

**Audiencia Provincial Civil de Madrid**

**Sección Decimoctava**

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

Tfno.: 914933898

37007740

**N.I.G.:** 28.079.00.2-2015/0184615

**Recurso de Apelación 215/2017**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de 1ª Instancia nº 67 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 1178/2015

**Apelante:** CAIXABANK S.A.

**PROCURADOR:** D. JAVIER SEGURA ZARIQUIEY

**Apelado:** D. ....

**PROCURADOR:** D. MARIANO DE LA CUESTA HERNANDEZ

### **SENTENCIA N° 49/2020**

**TRIBUNAL QUE LO DICTA:**

**ILMA. SRA. PRESIDENTE:**

Dña. GUADALUPE DE JESÚS SÁNCHEZ

**ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:**

Dña. MARÍA DE LOS ÁNGELES GARCÍA MEDINA

D. JOSÉ IGNACIO ZARZUELO DESCALZO

En Madrid, a trece de febrero de dos mil veinte.

La Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos sobre acción de nulidad contractual e indemnización de daños y perjuicios, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 67 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como apelante demandado CAIXABANK S.A. representado por el Procurador Sr. Segura Zariquiey y de otra, como apelado demandante don ..... representado por el Procurador Sr. Cuesta Hernández, seguidos por el trámite de procedimiento ordinario.

Visto, siendo Magistrada Ponente la Ilma. Sra. Dña. MARÍA DE LOS ÁNGELES GARCÍA MEDINA

**ANTECEDENTES DE HECHO**

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

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 67 de Madrid, en fecha 9 de enero de 2017, se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "**FALLO:** Que estimando la demanda interpuesta por D. ...., contra Caixabank S.A., debo:

1.- Declarar la nulidad por vicio en el consentimiento del actor, del contrato suscrito en el año 2006, en virtud del cual fueron adquiridos 84 Bonos de la empresa Fergo Aisa.

2.- Condenar a Caixabank S.A. al pago del importe de ochenta y cuatro mil euros (84.000 €), más los intereses legales que correspondan sobre estos importes desde el cargo en cuenta y hasta su efectivo pago, debiéndose compensar por el actor los importes brutos percibidos en concepto de cupón durante la vigencia del contrato, con los intereses correspondientes."

**SEGUNDO.-** Por la parte demandada se interpuso recurso de apelación contra la meritada sentencia, admitiéndose a trámite y sustanciándose por el Juzgado conforme a la Ley 1/2000, se remitieron los autos a esta Audiencia.

**TERCERO.-** Que recibidos los autos en esta Sección se formó el oportuno rollo, en el que se siguió el recurso por sus trámites. Quedando en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 11 de febrero de 2020.

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

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Por don ..... fue presentada demanda de procedimiento ordinario frente a Caixabank S.A. por la que se solicitaba que se declarase la nulidad absoluta del contrato concertado en el 2006 mediante el que actor había adquirido 84 bonos de la empresa Ferga Aisa 08/11,5% con un valor nominal de 84.000 euros, por incumplimiento objetivo de las obligaciones legales de información sobre las características y riesgos del producto por parte del profesional financiero, en concreto, por vulneración de los arts. 78 y ss de la Ley 24/1988, de 28 de julio, de Mercado de Valores, y del Código de Conducta del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, o la relativa por error en el consentimiento en el momento de la contratación, subsidiariamente a lo anterior, se declarase el incumplimiento por parte de Bankpime S.A., actualmente Caixabank S.A., de sus obligaciones contractuales en cuanto al pacto de recompra de valores o, en su caso, de sus obligaciones de diligencia, lealtad o información en la venta de los instrumentos objeto de la

referida demanda, siendo dictada sentencia estimatoria de la acción de nulidad que por vicio del consentimiento había sido ejercitada, al entender la juzgadora de instancia que en este caso se había formado el consentimiento del demandante de forma deficiente al no prestarse la debida información a pesar de los riesgos del producto ofertado.

Contra dicha resolución es interpuesto recurso de apelación por la demandada que es articulado mediante cinco motivos: 1.- Falta de legitimación pasiva de Caixabank. 2.- Impugnación de las órdenes de transferencia de valores. 3.- Inexistencia de vicio en el consentimiento por dolo o error. 4.- Inexistente incumplimiento del pacto de recompra y de las obligaciones de información respecto a la acción de resolución. 5.- Ejercicio de las pretensiones de la actora al margen del procedimiento concursal de Bankpime. Recurso que fue resuelto mediante sentencia de 9 de mayo de 2017 de esta Sección que estimando el recurso de apelación y la falta de legitimación pasiva de la entidad Caixabank S.A., desestimó la demanda y absolvió a la demandada. Interpuesto recurso de casación por el actor, fue casada la sentencia dictada, afirmándose en la STS 619/2019, de 19 de noviembre, la legitimación pasiva de la entidad respecto de la demanda promovida por el Sr. Chaves, al mismo tiempo que se acordaba devolver las actuaciones a esta Sección de la Audiencia a fin de que se resolvieran las demás cuestiones formuladas por la apelante en su recurso y que no fueron objeto de examen.

Por el demandante se presentó escrito de oposición al recurso de apelación interpuesto.

**SEGUNDO.-** Sentado ello y rechazado el primero de los motivos esgrimidos, sustentando el recurrente el motivo alegado en segundo término de “impugnación de las órdenes de transferencia de valores” en que las órdenes de transferencia de valores, una vez cursadas, son irrevocables y por ello no cabe posibilidad legal de estimar la pretensión deducida, tal y como dispone el art. 11 de la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores, así como el art. 3 de la Directiva 98/26/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo, dicho motivo debe ser desestimado.

Como se dice en la SAP de Madrid (Sección 14) 143/2017, de 5 de junio, y que es recogida en la SAP de Madrid (Sección 20) 192/2018, de 22 de mayo, debe tenerse en cuenta que:

*“(…) A tales efectos, y con relación al motivo tercero del recurso el mismo no puede prosperar, pues si bien el artículo 11 de la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores, referido a la "Validez y firmeza de las órdenes de transferencia" establece en su apartado 1 párrafo primero "Las órdenes de transferencia cursadas a un sistema por sus*

*participantes, una vez recibidas y aceptadas de acuerdo con las normas de funcionamiento del sistema, serán irrevocables para su ordenante...", en su apartado 2 añade "Lo dispuesto en el apartado anterior: a) Se entiende sin perjuicio de las acciones que puedan asistir a los órganos concursales o a cualquier acreedor para exigir, en su caso, las indemnizaciones que correspondan, o las responsabilidades que procedan, por una actuación contraria a derecho o por cualquier otra causa, de quienes hubieran realizado dicha actuación o de los que indebidamente hubieran resultado beneficiarios de las operaciones realizadas".*

*En consecuencia, la irrevocabilidad que se establece en el apartado primero y primer párrafo, lo es sin perjuicio de las acciones (tanto indemnizatorias o por las responsabilidades que procedan) que cualquier acreedor (en el presente supuesto la actora-apelada) pueda ejercitar frente a Bankpime (la apelante por las razones dadas en los anteriores fundamentos) por su actuación contraria a derecho o por cualquier otra causa, así las acciones por el pacto de recompra o por incumplimiento de sus deberes de información, como con posterioridad analizaremos.*

*De igual modo, en el presente supuesto, la adquisición de los bonos Aisa, no se pueden incardinar en lo dispuesto en la Directiva 98/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, sobre la firmeza de la liquidación en los sistemas de pagos y de liquidación de valores, pues como se establece en su artículo 1 "Lo dispuesto en la presente Directiva será aplicable a: a) todo sistema, con arreglo a la definición que figura en la letra a) del artículo 2, regido por el Derecho de un Estado miembro al amparo del cual se efectúen operaciones en cualquier divisa, en euros o en las distintas divisas que el sistema convierta entre sí; b) todo participante de dicho sistema; c) las garantías constituidas en relación con: - la participación en un sistema, o - las operaciones ejecutadas por los bancos centrales de los Estados miembros en su calidad de banco central"".*

**TERCERO.-** Denunciándose a través del tercero de los motivos la inexistencia de vicio en el consentimiento por dolo o error y la inexistencia de falta de información, en cuyo desarrollo se argumenta que no existió error en la contratación tal y como acredita la testifical practicada en el acto del juicio, debe partirse para su resolución de que en este tipo de contratos, como se dice en la STS 595/2015, de 30 de octubre, *"es exigible un estricto deber de información: el cliente debe recibir de la entidad financiera una completa información sobre la naturaleza, objeto, coste y riesgos de la operación, de forma que le resulte comprensible, asegurándose de que el cliente entiende, sobre todo, los riesgos patrimoniales que puede llegar a asumir en el futuro"*.

Pues bien, habida cuenta que en este caso no obra documentación alguna en la que conste la información que fue facilitada por el banco al demandante sobre la naturaleza y riesgos del referido producto y que el

empleado de la entidad durante el interrogatorio como testigo, don Benito Ferreiro, si bien admitió haber sido él quien participó personalmente en la contratación de los referidos bonos, habiendo visto en una sola ocasión al actor, al ser preguntado sobre la documentación que le fue entregada manifiesta que le fue entregada una nota de valores en la que consta el número de títulos adquiridos y el interés, sin que sepa si se le entregó o no un folleto especial de este producto, ha de concluirse que no cabe deducir que el demandante estuvo en disposición de conocer las características y riesgos del producto adquirido.

Conclusión que no puede quedar desvirtuada porque el Sr. Chaves hubiese sido titular de otros productos de análoga naturaleza, según se ha venido a afirmar por el testigo, pues como dice la STS 667/2018, de 23 de noviembre, *“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”*.

Por lo que de acuerdo a lo que también se expone en la ya citada STS 667/2018 *“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”*, procede declarar que el contrato por el que se adquirieron 84 bonos Aisa con un valor nominal de 84.000 euros es nulo por error en la prestación del consentimiento y, por ende, compartir la conclusión alcanzada en la sentencia impugnada.

**CUARTO.-** Consecuentemente, inútil resulta entrar en el análisis del cuarto de los motivos relativo a la acción de resolución por incumplimiento contractual que fue ejercitada subsidiariamente, debiendo procederse al examen del último de los motivos mediante el que por la apelante se esgrime la imposibilidad en todo caso de que pueda ser condenada puesto que daría lugar al nacimiento de un crédito concursal frente a Bankpime.

Al respecto como se señala, al haber sido objeto ya de varios pronunciamientos por esta misma Audiencia Provincial en procedimientos en los que han sido parte la misma entidad bancaria ahora recurrente, entre otras por la Sección 14 en la Sentencia 143/2017, de 5 de junio, *“El motivo ha de ser*

*desestimado, por cuanto el derecho de la actora-apelada a ser indemnizada no puede calificarse como crédito concursal por el hecho de que BANKPYME (IPME 2012, S.A) haya sido declarada en concurso (BOE 3-3-2014) después de producida la cesión de la que se deriva la legitimación pasiva de la demandada. Pues cedido el negocio bancario por BANKPYME a CAIXABANC, es ésta quien debe responder frente a quienes contrataron con la primera, que dejó de ser parte de la relación jurídica inicial, por lo que en nada se ha visto afectado el crédito de la demandante por la declaración de concurso de la cedente, después de haberse producido la cesión. A tales efectos SAP Madrid Sección 20ª de 30 de diciembre de 2016 recurso 575/2016 y Sentencia Sección 14ª 1 de marzo de 2017 recurso 828/2016.”.*

En este mismo sentido la Sección 21 en la Sentencia 192/2018, de 22 de mayo, dice “(...) siguiendo la SAP de Madrid, Sección 13ª, de 13 de febrero de 2018, a lo anterior no obsta que, en el procedimiento concursal de FERGO AISA S.A., la actora no hubiese comunicado a la administración concursal el crédito que habría podido hacer valer contra la concursada por la amortización de los bonos. El bono es un producto financiero de los incluidos en el artículo 2, apartado uno, letra c, de la Ley del Mercado de Valores, que crea una relación entre el emisor y la bonista, y el contrato de compra con pacto de recompra es un contrato celebrado por el banco que comercializó el bono con la bonista. La deuda de la emisora de los bonos y la del banco es la misma y no genera un doble derecho de cobro, pero las reclamaciones efectuadas a uno de los deudores no impide las que puedan realizarse contra el otro, mientras no resulte cobrada la deuda por completo, como si en virtud de dos pactos independientes se hubiese constituido un vínculo de solidaridad pasiva entre los deudores, con la consecuencia jurídica del artículo 1.144 del Código Civil”.

**QUINTO.-** Implicando los anteriores pronunciamientos una desestimación del recurso de apelación, procede imponer las costas de esta alzada a la apelante, ex art 394.1 y 398.1 LEC.

Vistos los artículos citados, concordantes y demás normas de general y pertinente aplicación

### **FALLAMOS**

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Caixabank S.A. contra la sentencia de fecha 9 de enero de 2017, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 67 de Madrid, confirmamos dicha resolución, con imposición a la apelante de las costas causadas en esta alzada.

La desestimación del recurso determina la pérdida 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.

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, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

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

**PUBLICACIÓN.-** Extendida y firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, e incorporada al libro de resoluciones definitivas, se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.