



Roj: **SAP PO 1206/2015 - ECLI:ES:APPO:2015:1206**

Id Cendoj: **36057370062015100277**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vigo**

Sección: **6**

Fecha: **22/06/2015**

Nº de Recurso: **107/2014**

Nº de Resolución: **286/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JUAN MANUEL ALFAYA OCAMPO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00286/2015

CIVIL

Rolo: 107/2014

Procedemento de orixe: Ordinario 376/2013

Órgano de procedencia: Instancia núm. 11 de Vigo

A Sección Sexta da Audiencia Provincial de Pontevedra con sede en Vigo, composta polos maxistrados D. JAIME CARRERA IBARZABAL, PRESIDENTE. D. JUAN MANUEL ALFAYA OCAMPO, e D.EUGENIO FRANCISCO MIGUEZ TABARES, pronunciou

NO NOME DO REI

a seguinte

SENTENZA NUM.286/2015

En Vigo, a vinte e dous de xuño de dous mil quince.

VISTOS en grao de apelación, ante a Sección Sexta da Audiencia Provincial de Pontevedra, os autos do xuízo Ordinario 376/2013, procedentes do Xulgado de 1ª Instancia Núm. 11 de Vigo, ós que correspondeu o rolo 107/2014, nos que aparece como parte **apelante e demandada NOVAGALICIA BANCO, S.A., representada polo/a procurador/a D./D.ª Fátima Portabales** Barros e asistida do/da letrado/a D./D.ª Gabriela Lago Suarez-Llanos, e como **parte contra da que se apela e demandantes D./D.ª Francisco e Dña Lourdes**, representada polo/a procurador/a D./D.ª Victoria Barros Estévez e asistida do/da letrado/a D./D.ª Angeles Fernández Berceruelo.

É o maxistrado **relator** D. JUAN MANUEL ALFAYA OCAMPO, quen expresa o parecer da Sala.

I. ANTECEDENTES DE FEITO

Primeiro: O Xulgado de 1.ª Instancia Núm. 11 de Vigo, con data do 4/12/2013, ditou unha sentenza coa seguinte parte dispositiva:

" **Que DEBO ESTIMAR Y ESTIMO** la demanda deducida por la Procuradora Sra. BARROS ESTEVEZ quien actúa en nombre y representación de DOÑA Lourdes y DON Francisco contra **NOVAGALICIA BANCO,S.A.** y, en su virtud:

1.- **DECLARO** la nulidad de las órdenes de compra de fecha 29 de mayo de 2009 de participaciones denominadas CAIXANOVA Serie D con ISIN NUM000 por importe de 30.000.- por responsabilidad contractual



por incumplimiento de las obligaciones asumidas de asesoramiento financiero por la entidad demandada y vicio del consentimiento.

2.- **CONDENO a NOVAGALICIA BANCO,S.A.** a abonar a los actores la cantidad de TREINTA MIL EUROS (30.000,.).

3 .- **CONDENO a NOVAGALICIA BANCO,S.A.** a estar y pasar por esta declaración y, en su consecuencia, a que abone a los actores la referida cantidad de principal, junto con los intereses en la forma determinadas en el fundamento jurídico quinto.

4.- Costas a la parte demandada."

Segundo: Contra a dita sentenza o/a procurador/a D./D.^aFatima Portabales Barros, en representación de NOVAGALICIA BANCO, S.A., presentou un recurso de apelación, que foi admitido en ámbolos efectos, consonte o disposto no artigo 455 da Lei de axuizamento civil (LAC).

Logo de cumpri-los trámites legais, eleváronse as presentes actuacións á Audiencia Provincial de Pontevedra e correspondéronlle por quenda de reparto a esta Sección Sexta con sede en Vigo. Sinálase para a deliberación do presente recurso o día 30/4/2015.

II. FUNDAMENTOS DE DEREITO

Primeiro: A sentenza ditada en primeira instancia declara a nulidade da adquisición de participacións preferentes, condena ao demandado a restituir aos actores o prezo recibido, e exige a estes últimos de devolver as rendibilidades percibidas polos produtos contratados (e, por conseguinte, dos xurios desas rendibilidades tamén). Recurre o Banco demandado esta última pronuncia por dúas razóns, a primeira, polo vicio de incongruencia no que, ao seu xuízo, incurre aquela resolución, e por outra, por infracción do disposto no artigo 1303 do código civil precepto que, na tese do apelante, levaría inexcusablemente á pretensión devolutiva daquelas rendibilidades.

Segundo: A denuncia de incongruencia radicaría, segundo o Banco apelante, en que a sentenza varía a razón de pedir. Se di neste senso que mentres que esa resolución declara que os actores promoveron dúas accións, unha, de responsabilidade contractual, por incumprimento das obrigacións asumidas, de asesoramiento financeiro, e a outra, de nulidade por erro no consentimiento, ao non ser debidamente informados os actores das características do produto contratado, a realidade é que estes últimos estarían exercer -se engade- esta última acción exclusivamente.

A invocación da parte recurrente é artificiosa e carece de consistencia.

Efectivamente, se examinamos detidamente a demanda reitoria desta lite claramente deducimos o exercicio dual que se pon interesadamente en entredito. Así: A) No feito quinto da demanda dise expresamente que "neste caso debe terse en conta ademáis que a entidade a través do seu persoal realizou tarefas de asesoramiento persoalizado e recomendacións concretas aos actores sobre os produtos financeiros, polo que debeu asegurarse de que o servizo que lle (s) ofrecía era acorde aos seus coñecementos, experiencia, obxectivos e situación financeira". En definitiva, e segundo esa elocuente frase, había por parte do Banco unhas tarefas de asesoramiento e informativas a máis, por mor daquel contrato. B) Por se algunha dúbida ficase, a mesma esvaécese cando no fundamento de dereito quinto da demanda se indica, en semellante sentido ao anterior, que "sinalando ademáis que cando se preste o servizo de asesoramiento a entidade deberá previamente obter a información necesaria sobre os coñecementos e experiencia do cliente, coa finalidade de poder ofrecer os instrumentos financeiros que en base a tal información lle conveñan". C) Por último, cítase u a sentenza do T. S. de 14 de novembro de 2015 , para reseñar "que a dilixencia exigible ás entidades financeiras no asesoramiento non é a xenérica...". Consecuentemente, e contrariamente ao aseverado polo apelante, a parte actora basea a súa pretensión, non só no incumprimento do deber de información xenérico, que corresponde ao Banco cos clientes, senón tamén no incumprimento do deber de información específico e complementario, derivado, loxicamente, do contrato de asesoramiento, pois asesorar non é nin máis nin menos que informar, guiar e recomendar.

A formulación da parte é, ademáis, enganosa, ao pretender unha discriminación de efectos que en realidade non existe legalmente. A obrigación de información, xenérica, e con maior razón se hai contratado asesoramiento, se non se cumpre, da lugar a un erro consensual, xerador dunha nulidade que leva, finalmente, á aplicación do artigo 1303 do código civil . Por expresalo doutro xeito, o deber de información do Banco ao cliente, que nin el discute, ten unha orixe contractual, ora porque oferte un produto sobre cuxas características debe informar ao cliente, ora porque este último tiver contratado un servizo complementario de asesoramiento.



Terceiro: Rexeitada a invocación de incongruencia, procede, pola contra, e sen necesidade de moitos comentarios, estimar a alegación da compensación, que a sentenza de primeira instancia desestima, cunha liña argumental que non podemos compartir, pois implica, no noso parecer, desdeñar o efecto devolutivo ordeado polo artigo 1303 do código civil. En efecto, se os contratantes, por mandato do precepto, e por mor da nulidade decretada, deben restituirse as cousas cos seus froitos e o prezo cos seus xuros, corolario obrigado para o cliente é devolver -ademáis dos títulos- os beneficios que estivo obter durante a relación negocial pois, de non facelo así, habería un empobrecimento sen causa da entidade bancaria, quen tiña aboado determinadas rendibilidade en virtude dun contrato, á postre declarado nulo e ineficaz en todas as súas consecuencias. E non se diga que o efecto devolutivo concretado nese extremo supón un empobrecimento do cliente, pois este vería compensada a ganancia deixada de obter polo entrega do diñeiro á primeira como prezo da operación, tanto porque a suma a devolver polo Banco devengará xuros, como porque, contrariamente a este efecto, non ven obrigado o cliente a aboar os xuros daquelas rendibilidades, como desegudio razoamos.

Seguimos neste extremo o criterio sentado pola Sección 1ª desta Audiencia Provincial na sentenza de 4 de abril de 2014, da que destacamos as seguintes reflexións literais: "...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 lo negoció 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... ".

"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".

O motivo do recurso se acepta en parte.

Quinto: A sentenza ditada en primeira instancia impón as custas procesuais desa instancia á parte demandada, pois a pesar da estimación parcial da demanda, aprecia temeridade nela. E recorre esa pronuncia a demandada.

O motivo do recurso se acolle.

É certo que que a pretensión -rexeitada pola sentenza de primeira instancia-, de que se declare a nulidade do contrato de depósito ou administración de valores, é accesoria da pretensión principal, de nulidade do contrato de adquisición de participacións preferentes, pretensión esta última que é a que ten verdadeira transcendencia económica, fronte a aquela primeira, puramente teórica ou programática, e sen repercusión patrimonial coñecida. En definitiva, a estimación da demanda dende este punto de vista sería substancial. Pero a estimación, nesta alzada, da excepción de compensación coas rendibilidades, importantes, percibidas polos actores, e á que se opoñen -injustificadamente- os demandantes, cambia totalmente o panorama, pois a reclamación da parte actora, de trinta mil euros, vese agora minguada en 6.227,18 euros. Sen que se poida falar, entón e finalmente, dun comportamento temerario -unicamente- do demandado, pois ao carón da oposición, infundada, do mesmo, á devolución do prezo, existe un actuar, non menos temerario, dos demandantes, ao non aceptar, igualmente se fundamento, a devolución dos froitos ou rendibilidades recibidos.

Sexto: A estimación parcial do recurso e da demanda conleva non facermos unha especial declaración sobre as custas procesuais de ningunha das dúas instancias (artigos 394 e 398 da L. A. C.).

Por todo o exposto, e pola autoridade que a este Tribunal lle outorgan a Constitución e o pobo español,

DECIDIMOS

Que con acollida parcial do recurso de apelación formulado por NOVAGALICIA BANCO, S.A., contra a sentenza ditada polo Xulgado de Primeira Instancia núm. 11 de Vigo o día 4/12/2013, e con estimación tamén en parte da demanda reitora desta lite, condenamos ao demandado recorrente a que pague aos actores a suma de 24.772,82 euros, cos xuros legais dende a data da celebración do contrato ata a da presente resolución, a partir da cal devengaranse os xuros do artigo 576 da L. A. C. Non facemos una especial declaración sobre as custas procesuais de ningunha das dúas instancias.

Esta é a nosa sentenza, que asinamos, e que se redacta en galego consonte o establecido no art. 3.2 e 3 da Constitución española ; no art. 5.1 , 2 e 3 do Estatuto de autonomía para Galicia, aprobado pola Lei orgánica 1/1981, do 6 de abril ; e nos arts. 1 , 2 , 6.3 , e 7.2 e 3 da Lei 3/1983 , do 15 de xuño, da Comunidade Autónoma de Galicia, de normalización lingüística.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Contra a presente sentenza cabe interpoñer recurso de casación por tratarse dun proceso que presenta interese casacional, sobre a base do establecido no art.º 477 da LEC , debendo interpoñer dentro dos vinte días seguintes á súa notificación na forma establecida no art.º 479 da LEC . Asímesmo cabe interponer recurso extraordinario por Infracción Procesual sobre a base do establecido no art.º 468 da LAC, debendo interponer dentro dos vinte días seguintes a súa notificación na forma establecido no artº 479 da LAC.

NOTA INFORMATIVA: Conforme á D.A. Décimo quinta da L.O.P.J ., para a admisión do recurso deberase acreditar ter constituído, na conta de depósitos e consignacións deste órgano, un depósito de 50 euros, salvo que o recorrente sexa: beneficiario de xustiza gratuita, o Ministerio Fiscal, o Estado, Comunidade Autónoma, entidade local ou organismo autónomo dependente.

O depósito deberá constituílo ingresando a citada cantidade no BANCO SANTANDER, Sucursal c/ Coruña, na conta deste expediente 0915000012010714, salvo que o recorrente sexa: beneficiario de xustiza gratuita, o Ministerio Fiscal, o Estado, Comunidade Autónoma, entidade local e organismo autónomo dependente. Se o ingreso se efectúa a medio de transferencia o núm. De conta IBAN é o seguinte: ES55 3569 9200 0500 1274 facendo constar no xustificante de ingreso e como concepto o número de conta expediente antes salientado.



Notifíqueseles ás partes a presente resolución.

Devólvanselle os autos orixinais ó xulgado do que proceden, cun testemuño desta sentenza para o seu coñecemento e cumprimento.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ