



Roj: **SAP PO 924/2015 - ECLI:ES:APPO:2015:924**

Id Cendoj: **36038370032015100113**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **3**

Fecha: **06/05/2015**

Nº de Recurso: **45/2015**

Nº de Resolución: **125/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ROMERO COSTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00125/2015

SENTENCIA Nº: 125/2015

SEÑORES DEL TRIBUNAL

ILUSTRISIMOS SRES

PRESIDENTE

D. ANTONIO J. GUTIÉRREZ R.- MOLDES.

MAGISTRADOS

D. JAIME ESAIN MANRESA.

D. FRANCISCO JAVIER ROMERO COSTAS.

En la ciudad de PONTEVEDRA, a seis de mayo de dos mil quince.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 003, de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000562/2013, procedentes del **XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 3 de PONTEVEDRA**, a los que ha correspondido el **Rollo RECURSO DE APELACION-E (LECN) 0000045/2015**, en los que aparece como parte apelante, BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES SAL, representado por el Procurador de los tribunales, Sr. JOSE PORTELA LEIROS, asistido por el Letrado D. EMILIO BAUCCELLS, y como parte apelada, D. Francisco y D^a. Laura, representados por la Procuradora de los tribunales, Sra. MARIA BELEN ALVAREZ SANCHEZ, asistidos por la Letrada D^a. MARIA ANGELES FERNANDEZ BERCERUELO, sobre reclamación de cantidad, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. D. FRANCISCO JAVIER ROMERO COSTAS.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO .- Por el XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 3 de PONTEVEDRA, se dictó sentencia de fecha 30 de octubre de 2014, cuya parte dispositiva, dice: "FALLO: Estimo íntegramente la demanda formulada por la Procuradora D^a María Belén Álvarez Sánchez, en representación de D. Francisco y D^a Laura, contra BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, S.A.

Declaro la nulidad del contrato de depósito o administración número NUM000, y de la orden de suscripción de valores número 1.055.089, denominación Part. Caja España-Serie C, código valor NUM001, así como del canje en Bonos convertibles B CEISS.

En consecuencia, BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, S.A. deberá restituir a D. Francisco y D^a Laura la cantidad de 30.000 euros, más el interés legal del dinero desde la fecha del contrato.



D. Francisco y D^a Laura deberán restituir a BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, S.A. los títulos y las remuneraciones percibidas, pero no el interés legal del dinero sobre éstas.

Con imposición de costas a BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, S.A."

SEGUNDO .- Contra mencionada resolución interpuso la parte demandada el presente recurso de apelación que fue sustanciado en la instancia de conformidad con lo establecido en el art. 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; se elevaron los autos, correspondiendo a este Tribunal su resolución, dando lugar a la formación del presente rollo, no habiéndose celebrado vista pública ni práctica de prueba, quedó el procedimiento para votación y fallo.

TERCERO .- En la tramitación del recurso se han observado y cumplido todas las prescripciones de carácter legal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Se impugna la resolución de la instancia, por la parte demandada, únicamente en cuanto entiende que, contrariamente a lo prevenido en el Art. 1303 CC , a la prohibición de enriquecimientos injustos y determinada doctrina jurisprudencial en esta materia, no se haya reconocido a su favor el devengo de intereses legales sobre los rendimientos sucesivamente abonados a los actores por mor de los contratos acordados y desde las fechas en que se pagaron a aquéllos. A tal planteamiento se oponen la contraparte demandante al evacuar el traslado dado a la misma en su momento en la instancia.

SEGUNDO.- La cuestión suscitada en esta alzada viene siendo respondida, y rechazada de modo constante, en distintas resoluciones de esta Audiencia de Pontevedra siguiendo el argumento desarrollado en el Fundamento Jurídico 21 Ap. 2.4 de la Sentencia de la Secc. 1^a de 4-IV-2014 , luego seguido en otras muchas (Sentencias de fechas 8-V-14; 3-VII-14 ; 6-XII-14; 9 -I y 23-II-15), aceptado también por esta Sección 3^a (Sentencia de fechas 25-IX-14 ; 3-II-15 ; 10-II-15 ; 15-III- 15), a cuyos razonamientos nos remitimos y reproducimos: "Considera la entidad recurrente que el actor debe ser condenado, al hacer aplicación de la normativa sobre la retroacción de efectos de la nulidad contractual, a restituir los títulos que actualmente posee o lo percibido en virtud del canje más los intereses legales, cantidades que a su vez deberían producir intereses. Seguidamente el recurrente matiza que la obligación de devolver los títulos no resulta posible al haber sido objeto de un canje forzoso por el FROB.

Como reconoce la entidad apelante, la interpretación del alcance del art. 1303 del Código Civil es bien conocida. La STS de 11 de febrero de 2003 afirmaba que "... procede analizar los efectos jurídicos de tal declaración, los cuales se regulan con carácter principal (no exclusivamente) en el art. 1.303 CC , en el que se establece que declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses. El precepto, que tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador (SS. 22 septiembre 1.989 , 26 julio 2.000), evitando el enriquecimiento injusto de una de ellas a costa de la otra (SS. 22 noviembre 1.983 , 24 febrero 1.992 , 30 diciembre 1.996 -llegar hasta donde se enriqueció una parte y hasta donde efectivamente se empobreció la otra-), es aplicable a los supuestos de nulidad radical o absoluta, no solo a los de anulabilidad o nulidad relativa, (SS. 18 enero 1.904 , 29 octubre 1.956 , 7 enero 1.964 , 22 septiembre 1.989 , 24 febrero 1.992 , 28 septiembre y 30 diciembre 1.996), y opera sin necesidad de petición expresa, por cuando nace de la ley (SS. 22 noviembre 1.983 , 24 febrero 1.992 , 6 octubre 1.994 , 8 noviembre 1.999). Por consiguiente cuando el contrato hubiese sido ejecutado en todo o en parte procede la reposición de las cosas al estado que tenía al tiempo de la celebración (SS. 29 octubre 1.956 , 22 septiembre 1.989 , 28 septiembre 1.996 , 26 julio 2.000), debiendo los implicados devolverse lo que hubieren recibido por razón del contrato (SS. 7 octubre 1.957 , 7 enero 1.964 , 23 octubre 1.973). El art. 1.303 CC se refiere a la devolución de la cosa con sus frutos (SS. 9 febrero 1.949 , y 18 febrero 1.994) y el precio con sus intereses (SS. 18 febrero 1.994 , 12 noviembre 1.996 , 23 junio 1.997), norma que parece ideada en la perspectiva de la compraventa, pero que no obsta a su aplicación a otros tipos contractuales".

Además, la jurisprudencia de la Sala Primera del TS admite con claridad la posibilidad de adaptación de las consecuencias de la retroacción de efectos de la nulidad a las circunstancias del caso:

"También esta Sala ha admitido la posibilidad de limitar los efectos de la nulidad ya que "la "restitutio" no opera con un automatismo absoluto, ya que el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra y ésta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad " (STS 118/2012, de 13 marzo).

En nuestro caso, declarada la nulidad del contrato por apreciarse la existencia de un consentimiento deficientemente formado por el error en que incurrió uno de los contratantes, la consecuencia habrá de ser, por



tanto, la restitución recíproca de prestaciones. No obstante debe tenerse en cuenta que, -como hace constar la apelante-, habiéndose producido un canje forzoso de los títulos por parte del FROB, no resulta posible la restitución in natura. Lo que no precisa la parte apelante, ni podemos conocer a la vista del examen de las actuaciones, es el producto obtenido por el actor a consecuencia del canje. Sin embargo, la propia parte apelada se conforma con la obligación de restituir los títulos percibidos por el actor en virtud de canje, por lo que en este sentido habrá de modificarse la parte dispositiva de la resolución recurrida.

En cuanto al alcance de la obligación de restitución, no se hace cuestión por tanto sobre el hecho de que el actor habrá de restituir los títulos en la forma que acaba de expresarse y que la entidad financiera deberá restituir a su vez el importe de la inversión con el interés legal. La cuestión estriba en precisar la dimensión exacta de las respectivas obligaciones de devolver las "cosas con sus frutos y el precio con sus intereses".

La obligación de restitución de la entidad se identifica con la obligación de devolver el capital invertido con los frutos, -el interés legal-, que tal suma ha devengado desde que se realizaron las entregas de dinero con cada orden de compra, tal como recoge la resolución recurrida.

Es cierto que algunas resoluciones judiciales han modulado el alcance de esta obligación, señalando que los frutos de la cantidad entregada por el cliente no se corresponden con el interés legal, sino que debería señalarse un interés diferente, por ejemplo el correspondiente a la media de las imposiciones a plazo, criterio seguido, por ejemplo, por la SAP de Ciudad Real de 6.2.2014 . No obstante, en nuestro caso, la pretensión del demandante se concreta a la petición del interés legal, criterio que ha sido respetado, como expresión del principio dispositivo, por la sentencia recurrida.

Esta cantidad habrá de compensarse con la obligación de restitución impuesta al demandante de los intereses abonados a consecuencia de los diversos productos contratados.

La cuestión, -a la que la sentencia no dedica razonamiento alguno-, está en determinar si dicha suma debe o no devengar a su vez intereses, tal como propone la parte apelante en línea con lo que acaba de afirmarse respecto de su obligación de restitución, o si, por el contrario, procede realizar una interpretación analógica de las normas sobre liquidación de estados posesorios, como sostiene la parte apelada, que se basa en la existencia de una situación de buena fe por parte del cliente que adquiere los productos bancarios inducido por el error de la entidad financiera.

En la tesis apelada "se daría la paradoja de que el banco sí habría obtenido una rentabilidad, no cuantificada, que no tendría que compensar ya que con el dinero que se le entregó en depósito negociación en el mercado y obtuvo rentabilidad, y por el contrario el cliente vería que por ese dinero no se le daría retribución alguna y, además, no se le compensaría por su pérdida de valor, que se le reintegraría el valor neto de la aportación inicial menos los intereses recibidos, y ese dinero habría perdido valor por los sucesivos incrementos del IPC durante los años de duración del depósito..."

Es cierto que la jurisprudencia ha relacionado en ocasiones los efectos del art. 1303 y los derivados de la liquidación de estados posesorios, en particular en los supuestos en los que se trataba de devolver bienes inmuebles que habían venido siendo poseídos por un poseedor de buena fe que vencía en el ejercicio de la acción de resolución que determinaba la reposición de las cosas al estado que tenían al celebrarse el contrato (vid. por todas, la STS 30.4.2013 : " Junto a esta obligación de restitución provocada por la resolución contractual, motivo tercero del recurso, y conforme a la razón de compatibilidad anteriormente señalada, la resolución también puede operar unos efectos restitutorios que no surgen directamente de la ineficacia funcional del contrato programado, sino que se residencian, más bien, en la obligación de entrega de la cosa cuya adquisición ha devenido ineficaz, por la resolución del título que la justificaba, dando lugar a la restitución y liquidación del estado posesorio, artículos 451 a 458 del Código Civil . Desde esta perspectiva, y aunque el artículo 1303 no lo mencione, el principio de buena fe se erige como criterio determinante de la ordenación establecida. En efecto, conforme al artículo 451 del Código Civil (LA LEY 1/1889), la posesión de buena fe constituye "per se" el título de atribución de los frutos producidos, cuestión que en el presente caso resulta extrapolable tanto al goce como al disfrute de la vivienda por los compradores mientras duró su buena fe posesoria. Por contra, la posesión de mala fe no solo no constituye título de atribución, sino que impide que el título de atribución que resulte produzca sus efectos sobre la propiedad de los frutos en toda su extensión; de ahí que el artículo 455 del Código Civil (LA LEY 1/1889) señale que el poseedor de mala fe no solo tiene que abonar los frutos percibidos, sino también los frutos que el poseedor legítimo hubiera podido percibir (fructus percipiendi). En el presente caso, el valor de la ocupación o disfrute de la cosa desde el momento en el que los compradores perdieron su condición de poseedores de buena fe y siguieron poseyendo la cosa en perjuicio del legítimo poseedor, debiendo ser resarcido a través de esta obligación de restitución."



El demandante, al margen de concretas prestaciones indemnizatorias no ejercitadas en el presente proceso, ve restituida su posición mediante la entrega por la entidad bancaria de las cantidades que depositó con los intereses desde la fecha de cada contrato, y resulta consecuencia de la retroacción de efectos del art. 1303 que por su parte restituya las cantidades que en virtud de un contrato cuya invalidez ha pretendido ha percibido durante su vigencia.

Pero otra cosa es que dichas cantidades deban a su vez producir intereses. La cuestión se conoce polémica en la jurisprudencia de los órganos provinciales.

Por nuestra parte entendemos que la obligación del demandante, en las concretas circunstancias del caso, se debe limitar a la devolución de los rendimientos obtenidos por el producto financiero adquirido sin tener que restituir los frutos civiles de dichas sumas, por las siguientes razones:

a) porque, como venimos razonando a lo largo de toda esta resolución, en línea con la interpretación jurisprudencial dominante, la esencia de la declaración de nulidad está en la existencia de un vicio estructural en el negocio a consecuencia de la situación de error generada en el cliente, **-consumidor-**, por la actuación de la entidad financiera. Ello determina una situación de desigualdad en la información y de desequilibrio en los derechos y obligaciones dimanantes del contrato, con vulneración de la normativa legal, que no fue restablecida por la entidad demandada; situación de desequilibrio que debe traducirse también en la reposición de las cosas al momento de la celebración del contrato, en aplicación del art. 1303 sustantivo.

b) porque el análisis de la conducta de la entidad financiera, tal como se desprende de los hechos probados, permite su consideración como una actuación de mala fe, que debe tener traducción en la restitución de las cosas a su origen.

c) porque, nos parece, que se consolidaría una situación de enriquecimiento injusto si se obliga a devolver al cliente los intereses legales de las sumas percibidas en virtud de las órdenes de adquisición de participaciones preferentes y deuda subordinada, mientras que la entidad, que celebró el contrato con el fin de atender a sus exigencias coyunturales de capitalización, habrá obtenido rendimiento de las sumas depositadas por el cliente en normal desarrollo del negocio bancario.

d) porque la normativa protectora del **consumidor**, -en particular los arts. 60 y 62 del TR 1/2007, además de la normativa específica citada sobre protección del **consumidor** adquirente de servicios y productos financieros-, constituye base suficiente para incrementar el estándar de la buena fe contractual exigible a la entidad financiera, que en el caso se ha visto vulnerada de forma palmaria, y da fundamento a la modulación de los efectos de la retroacción de efectos con el fin de evitar situaciones de desprotección de los **consumidores**.

e) porque, en esta misma línea de razonamiento, se sitúa la legislación especial dictada para la reestructuración de entidades de crédito, -Ley 9/2012, de 14 de noviembre-, que establece, en su apartado IV, como uno de sus objetivos la adopción de medidas de protección del inversor "... en relación con la comercialización de los instrumentos híbridos y otros productos complejos para el cliente minorista, entre los que se incluyen las participaciones preferentes, con el fin de evitar que se reproduzcan prácticas irregulares ocurridas durante los últimos años "; prácticas irregulares de comercialización como las que han constituido el objeto del presente litigio".

TERCERO.- Así las cosas, hemos de desestimar la apelación deducida con imposición de las costas causadas en esta alzada a la apelante (Art. 398 LEC /00), acordando la pérdida y destino del depósito constituido conforme a la Disp. Adic. 15ª LOPJ.

Vistos los artículos citados y demás normas de general y pertinente aplicación, por la autoridad que nos confiere la Constitución Española y en nombre de SM. el Rey,

FALLO:

Debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Apelación deducido por la representación de la entidad BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES SAL, contra la sentencia de fecha 30-X-14, dada en el P. Ordinario Nº 562/13 seguido ante el J. de 1ª Instancia nº 3 de Pontevedra (ROLLO Nº 45/15) confirmando la misma con imposición a la apelante de las costas causadas en esta alzada y acordando la pérdida y destino del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que esta sentencia no es firme y contra la misma podrán las partes legitimadas optar por interponer el Recurso Extraordinario por Infracción Procesal o el Recurso de Casación ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el plazo de 20 días, contados desde el día siguiente a su notificación, conforme disponen los Arts. 466 y ss y la Disposición Final 16ª LEC /00.



Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J ., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

Una vez firme, expídase testimonio que será remitido con los autos originales al Juzgado de procedencia, a los efectos oportunos.

Así, por ésta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ