



Roj: **SAP M 8194/2015 - ECLI:ES:APM:2015:8194**

Id Cendoj: **28079370252015100228**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **25**

Fecha: **09/06/2015**

Nº de Recurso: **771/2014**

Nº de Resolución: **227/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ANGEL LUIS SOBRINO BLANCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoquinta

C/ Ferraz, 41 , Planta 6 - 28008

Tfno.: 914933866

37007740

N.I.G.: 28.079.42.2-2013/0080904

Recurso de Apelación 771/2014

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 59 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 636/2013

APELANTES Y DEMANDANTES: D. Jose Ángel y Dña. Candida

PROCURADOR Dña. PILAR MONEVA ARCE

APELADO Y DEMANDADO: BANKIA SA

PROCURADOR D. FRANCISCO ABAJO ABRIL

SENTENCIA N° 227/2015

TRIBUNAL QUE LO DICTA :

ILMO. SR. PRESIDENTE :

D. Francisco Ramón Moya Hurtado de Mendoza

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. JOSÉ MARÍA GUGLIERI VÁZQUEZ

D. ANGEL LUIS SOBRINO BLANCO

En Madrid, a nueve de junio de dos mil quince.

La Sección Vigésimoquinta (CIVIL) de la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, integrada por su presidente, Francisco Ramón Moya Hurtado de Mendoza, y por los magistrados JOSÉ MARÍA GUGLIERI VÁZQUEZ y ANGEL LUIS SOBRINO BLANCO, HA VISTO, en grado de apelación y en segunda instancia, el proceso declarativo, sustanciado por razón de la cuantía conforme a los trámites del Juicio Ordinario, procedente del Juzgado de Primera Instancia número Cincuenta y nueve de los de Madrid, en el que fue registrado bajo el número 636/2013 (Rollo de Sala número 771/2014), que versa sobre nulidad de contrato, y en el que son parte: como APELANTES y DEMANDANTES, DON Jose Ángel y DOÑA Candida , defendidos por el letrado don Juan Carlos Basoco Fernández y representados, ante los tribunales de primera y de segunda instancia, por la procuradora doña Pilar Moneva Arce; y como APELADA y DEMANDADO, la entidad mercantil «BANKIA, SA», defendida por el letrado



don Emilio Moyano Martínez y representada, ante los órganos judiciales de primer grado y de alzada, por el procurador don Francisco José Abajo Abril. Y actuando como ponente el magistrado ANGEL LUIS SOBRINO BLANCO, por quien, previa la preceptiva y oportuna deliberación y votación, se expresa el parecer de la Sala, procede formular los siguientes Antecedentes de Hecho, Fundamentos de Derecho y Fallo:

I.- ANTECEDENTES DE HECHO:

SE ACEPTAN los de la sentencia de primera instancia y,

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia número Cincuenta y nueve de Madrid dictó, en fecha siete de febrero de dos mil catorce, en el proceso declarativo que tramitó como Juicio Ordinario con el número 636/2013, sentencia definitiva que contiene el siguiente FALLO:

«... Que desestimando la demanda interpuesta por la procuradora Dña. Pilar Moneva Arce en nombre de Jose Ángel y Candida contra Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, representada por el procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira se condena a la parte demandante al pago de las costas procesales ...».

SEGUNDO.- La anterior sentencia fue aclarada y rectificada por medio de auto dictado en fecha once de abril de dos mil catorce, que incluye la PARTE DISPOSITIVA siguiente:

«... El fundamento de derecho segundo de la sentencia de fecha 7 de febrero de 2014 queda sustituido por lo que sigue.

"SEGUNDO.- En relación al deber de información de las entidades bancarias la reciente Sentencia 840/2013 del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 20 de Enero de 2014, partiendo de la desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional, considera que la complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros.

Indica la resolución citada entre otras consideraciones que "La entidad financiera debe realizar al cliente un test de conveniencia, conforme a lo previsto en el art. 790 bis 7 LMV (arts. 19.5 Directiva 2004/39/CE), cuando se prestan servicios que no conlleven asesoramiento. Se entiende por tales, los casos en que el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada. Este test valora los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con la finalidad de que la entidad pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera. Esta evaluación debe determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión ofertado o demandado, para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa. Como aclara el art. 73 RD 217/2008, de 15 de febrero, se trata de cerciorarse de que el cliente "tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado".

Esta "información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previsto, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes:

- a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que está familiarizado el cliente.
- b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el periodo durante el que se hayan realizado.
- c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes" (art. 74 RD 217/2008, de 15 de febrero).

Estas exigencias propias del test de conveniencia son menores que cuando debe valorarse la idoneidad del producto conforme al art. 79 bis. 6 LMV (art. 19.4 Directiva 2004/39/CE). El test de idoneidad opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada.

Aplicando lo expuesto al caso de autos del resultado de la prueba practicada consistente en la documental acompañada junto a las testificales practicadas, aparece acreditado que los hoy actores tenían la condición de **consumidores** en el momento en que suscribió las participaciones preferentes, y que carecían de conocimientos sobre productos de inversión.

"No se discute en el escrito de contestación que D. Jose Ángel ha desarrollado su actividad profesional como oficial de tapicería, mientras D.^a Candida ha sido empleada, circunstancias personales que pese a lo previsto



en el art. 74 RD 217/2008, de 15 de febrero no se hicieron constar en el test de conveniencia, que únicamente fue cumplimentado con D.^a Candida ".

La testigo D.^a Adriana admite que la información suministrada se encontraba viciada por el desconocimiento de los propios empleados de la propia situación financiera de la entidad, pues admiten que no decían que existiera el riesgo que realmente se evidenció después.

Y aunque se mantiene en el escrito de contestación y afirman los testigos que se entregó información por escrito y que se rellenó el test de conveniencia, no puede desconocerse que tal trámite únicamente se cumplimentó con uno de los contratantes, sin que se consignara en el mismo todos los extremos exigidos legalmente.

Ante lo expuesto solo puede concluirse en la deficiente información prestada a los demandantes al tiempo de la suscripción del contrato, por falta de información sobre las características de la inversión, en extremos relevantes que podían derivarse de su adquisición, tales como la pérdida del capital invertido.

Ante lo expuesto se impone la estimación de la pretensión relativa a la declaración de nulidad del contrato litigioso.

Y por aplicación de la doctrina jurisprudencial que indica que declarada la nulidad del contrato, las partes deben restituirse recíprocamente sus prestaciones, con sus frutos e intereses (artículo 1303 del Código Civil), dado que no se discute que por el contrato objeto de autos recibieron los actores unos intereses por importe total no acreditado, deberá descontarse tal cantidad de la reclamada en el suplico de la demanda sin que se estime acreditada la existencia de perjuicios precisos de indemnización desde el momento en el que D. Jose Ángel y D.^a Candida han dispuesto desde la suscripción del contrato de los intereses de las cantidades entregadas, lo que impide atender la reclamación de condena al abono de intereses desde la fecha de firma del contrato.

El fundamento de la sentencia tercero queda sustituido por lo que sigue

"TERCERO.- En orden a las costas procesales y estimada la demanda parcialmente no procede pronunciamiento de condena conforme a lo prevenido en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

El fallo de la sentencia dictada 7 de febrero de 2014 queda sustituido por lo que sigue

"FALLO

Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la procuradora Dña. Pilar Moneva Arce en nombre de Jose Ángel y DÑA. Candida , contra la mercantil BANKIA, SA representada por el procurador Francisco Abajo Abril, se declara la nulidad de la orden de suscripción de participaciones preferentes de fecha 30 de julio de 2009 condenando a la mercantil BANKIA, S.A. a restituir a los actores 50 000 euros menos el importe de los intereses recibidos por los actores con arreglo al contrato hasta le efectiva restitución de las prestaciones, sin pronunciamiento en costas procesales ...».

TERCERO.- La representación procesal de los demandantes, don Jose Ángel y doña Candida , interpuso, en tiempo y forma legal, y previa consignación como depósito de la suma legalmente establecida de cincuenta euros, recurso de apelación, para ante esta Audiencia Provincial, contra la antedicha sentencia, en el que solicita que, por la Sala correspondiente del tribunal de alzada, se dicte nueva sentencia mediante la que se estime íntegramente el recurso y se revoque parcialmente la sentencia de instancia, acogiendo íntegramente los pedimentos solicitados en la demanda, con expresa condena en costas a la parte contraria de las causadas en primera instancia.

CUARTO.- La representación procesal de la entidad mercantil demandada «BANKIA, SA», no dedujo oposición, ni efectuó alegación o manifestación alguna, frente al anterior recurso de apelación promovido de adverso, dentro del término legal conferido al efecto, declarándose precluido el trámite.

QUINTO.- Elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, correspondió su conocimiento por turno de reparto a esta Sección, en la que se formó el correspondiente Rollo de Sala, y, una vez transcurrido el término legal de emplazamiento conferido a las partes, y personadas éstas ante este tribunal, se acordó señalar, para el examen, deliberación, votación, decisión y fallo del meritado recurso, la audiencia del día dos de junio de dos mil quince, en que tuvieron lugar.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La función revisora que corresponde al Tribunal de Apelación, conforme se desprende de lo preceptuado por los artículos 456.1 y 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , viene legalmente circunscrita, de modo exclusivo, a los puntos y cuestiones planteados en el recurso que delimita el ámbito objetivo de la alzada; y ha de efectuarse, en todo caso, con estricta sujeción a los términos en que el debate quedó planteado



por las partes ante el tribunal de primera instancia y sin empeorar la situación reconocida al apelante por la propia resolución recurrida.

En el presente caso, el objeto de la alzada viene limitado, tal y como se delimita por la única parte apelante en su escrito de interposición de recurso, a dos únicas cuestiones:

- 1.- Los efectos de la declaración de nulidad del contrato litigioso, en relación con el devengo de intereses.
- 2.- El pronunciamiento relativo a las costas de la primera instancia.

Tales cuestiones son, por tanto, las únicas que pueden ser objeto de examen, valoración y pronunciamiento, por parte de la Sala, en esta resolución, por imperativo de la obligación de Congruencia impuesta por los artículos 218, 456.1 y 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

SEGUNDO.- La declaración de nulidad del contrato litigioso -efectuado por la sentencia en pronunciamiento no cuestionado en esta alzada y, por ende, firme- determina, por imperativo legal, conforme a lo prevenido por el artículo 1303 del Código Civil, la recíproca restitución, por los contratantes, de las cosas que hubieren sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses. Restitución que -como precisaron, entre otras, las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1983, 24 de febrero de 1992 y 22 de noviembre de 2005-, al surgir directamente de la Ley, no necesita de petición expresa de la parte pudiendo ser declarada por el Juez en virtud del Principio IURA NOVIT CURIA, sin que ello suponga alterar la armonía entre lo pedido y lo concedido.

Esta obligación de restitución recíproca de las prestaciones tiene como finalidad -como precisó la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1996 y recuerda la de la misma Sala de 12 de julio de 2006- conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador.

En base a ello, la cantidad que la entidad demandada debe restituir a los demandantes -importe nominal del capital invertido, en definitiva, el precio del producto adquirido- ha de verse incrementada con los correspondientes intereses legales devengados desde la fecha en que se produjo su cargo en la cuenta de los actores -fecha del pago del precio- y hasta su total satisfacción. Y correlativamente, los demandantes deberán reintegrar a la demandada los títulos adquiridos en virtud del contrato -participaciones preferentes o, en su caso, las acciones por las que hubieren sido canjeadas, por efecto de las previsiones de la LEY 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito- con los frutos producidos, esto es, con el importe de los rendimientos que hubieren sido abonados por la demandada y percibidos por los actores.

Y todo ello, como se ha expuesto, por imperativo de lo establecido por el mencionado artículo 1303 del Código Civil -y no, en ningún caso, por aplicación de lo prevenido por el artículo 1108 del Código Civil, indebidamente invocado en la demanda-; pues no debe olvidarse que la entrega de la suma objeto de condena constituye el efecto de la anulación del contrato, y no el efecto de un incumplimiento tardío de una obligación de pago contractualmente asumida por la demandada.

En este punto debe recordarse, por otra parte -con independencia de lo inicialmente apuntado-, que el Principio de Congruencia que rige el proceso civil, conforme a lo establecido por el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, exige la racional adecuación entre los pronunciamientos sancionados en el Fallo y las peticiones de los litigantes, de conformidad con la «causa de pedir» invocada para fundamentar e individualizar dichas peticiones; lo que implica que los tribunales han de resolver el proceso, por un lado, guardando acatamiento a la sustancia de lo pedido, sin poder otorgar más de lo que se hubiera solicitado en la demanda, ni menos de lo que hubiera sido admitido por el demandado, ni cosa diferente que no hubiera sido pedida; y, por otro lado, sin apartarse de la causa de pedir invocada, pero conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes.

En consecuencia, en tal extremo y en tal sentido, con estimación del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de los demandantes don Jose Ángel y doña Candida, debe revocarse la sentencia apelada.

TERCERO.- La revocación parcial de la sentencia que se acuerda en la presente resolución determina, asimismo, la estimación íntegra y total de la pretensión deducida en la demanda y de todas las peticiones en ella formuladas, por lo que, procede revocar, asimismo, el pronunciamiento que sobre las costas de la primera instancia efectúa la sentencia apelada, para ajustarlo a lo prevenido por el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, condenando, consecuentemente, a la demandada al pago de las que, en su caso, hubieren podido ocasionarse; ya que deviene incuestionable que ha sido la parte demandada quien ha visto rechazados todos sus pedimentos, y de las actuaciones tampoco resulta suficientemente evidenciada la concurrencia de



datos, elementos o circunstancias objetivos que patenten el carácter fáctica o jurídicamente dudoso de la cuestión controvertida en el proceso.

CUARTO.- La estimación del recurso de apelación interpuesto determina, de conformidad, asimismo, con lo prevenido por el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que no proceda efectuar expresa y especial imposición a ninguno de los litigantes de las costas que hubieren podido originarse en esta alzada; por lo que, cada una de las partes, abonará las ocasionadas y devengadas a su instancia y las comunes por mitad.

QUINTO.- La estimación del recurso determina, asimismo, por otra parte, de conformidad con lo prevenido por el apartado número Ocho de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la devolución a la parte recurrente de la totalidad del depósito en su día constituido para su interposición.

III. - FALLO:

Por todo lo expuesto, vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación, de conformidad con el artículo 117 de la Constitución, en nombre de S.M. el Rey, por la autoridad conferida por el Pueblo español, LA SECCIÓN VIGESIMOQUINTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, HA DECIDIDO:

Estimar el recurso de apelación interpuesto por don Jose Ángel y doña Candida contra la sentencia de fecha siete de febrero de dos mil catorce -aclarada y rectificadora por medio de auto de fecha once de abril de dos mil catorce-, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Cincuenta y nueve de los de Madrid, en el proceso declarativo sustanciado por los trámites del Juicio Ordinario ante dicho órgano judicial bajo el número de registro 636/2013 (Rollo de Sala número 771/2014), y en su virtud,

PRIMERO.- Revocar la meritada sentencia apelada única y exclusivamente en cuanto a los efectos derivados de la declaración de nulidad efectuada y en cuanto al pronunciamiento relativo a las costas de la primera instancia del proceso.

SEGUNDO.- Confirmar el pronunciamiento relativo a la declaración de nulidad del contrato de suscripción de participaciones preferentes suscrito por las partes en fecha 30 de julio de 2009.

TERCERO.- Condenar a la entidad demandada, «BANKIA, SA», a restituir a los demandantes, don Jose Ángel y doña Candida, la suma de CINCUENTA MIL EUROS (50 000,00 ?) incrementada con los correspondientes intereses legales devengados desde la fecha en que se produjo su cargo en la cuenta de los actores y hasta su total satisfacción.

CUARTO.- Condenar, correlativamente, y por imperativo legal, a los demandantes, don Jose Ángel y doña Candida, a reintegrar a la demandada, «BANKIA, SA», los títulos adquiridos en virtud del contrato - participaciones preferentes o, en su caso, las acciones por las que hubieren sido canjeadas, por efecto de las previsiones de la LEY 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito- con los frutos producidos, esto es, con el importe de los rendimientos que hubieren sido abonados por la demandada y percibidos por los actores.

QUINTO.- Condenar a la expresada entidad demandada, «BANKIA, SA», al pago de las costas originadas en la primera instancia del proceso.

SEXTO.- No hacer expresa y especial imposición a ninguno de los litigantes de las costas originadas en la presente alzada, debiendo, en consecuencia, cada una de las partes, abonar las causadas y devengadas a su instancia y las comunes por mitad.

SÉPTIMO.- Devolver a la parte recurrente el depósito en su día constituido para la interposición del recurso.

Notifíquese esta Sentencia, en legal forma, a las partes haciéndoles saber, conforme preceptúa el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 208.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que contra ella no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurriere 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 este mismo tribunal, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir, de CINCUENTA EUROS, previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en Banco de Santander Oficina número 6114, sita en la calle Ferraz número 43, 28008 Madrid, con el número de cuenta 3390-0000-00-0771-14, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.



Firme esta resolución, devuélvanse las actuaciones originales de primera instancia al Juzgado de procedencia, con testimonio de esta resolución, para su ejecución y cumplimiento, tomándose las oportunas notas en los libros de registro de esta Sección.

Así, por esta sentencia de la que se pondrá certificación literal en el Rollo de su razón, incluyéndose el original en el Libro de Sentencias, definitivamente juzgando, lo pronuncia y manda la Sala y firman los magistrados, Francisco Ramón Moya Hurtado de Mendoza (presidente), JOSÉ MARÍA GUGLIERI VÁZQUEZ y ANGEL LUIS SOBRINO BLANCO, que la han constituido.-

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ