



Roj: **SAP PO 985/2015 - ECLI:ES:APPO:2015:985**

Id Cendoj: **36057370062015100205**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vigo**

Sección: **6**

Fecha: **14/05/2015**

Nº de Recurso: **202/2014**

Nº de Resolución: **215/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MAGDALENA FERNANDEZ SOTO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00215/2015

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6 de PONTEVEDRA

N01250

C/LALÍN, NÚM. 4 - PRIMERA PLANTA - VIGO

-

Tfno.: 986817388-986817389 Fax: 986817387

N.I.G. 36045 41 1 2012 0001686

ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000202 /2014

Juzgado de procedencia: XDO.1A.INST.E INSTRUCIÓN N.1 de REDONDELA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000598 /2012

Recurrente: NOVAGALICIA BANCO SA

Procurador: FATIMA PORTABALES BARROS

Abogado: GABRIELA LAGOS SUAREZ-LLANOS

Recurrido: Jorge

Procurador: JUAN JOSE MUIÑOS TORRADO

Abogado: AUGUSTO JOSE MUIÑOS LOPEZ

LA SECCIÓN SEXTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, SEDE VIGO, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados JAIME CARRERA IBARZABAL, Presidente; MAGDALENA FERNANDEZ SOTO y EUGENIO FRANCISCO MIGUEZ TABARES, han pronunciado

EN NO MBRE DEL REY

La siguiente

SENTENCIA núm. 215

En Vigo, a catorce de mayo de dos mil quince.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 006, de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000598 /2012, procedentes del XDO.1A.INST.E INSTRUCIÓN N.1 de REDONDELA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000202 /2014, en los que aparece como parte apelante, NOVAGALICIA BANCO SA, representado por el Procurador de los tribunales,



Sr./a. FATIMA PORTABALES BARROS, asistido por el Letrado D. GABRIELA LAGOS SUAREZ-LLANOS, y como parte apelada, Jorge , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. JUAN JOSE MUIÑOS TORRADO, asistido por el Letrado D. AUGUSTO JOSE MUIÑOS LOPEZ.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D./D^a MAGDALENA FERNANDEZ SOTO, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1^a Instancia núm. 1 de REDONDELA, con fecha 30.12.13, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Que debo estimar y estimo íntegramente la demnada formulada por Sr. Muiños Torrado en representación de Jorge contra NOVAGALICIA BANCO S.A. y en consecuencia condeno a NOVAGALICIA BANCO S.A. a abonar a Jorge la cantidad de 50.000 euros en concepto de principal mas los intereses legales desde la interpelación judicial hasta la fecha de la sen tencia, mas los intereses de la mora procesal desde la fecha de la sentencia hasta el completo pago.

No ha lugar a la compensación de intereses interesada por la parte demandada.

Si se hubiera procedido al canje impuesta legal y automáticamente, la cantidad que hubiera recibido el actor se entiende como entrega a cuenta de los 50.000 euros cuya condena se impone en esta resolución.

Se hace expresa imposición de costas a la parte demandada."

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia, por el Procurador FATIMA PORTABALES BARROS, en nombre y representación de NOVAGALICIA BANCO S.A., se preparó y formalizó recurso de apelación que fue admitido a trámite y, conferido el oportuno traslado, se formuló oposición al mismo por la parte contraria.

Una vez cumplimentados los trámites legales, se elevaron las presentes actuaciones a esta Seccion Sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sede Vigo, señalándose para la deliberación del presente recurso el día 14.05.15.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: En el presente recurso interpuesto por la demandada, NCG Banco, S.A., no se discute, al haber alcanzado firmeza el pronunciamiento principal de la demanda, la nulidad del contrato de participaciones preferentes que decreta la sentencia de instancia, tampoco la devolución de la cantidad principal (50.000 euros) que corresponde satisfacer a la entidad demandada con el interés legal desde la fecha de la demanda, pues a lo único que se ciñe el recurso es a disentir del pronunciamiento que le deniega a la demandada la compensación de los intereses percibidos por el actor y el referido a las costas.

Sobre la aludida controversia se argumenta en el último inciso del fundamento tercero de la sentencia apelada lo siguiente: "... precisamente en base a que concurre este error excusable y que el mismo no se puede imputar al actor sino que es directamente imputable a la entidad demandada, no ha lugar a la compensación interesada por la parte demandada en aplicación del art. 1306 CC , declarando exento al actor de devolver los interés percibidos por ser ajeno a la causa torpe del contrato..."

Del anterior argumento disiente la apelante pues considera que el precepto citado no es aplicable al supuesto de autos dado que el mismo se refiere a las nulidades provocadas por contratos con causa ilícita, causa que, por lo demás, ni siquiera fue invocada en la demanda, consideraciones que, a su juicio, deben conllevar un pronunciamiento estimatorio con la consecuencia de revocar también la sentencia apelada en cuanto a las costas procesales, pues la consideración anterior implica que se ha producido una parcial estimación de la demanda. Se opone la parte apelada insistiendo en la aplicación del art. 1306.2 CC .

SEGUNDO: Es innegable que la nulidad petitionada en la demanda y estimada en sentencia se basó en el error en el consentimiento en tanto que vicio invalidante del contrato celebrado, como también es innegable que en el suplico de la demanda se petitionó la condena del demandado a abonar al demandante la suma de 50.000 euros, con imposición a la demandada de las costas ocasionadas en el procedimiento.

Así pues, la esencia de la declaración de nulidad declarada en la sentencia 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, lo que necesariamente se traduce en la reposición de las cosas al momento de la celebración del contrato, en aplicación del art. 1303 CC y no en la aplicación del art. 1306 CC . En este



último precepto se regula lo que se conoce como causa torpe, apareciendo que, precisamente, en ninguna parte de la sentencia apelada se afirma que en el contrato referido en este proceso concurre causa ilícita, ni tampoco el fundamento de la nulidad pedida en la demanda era la causa ilícita, pues únicamente se mencionaba un vicio del consentimiento por error, además, ha de tenerse en cuenta que, conforme a las STS de 2 de abril de 2002 y 31 de mayo de 2005 "el término torpe hay que entenderlo aplicable a todos los supuestos de contratos con objeto o causa ilícita, que no sea susceptible de ser tipificado de infracción penal", imponiéndose en tal caso la aplicación de las reglas del art. 1306 CC (STS 19 de febrero 2009), que desde luego no es el supuestos de autos, por cuanto aun cuando la causa no aparezca conceptualmente definida en el Código Civil y el propio legislador utiliza una terminología equívoca, pues unas veces habla de causa de la obligación (art. 261-3º CC) y otras de causa del contrato (art. 1275 , 1276 y 1277 CC), puede afirmarse que se trata del fin objetivo o inmediato del negocio jurídico o la función económica y social que el Derecho le reconoce como relevante, además, ha de tenerse en cuenta como dice la ya nombrada STS de 19 de febrero de 2009 , que "la ilicitud causal que prevé el art. 1275 CC , conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, supone la concurrencia de causa, pero resulta viciada por oponerse a las Leyes o a la moral en su conjunto".

Lo anterior abunda en que las consecuencias de la nulidad apreciada no pueden ser las previstas en el art. 1306.2 CC porque la causa del contrato no podía calificarse de inmoral ni contraria a las buenas costumbres y por tanto la norma aplicable desde esta perspectiva era también el art. 1303 CC .

Por otro lado, se ha de apuntar que el tantas veces mencionado art. 1303 CC ya prevé la rentabilidad del dinero al ordenar que la restitución del precio será con sus intereses, que respecto al importe principal comprenderían los devengados desde la fecha de la contratación del producto hasta su total satisfacción. En el supuesto de que aquí se trata aparece que la sentencia impone los intereses del principal no con el devengo de los correspondientes intereses desde la fecha de la celebración del contrato, sino desde la interposición de la demanda, pero ello ha sido un pronunciamiento consentido que ya devino inamovible y que, en consecuencia, ha de ser respetado.

En conclusión, lo expuesto o lo que es lo mismo la procedencia de aplicar el art. 1303 CC nos conduce a estimar el primer motivo de apelación en el sentido de que el demandante ha de restituir los intereses percibidos (4.979,10 euros), que serán compensados del principal a devolver por la demandada, tal y como se dispondrá en la parte dispositiva.

TERCERO: No obstante lo anterior, no podemos considerar la estimación parcial de la demanda, sino sustancial de la demanda lo que implica la aplicación en instancia del criterio del vencimiento objetivo, pues en esencia se han estimado en lo sustancial las pretensiones deducidas en la demanda y la diferencia entre lo peticionado y lo concedido no es importante, en tanto que no alcanza el 10%.

CUARTO: La estimación parcial de la demanda implica que no se haga expresa declaración respecto a las costas procesales que se hubieren devengado en esta alzada (art. 398 LEC).

En atención a lo expuesto y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos confiere la Constitución Española.

FALLAMOS

Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Doña Fátima Portabales Barros, en nombre y representación de NCG Banco, S.A. frente a la sentencia dictada en fecha 30 de diciembre 2013 por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de Redondela en Procedimiento Ordinario núm. 598/12, la cual se revoca en el sentido de que la cantidad abonar por la mencionada apelante al demandante, Don Jorge , se fija en la suma de CUARENTA Y CINCO MIL, DOSCIENTOS DOS EUROS, CON NOVENTA CENTIMOS (45.202,90), manteniéndose los demás pronunciamientos de la sentencia apelada y sin hacer expresa declaración de las costas procesales que se hubieren ocasionado en esta alzada.

Procedase a la devolución del deposito constituido para recurrir.

Contra la presente sentencia cabe interponer recurso de casación para el caso de que se acredite interés casacional o, en su caso, infracción procesal, en base a lo establecido en el art. 477 LEC , debiendo interponerse dentro de los veinte días siguientes a su notificación en la forma establecida en el art. 479 LEC .

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