negocio bancario, de modo que Caixabank pueda reclamarle la indemnización por el quebranto patrimonial que le supongan estas reclamaciones.*”

Igualmente, se atribuye legitimación pasiva a Caixabank, pese a haber actuado Bankpime como empresa de inversión que comercializó los bonos adquiridos por el demandante, con cita de doctrina jurisprudencial anterior en igual sentido, y explicando que “*5.- En estas circunstancias, ha de reconocerse legitimación pasiva a la empresa de inversión, en este caso un banco, que comercializa el producto financiero, 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.”.*

**TERCERO.-** Caducidad de la acción de nulidad relativa.

La acción de nulidad relativa planteada en la demanda respecto de la orden de compra de Valores Aisa 08/11 5% BO, formalizada el 25 de Julio de 2006, se ejercitó dentro del plazo de cuatro años previsto en el art. 1301 Cc., aplicando el cómputo del plazo según la determinación del *dies a quo* resultante de la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, entre otras, en S. Pleno T.S. 19.Feb.2018, que lo sitúa el tiempo de consumación del contrato, según la dicción literal de aquel precepto. Declara dicha resolución que:

*“Mediante una interpretación del art. 1301.IV CC ajustada a la naturaleza compleja de las relaciones contractuales que se presentan en el actual mercado financiero, la doctrina de la sala se dirige a impedir que la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, quede fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo.*

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

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

En ese mismo sentido se pronuncia, específicamente para los bonos Fergo Aisa, la citada S. T.S. 23.Nov.2018, declarando que:

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

*En estas sentencias, a las que nos remitimos para evitar extensas transcripciones, hemos declarado que en las relaciones contractuales complejas, como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo.*

*En este supuesto, el riesgo que se ha materializado ha sido el de la pérdida de la inversión, puesto que en la fecha en la que los bonos debían amortizarse y el capital*

*invertido debía ser devuelto al cliente, tal circunstancia no se produjo, lo que tuvo lugar en el año 2011. No es relevante a estos efectos la fecha en que se produjo un retraso en el pago del cupón. Por tanto, cuando se interpuso la demanda en 2014, no había transcurrido el plazo de cuatro años de caducidad de la acción.”.*

En el presente caso, los Valores Aisa 08/11 5% BO, fueron adquiridos el 25 de Julio de 2006, con vencimiento a Agosto de 2011, y la demanda se presentó el día 22 de Julio de 2015, antes por ello de haber transcurrido el plazo de caducidad de cuatro años para el ejercicio de la acción de nulidad relativa.

#### **CUARTO.-** Hechos de nueva noticia.

Caixabank, mediante escrito de 7 de Septiembre de 2017, alegó como hecho de nueva noticia el dictado de auto de 16 de Mayo de 2017, por el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Barcelona en los autos de concurso voluntario de IPME 2012, S.A., autorizando a la administración concursal para que negocie con los titulares de créditos litigiosos a fin de alcanzar posibles acuerdos transaccionales.

También esa cuestión se aborda en la repetida S. T.S. 23.Nov.2018, a cuyo tenor *“que en el concurso de una tercera entidad, Ipme 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 Caixabank está legitimada pasivamente en el presente litigio”.*

**QUINTO.-** Error-vicio en la prestación del consentimiento. Deber de información de la entidad financiera comercializadora de los Valores Aisa 08/11 5% BO.

Para discernir la posible concurrencia de un error en la prestación de consentimiento por la demandante, al suscribir la orden de adquisición de 25 de Julio de 2006, resulta esencial determinar si la entidad financiera que comercializó el producto cumplió con los deberes mínimos de información legalmente soportados. A cuyo respecto, se recuerda que es la entidad financiera la que soporta la carga de demostrar el correcto cumplimiento de esa obligación.

En el supuesto enjuiciado, se vulneró de modo absoluto la obligación de proporcionar información escrita a la demandante. Pues no se le hizo entrega de documento informativo pre-contractual de ninguna clase, como pudiera serlo un folleto informativo, una nota de valores o cualquier clase de documento escrito explicativo de la naturaleza, el funcionamiento y los riesgos del producto. El único documento exhibido fue la propia orden de adquisición, simultánea al momento de perfección del contrato, insuficiente por falta de tiempo material para un análisis sosegado por el cliente, máxime cuando emplea terminología financiera de difícil comprensión, y se presenta en una tipografía de difícil lectura. En aquél entonces no estaba vigente el actual art. 80.1.b) del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en el que se exige para los contratos *“b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al*

*consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura.”* Pero tomando como parámetro de referencia esa normativa, se destaca que el tamaño de la letra del clausulado al dorso de la orden de adquisición es inferior a 1’5 mm.

Junto a lo anterior, no existe prueba alguna de que se procurase a la demandante ninguna clase de información verbal complementaria o aclaratoria. La testigo que comparece en juicio manifiesta que no prestó servicios en la oficina en que se produjo la comercialización sino a partir del año 2008, es decir, con posterioridad a emitirse la orden de compra.

Es irrelevante que al tiempo de los hechos no hubiera entrado en vigor la normativa Mifid, pues ello no exonera a la entidad financiera de su deber de información, Como declara la S. T.S. 17.May.2017 *“Con relación a las obligaciones de información de las entidades financieras en los contratos de permuta financiera, constituye jurisprudencia constante de esta sala que tanto bajo la normativa MiFID (en concreto el art. 79 bis., LMV), como en la pre MIFID (el art. 79 LMV y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo), en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadores de servicios financieros a 258 inversores no profesionales existe una asimetría informativa, que impone a dichas entidades financieras el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación.”*

El incumplimiento del deber de información permite presumir la concurrencia de un error-vicio en la prestación del consentimiento, valorado en relación con el perfil y circunstancias del cliente. En el presente caso, en el escrito de demanda se relata que la demandante únicamente tiene formación y experiencia profesional como funcionaria en el sector sanitario, y se afirma que carece de conocimientos financieros. La parte demandada no niega, ni contradice o se opone a tales hechos, que en consecuencia se tienen por tácitamente admitidos de conformidad con el art. 405.2 L.E.c.

Por todo lo expuesto, resulta de aplicación lo declarado en la repetida S. T.S. 23.Nov.2018, cuando declara que *“En todo caso, no se ha aportado al proceso la documentación en la que conste qué información facilitó el banco a los demandantes sobre la naturaleza y riesgos del producto ofertado. En el contrato suscrito no se contenía información adecuada al respecto, es más, la mención a la existencia de un pacto de recompra hacía que el cliente pudiera estar confiado en que el banco le restituiría en todo caso el precio pagado por los bonos. En estas circunstancias, el Juzgado de Primera Instancia ha actuado de un modo razonable al no otorgar trascendencia a la prueba testifical practicada a instancias de la entidad demandada.*

*En lo referente al perfil de los clientes, que el codemandante hubiera invertido cantidades moderadas en participaciones preferentes y en un fondo de inversión, o que tuviera un plan de pensiones, no supone necesariamente que pudiera conocer que en un contrato de compraventa de bonos celebrado con el banco "con pacto de recompra", la restitución del capital no estuviera garantizado. Tanto más cuando se trató de inversiones*

*ofertadas por la misma entidad bancaria y no ha probado que en ellas se hubiera informado adecuadamente al cliente sobre la naturaleza y los riesgos de los productos de inversión ofertados.*

*8.- Por último, la jurisprudencia sobre el error vicio del consentimiento que invoca la recurrente se encuentra superada por la establecida por esta sala a partir, fundamentalmente, de la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014.*

*Cuando la empresa de inversión incumple su deber de información sobre la naturaleza y los riesgos del producto ofertado, el error puede presumirse. El error que recae sobre el riesgo de pérdida del capital invertido es un error esencial. Y el error que proviene del incumplimiento del deber de información adecuada, y con antelación suficiente, por parte de la empresa de inversión hace que el mismo sea excusable”.*

Por cuanto queda expuesto, procede estimar en su integridad la demanda.

**SEXTO.-** Costas.

Estimando el recurso de apelación, con la consiguiente estimación íntegra de la demanda, y de conformidad con lo dispuesto en los arts. 394 y 398 L.E.c., procede condenar a la parte demandada al pago de las costas causadas en la primera instancia, sin hacer especial pronunciamiento respecto de las ocasionadas en esta alzada.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S.M. EL REY

**FALLAMOS**

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. de la Cuesta Hernández en representación de doña....., contra la sentencia dictada en autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 35 de Madrid, bajo el número 1118 de 2015, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS dicha resolución, dejando sin efecto sus pronunciamientos, acordando en su lugar estimar íntegramente la demanda presentada por la ahora apelante contra Caixabank, S.A., representada por el Procurador Sr. Segura Zariquiey, declarando la nulidad de la orden de adquisición de siete Valores Aisa 08/11 5% BO, formalizada el 25 de Julio de 2006, condenando a la demandada a restituir el importe de la inversión, de siete mil euros, más los gastos de custodia vinculados a dichos valores, más los intereses legales devengados por esas sumas desde sus respectivos cargos en cuenta, descontándose las remuneraciones percibidas por la demandante con sus correspondientes intereses legales, todo ello condenando a la parte demandada al pago de las costas causadas en la primera instancia, y sin hacer especial pronunciamiento respecto de las ocasionadas en esta alzada.

La estimación del recurso determina la devolución del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985

de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

**MODO DE IMPUGNACION:** Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la Cuenta de Consignaciones y Depósitos de **esta Sección 14 APM, abierta en la entidad Banco Santander S.A., Sucursal 6114 de la Calle Ferraz, número 43 de Madrid**, con el número **IBAN ES55- 0049-3569-9200-0500-1274**, que es la cuenta general o “buzón” del Banco de Santander, especificando la cuenta para esta apelación concreta: «**2649-0000-00-0771-18**» excepto en los casos que vengan exceptuados por la ley, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

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



**PUBLICACION.-** Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe

En Madrid, a diecisiete de junio de dos mil diecinueve.

**DILIGENCIA:** Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.