



Roj: **SAP SG 47/2017 - ECLI:ES:APSG:2017:47**

Id Cendoj: **40194370012017100047**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Segovia**

Sección: **1**

Fecha: **20/02/2017**

Nº de Recurso: **61/2017**

Nº de Resolución: **31/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **IGNACIO PANDO ECHEVARRIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

SEGOVIA

SENTENCIA: 00031/2017

N10250

C/ SAN AGUSTIN Nº 26 DE SEGOVIA

-

Tfno.: 921 463243 / 463245 Fax: 921 463254

EQC

N.I.G. 40194 41 1 2016 0001818

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000061 /2017

Juzgado de procedencia: JDO. 1A.INST.E INSTRUCCION N. 5 de SEGOVIA

Procedimiento de origen: JUICIO VERBAL 0000280 /2016

Recurrente: BANKIA SA

Procurador: JOAQUIN MARIA JAÑEZ RAMOS

Abogado: MARIA JOSE COSMEA RODRIGUEZ

Recurrido: Pilar

Procurador: MARIA ANGELES LLORENTE BORREGUERO

Abogado: MARIA DE LA CARIDAD MARTIN BERRON

SENTENCIA Nº 31 / 2017

CIVIL

Recurso de apelación

Número 61 Año 2017

Juicio Verbal nº 280/16 (unipersonal)

Juzgado de 1ª Instancia de

SEGOVIA Nº 5

En la Ciudad de Segovia, a veinte de febrero de dos mil diecisiete.



La Audiencia Provincial de Segovia, constituida por el Ilmo. Sr. Magistrado D. Ignacio Pando Echevarria, ha visto en grado de apelación los autos de las anotaciones del margen, seguidos a instancia de D^a Pilar ; contra **BANKIA, S.A** ; sobre juicio verbal, en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en primera instancia, recurso en el que han intervenido como apelante, la demandada, representada por el Procurador Sr. Jañez Ramos y defendida por la Letrado Sra. Cosmea Rodriguez y como apelada, la demandante, representada por la Procuradora Sra. Llorente Borreguero y defendida por la Letrado Sra. Martín Berrón .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia de los de Segovia, nº 5 , con fecha siete de diciembre de dos mil dieciséis , fue dictada Sentencia , que en su parte dispositiva literalmente dice : "**FALLO:** Que, estimando la demanda interpuesta por la representación de Pilar contra la entidad BANKIA S.A., declaro la nulidad relativa por vicio de consentimiento del contrato de obligaciones subordinadas suscrito en su día por los padres fallecidos de la demandante a que se ha hecho referencia en el hecho primero de esta resolución, con los efectos legales inherentes a tal declaración, esto es, la condena de las partes a restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato. En tal sentido, la entidad demandada deberá restituir a la demandante la cantidad de 5.602,75 euros, diferencia entre la cantidad invertida por sus finados padres para la adquisición de las obligaciones subordinadas, respecto de la adjudicación efectuada a favor de la actora por título de herencia y la obtenida con el depósito de Bankia, extinguiéndose cualquier vínculo contractual entre las partes derivado de aquel contrato, más el interés legal de esa cantidad desde la fecha de la celebración del contrato. Por su parte, la demandante deberá reintegrar a la entidad demandada (lo que puede hacerse vía compensación) los rendimientos recibidos por la suscripción de las obligaciones subordinadas por sus padres, en cuanto a la parte adjudicada a la actora por título de herencia hasta que se produjo su canje con orden de elección de depósito, con el interés legal desde su respectivo abono.

Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada."

SEGUNDO.- Notificada que fue la anterior resolución a las partes, por la representación procesal de Bankia, s.a, se interpuso en tiempo y forma, recurso de apelación, con enumeración de los pronunciamientos que se impugnan, al tenor que es de ver en su escrito unido en Autos, teniéndose por interpuesto el mismo para ante la Audiencia en legal forma, en base a lo establecido en el art. 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , según redacción dada en la Ley 37/2011, dándose traslado a la adversa y emplazándola para oponerse al recurso o impugnarlo, y realizado el citado trámite en plazo, oponiéndose al mismo, se acordó remitir las actuaciones a esta Audiencia Provincial, previo emplazamiento de las partes ante la misma.

TERCERO.- Recibidos los autos en este Tribunal, registrados, formado rollo, turnado de ponencia y personadas las partes en tiempo y forma y a tenor de lo dispuesto en el art. 82.2.1º de la LOPJ , según redacción Ley Orgánica 1/2009 de 3 de Noviembre, que establece que la Audiencia Provincial se constituirá con un solo Magistrado en los recursos de apelación contra resoluciones de los Juzgados de Primera Instancia que se sigan por los trámites del juicio verbal por razón de la cuantía, se pasaron las actuaciones al Ilmo.Sr. Magistrado D. Ignacio Pando Echevarria, quién dictó la resolución precedente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de apelación por la parte demandada contra la sentencia dictada en la instancia en la que, tras desestimar las excepciones opuestas de caducidad y cosa juzgada, estima de forma íntegra la demanda, declaraba la nulidad del contrato de obligaciones subordinadas suscrito por los fallecidos padres de la actora, con condena a la restitución recíproca de las cosas objeto de contrato, condenando a Bankia a devolver a la actora al cantidad de 5.602,75 €, diferencia entre la parte que le corresponde de la cantidad invertida por sus padres y la que aún no ha sido reintegrada.

La entidad recurrente impugna en primer lugar la desestimación de la excepción de cosa juzgada, por entender que la propia actora aportó con su demanda el laudo arbitral cuya notificación se niega, así como que habría admitido el cumplimiento del laudo por parte de la recurrente, entendiéndose por tanto que el laudo es firme y por tanto concurre la cosa juzgada, por aplicación del art. 43 Ley 650/2003 de **arbitraje** y 222 LEC . En segundo lugar y entrando en el fondo de la reclamación se alega en primer lugar que la sentencia incurre en incongruencia la declarar la nulidad de un contrato que ya no existe, al haber sido declarado nulo en el laudo arbitral. En segundo lugar se alega que no se ha acreditado la existencia de mala praxis por parte de la entidad bancaria; en tercero se alega vulneración de los arts. 1265 y ss en relación con la concurrencia del error; en cuarto se sostiene vulneración del principio de buena fe; en quinto infracción de los arts. 1309 y ss CC por no haberse declarado la nulidad de un contrato ya declarado nulo por el auto arbitral; en sexto lugar se discute la inadecuación



de la acción de indemnización subsidiariamente ejercitada; en séptimo se expone la incongruencia *ultra petita* al concederse a la actora más de lo solicitado; y en octavo y último lugar se alega que la pretensión incurre en enriquecimiento injusto al haber sido abonadas ya las cantidades fijadas en el laudo, alegando haber acreditado en su contestación al demanda el pago de tal cantidad.

SEGUNDO. - En cuanto a la excepción de cosa juzgada, el juez a quo entiende que no concurre al no haberse acreditado que el laudo arbitral fuese firme, por no constar su notificación a la parte actora, falta de notificación que impide su firmeza.

La parte apelante aduce en su favor que la prueba de la notificación estaría dada por el hecho de que la parte actora haya portado el laudo junto con su demanda y que en la misma haya admitido el cumplimiento del laudo por parte de la demandada.

Ambas afirmaciones son inciertas. Resulta sorprendente que se puedan hacer estas manifestaciones en el recurso, cuando en la audiencia previa el debate giró en torno a la acreditación de la notificación y del cumplimiento del laudo que la demandada alegaba. Desde luego tal debate no habría existido si el laudo hubiese sido aportado por la actora o ésta hubiese reconocido el pago. Pero ni una ni otra afirmación es verdad. Los laudos que la actora aporta nada tiene que ver con el que nos ocupa y se refieren a otras reclamaciones que también efectuaron sobre otros productos. En cuanto al supuesto reconocimiento, éste no existe en autos.

Por tanto, ante tales falsas afirmaciones los motivos que sustentan su alegación decaen y quedan sin base fáctica.

En todo caso la valoración que hace el juez de instancia es correcta. Los efectos de la cosa juzgada se producen cuando existe una previa sentencia firme (art. 222.1 LEC), por lo que la previsión del art. 43 LA, ha de entenderse referido a laudos que sean firmes, firmeza que sólo se alcanza tras la notificación a las partes y el transcurso del plazo para su impugnación.

Se requirió a la demandada a que acreditase la firmeza del laudo, así como el cumplimiento y liquidación del laudo arbitral. Frente a este requerimiento, en cuanto al segundo extremo manifestó que estaba haciendo gestiones para cumplirlo y probar este extremo, lo que nunca llevó a efecto, cuando es de suponer que no debería ser tan difícil a la entidad aportar la documentación de pago hecha por ella misma. Por tanto tal falta de aportación ha de considerarse como de inexistencia del pago.

En cuanto a la acreditación de la firmeza, se aportó copia certificada de las actuaciones seguidas, y entre ellas no consta que el auto fuese debidamente notificado a la actora. Lo único que se aporta es una copia del laudo con la dirección, errónea, del padre fallecido de la actora, peor sin que se acredite su recepción. Dice el art. 5 LA respecto de las notificaciones: *"Salvo acuerdo en contrario de las partes y con exclusión, en todo caso, de los actos de comunicación realizados dentro de un procedimiento judicial, se aplicarán las disposiciones siguientes:*

a) Toda notificación o comunicación se considerará recibida el día en que haya sido entregada personalmente al destinatario o en que haya sido entregada en su domicilio, residencia habitual, establecimiento o dirección. Asimismo, será válida la notificación o comunicación realizada por télex, fax u otro medio de telecomunicación electrónico, telemático o de otra clase semejante que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos dejando constancia de su remisión y recepción y que hayan sido designados por el interesado. En el supuesto de que no se descubra, tras una indagación razonable, ninguno de esos lugares, se considerará recibida el día en que haya sido entregada o intentada su entrega, por correo certificado o cualquier otro medio que deje constancia, en el último domicilio, residencia habitual, dirección o establecimiento conocidos del destinatario".

Como se ve, sea cual sea el medio de notificación o de intento, debe hacerse por un medio que deje constancia del mismo. En la copia certificada del expediente no existe documento alguno en que conste esa recepción, o incluso ese envío (acuse de recibo, repórter de fax, accuse de burofax...) por lo que la notificación no está probada ni intentada, ni por tanto que el laudo alcanzase firmeza.

En cualquier caso la propuesta del Bankia es completamente absurda. Habida cuenta que el laudo no notificado y que la entidad afirma ha cumplido voluntariamente, daba la razón íntegra a la actora y ordenaba la devolución de la totalidad del cantidad invertida, carecería de sentido alguno que la actora se embarcase en un proceso declarativo para solicitar ese pago, cuando le habría bastado con instar la ejecución del laudo. Y si el pago se hubiese efectuado, sería absurdo que interpusiese la demanda, a sabiendas de que la entidad aportaría los justificantes del pago.

TERCERO. - En segundo lugar y entrando en el fondo de la reclamación se alega en primer lugar que la sentencia incurre en incongruencia la declarar la nulidad de un contrato que ya no existe, al haber sido declarado nulo en el laudo arbitral. Este motivo ha de ser tratado conjuntamente con el quinto, en que expone la infracción de los arts. 1309 y ss CC por no haberse declarado la nulidad de un contrato ya declarado nulo por el auto arbitral; y con el



octavo y último en que se alega que la pretensión incurre en enriquecimiento injusto al haber sido abonadas ya las cantidades fijadas en el laudo, alegando haber acreditado en su contestación al demanda el pago de tal cantidad.

Los tres motivos tiene un mismo denominador común: entender que la acción de nulidad ejercitada ya han sido resuelta por el laudo arbitral de 14 de marzo de 2014, y por tanto no puede ser estimada en este momento, al no existir contrato sobre el que ser aplicada. Y como consecuencia de este laudo la parte insiste en el pago del mismo y de ahí el enriquecimiento in justo que predica.

Como acabamos de decir, confirmando los razonamientos del juez a quo, no consta que el laudo dictado alcanzase firmeza por falta de notificación, por lo que en ese procedimiento arbitral aún no se habría resuelto definitivamente esta cuestión, ni por tanto el contrato habría desaparecido por su nulidad, todo ello sin perjuicio de que la parte recurrente se pudiese aquietara con su contenido.

Es verdad que aunque el laudo no sea firme, existe un convenio arbitral, reconociendo la parte actora que fue ella quien lo instó, y que por tanto podría haberse planteado, sino la cosa juzgada, sí la litispendencia (en sentido gramatical, no jurídico). Efectivamente, el art. 11 LA dispone que el convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a **arbitraje**, y que así se pactó en el propio convenio. Ahora bien el mismo art. 11.1 LA establece que esta excepción deberá invocarse por medio de declinatoria, que debe ejercitarse en los diez primeros días del plazo para contestar la demanda. Dado que la declinatoria no fue ejercitada por la interesada, Bankia, en este momento no puede plantearse la posibilidad de que el convenio arbitral hubiese impedido el procedimiento judicial.

Finalmente y en cuanto al enriquecimiento injusto, como ya hemos dicho no está probado el pago, por lo que no puede oponerse en este momento como excepción a la reclamación, sin perjuicio, como bien dice el juez a quo que en la fase de ejecución, si ese pago es verdadero, se pueda acreditar. Pero la Sala duda seriamente que el pago se efectuase, cuando en el escrito de apelación se incluye una nueva tergiversación en relación con el supuesto pago, al mencionar que el doc.3 de su contestación acreditaba el pago de lo ordenado en el laudo y aportando para ello copia escaneada, no del doc.3, sino del anexo a la solicitud del convenio arbitral en que se establece al cantidad máxima a reclamar, que por otra parte no es sino el doble de la que la actora reclama en este juicio, que es su mitad por corresponderle por herencia la mitad de esa cuantía.

CUARTO.- En cuanto a sus alegaciones respecto de la acción indemnizatoria, nada cabe decir pues resulta irrelevante para resolver el juicio, al no haber sido estimada la acción subsidiaria sino la principal de nulidad contractual.

QUINTO. - Respecto de su alegación en séptima en se expone la incongruencia *ultra petita* al concederse a la actora más de lo solicitado, basta ver el contenido del suplico de la demanda y el resultado del fallo para comprobar que eso no es cierto, y que se concede exactamente lo mismo que se pedía.

SEXTO. - En cuanto a los restantes argumentos relativos al fondo del asunto, inexistencia de mal praxis, inexistencia de erro, o infracción del art. 1265 y ss CC , la propia parte viene insistiendo a lo largo de todo el pleito que los admite, puesto que una de las bases de su oposición era la firmeza del laudo admitiendo con ello su aquietamiento con esa resolución en que precisamente se declaraba la existencia de esos defectos invalidantes del consentimiento y la mala praxis de la entidad, por lo que ahora ni puede oponerse a lo que al sentencia reclama cuando se mostró conforme con lo mismo que el laudo declaraba.

SÉPTIMO. - En todo caso es de advertir la absoluta contradicción entre todos estos argumentos y su pretensión impugnatoria, pues manifiesta que lo único que recurre es el descuento de los intereses netos que han percibido la actora, interesando que deberán descontarse los intereses brutos.

Esta petición final convierte este recurso en un absoluto despropósito, pues en su argumentación de 28 páginas que hemos analizado no hace mención alguna a esta cuestión.

Más aún, el fallo de la sentencia tampoco hace una sola mención a que los intereses sean brutos o netos, por lo que no puede pretender que se modifique una resolución suprimiendo de la misma algo que no dice. Si al parte quería aclarar si los intereses a devolver eran brutos o netos así debió solicitarlo por tal vía, pero lo que no puede hacer es interponer una apelación para resolver un punto que no ha sido objeto de decisión en la sentencia ni ha sido objeto de debate en el pleito.

OCTAVO.- Desestimado el recurso de apelación, las costas de esta alzada deberán ser impuestas a la parte apelante, a la cual se apreciará en este caso temeridad y mala fe. Temeridad por plantear un recurso con unas alegaciones que pretenden algo completamente distinto de los que se suplica, sin que su vez se justifique en forma alguna lo que se pide. Mala fe porque además en dichas argumentaciones ha acudido a faltar a la verdad para tratar de llevar a error a esta Sala.



Vistos los preceptos legales anteriormente citados y demás de general y pertinente aplicación;

FALLO

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la mercantil Bankia contra la sentencia de fecha 7 de diciembre de 2016 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de esta ciudad en juicio ordinario 280/2016, **se confirma la misma**, imponiendo las costas de esta alzada a la parte recurrente, apreciándose temeridad y mala fe.

La confirmación de la Sentencia de instancia supone la pérdida del depósito para apelar consignada por la parte recurrente, al que deberá darse el destino legal (D.A. 15ª de la L.O.P.J) según redacción de la L.O. 1/2009 de 3 de Noviembre.

Contra esta resolución, no cabe interponer recurso ordinario alguno, sin perjuicio de la utilización por las partes de aquellos otros recursos para cuyo ejercicio se crean legitimados.

Así, por esta mi sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala y otra a los autos originales para su remisión al Juzgado de procedencia para su ejecución, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. Ignacio Pando Echevarria, de esta Audiencia Provincial, estando el mismo celebrando Audiencia Pública en el día de la fecha, certifico.