

**SENTENCIA N° 000062/2015**

**SECCION OCTAVA**

=====  
Ilmos/as. Sres/as.:

**Presidente**

D. ....

**Magistrados/as**

D. ..

D<sup>a</sup>. ( ..

=====  
En la ciudad de VALENCIA, a nueve de marzo de dos mil quince.

Vistos por la Sección Octava de esta Audiencia Provincial, siendo ponente la Ilma Sra. D<sup>a</sup>. CARMEN ....., los autos de Juicio Ordinario, promovidos ante el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia n° 4 de MISLATA, con el n° 000154/2013, por D<sup>a</sup>. ISABEL ....., y D. RAMÓN ....., representados en esta alzada por la Procuradora D<sup>a</sup>. LAURA ....., y dirigidos por la Letrada D<sup>a</sup>. ....., contra BANKIA, S.A. representada en esta alzada por la Procuradora D<sup>a</sup>. ELENA ....., y dirigida por el Letrado D. JOSE LUIS ....., pendientes ante la misma en virtud del recurso de apelación interpuesto por BANKIA S.A..

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La sentencia apelada, pronunciada por el Sr. Juez de 1<sup>a</sup> Instancia n° 4 de MISLATA, en fecha 18-7-14, contiene el siguiente: “FALLO: Debo estimar y **ESTIMO** la demanda interpuesta por la Procuradora señora De Los Santos Martínez, en representación de D. RAMÓN ....., y Dña. ISABEL ....., contra la entidad

BANKIA S.A, y, consecuentemente debo declarar y **DECLARO la NULIDAD, por error grave en el consentimiento,** de la suscripción de Participaciones Preferentes BEF S/A, número 57530002, por importe de 5.400 €, y Obligaciones Subordinadas E.08 7/22, número 57530005, por importe de 60.000 € y canje de aquellas por acciones de Bankia 2009, número 5895002, por importe total de 49.050 €, y **SE CONDENA a la parte demandada, BANKIA S.A., a la restitución del capital invertido por 65.400 €, e indemnice a la parte actora en los intereses legales desde las fecha de la firma de órdenes de compra hasta su efectiva restitución,** descontando los intereses percibidos por la parte actora. Una vez efectuada la restitución, se declara la titularidad de las acciones a favor de la entidad demandada. **Con expresa imposición de costas procesales a la entidad demandada."**

**SEGUNDO.-** Contra la misma, se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por BANKIA S.A., que fue admitido en ambos efectos y remitidos los autos a esta Audiencia, donde se tramitó la alzada, señalándose para Deliberación y votación el 2 de Marzo de 2015.

**TERCERO.-** Se han observado las prescripciones y formalidades legales.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La representación de la parte actora ejercito acción interesando se dicte Sentencia de conformidad con el suplico de su escrito de demanda.

La parte demandada compareció y formuló oposición a la demanda en los términos que constan en su escrito y tras alegar los hechos y fundamentos que consideró convenientes a su derecho, concluía interesando se dicte Sentencia desestimatoria de las pretensiones deducidas en su contra.

Agotados los trámites pertinentes y practicadas las pruebas admitidas, por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Mislata se dictó en fecha 18 de julio de 2014 Sentencia por la que estimaba la demanda con expresa imposición a la parte demandada de las costas del procedimiento.

**SEGUNDO.-** Contra la referida Sentencia se alza la representación de la parte demandada formulando recurso de Apelación que basa en los siguientes motivos de

impugnación expuestos en síntesis:

1.- Vulneración de los artículos 1303 y 1307 del Código Civil e incongruencia de la Sentencia (artículo 218 de la L.E.C.). La Sentencia incurre en incongruencia en cuanto a los intereses legales de las cantidades percibidas por los actores como rendimientos de los productos litigiosos. Como se puede apreciar, entre lo indicado en el fundamento jurídico sexto y el fallo de la Sentencia existe una incongruencia, ya que por una parte aplica los efectos del artículo 1303 del Código Civil y en el fallo condena a Bankia a devolver 65.400 euros más los intereses desde la firma de cada orden de compra, pero no aplica los intereses a la cantidad percibida por los actores desde las suscripciones. Así pues, aplicado el artículo 1303 en la Sentencia y declarada la nulidad de los contratos, el efecto de tal declaración en cuanto a los intereses es incongruente con el fallo de la misma, ya que como las partes se entregaron dinero, las recíprocas devoluciones deberían ser con los respectivos intereses desde las fechas de las entregas, por lo que en el caso de estimación de la demanda lo correcto sería efectuar la liquidación de los intereses tanto de los que debería pagar la entidad demandada a los actores como los que deben abonar estos a la recurrente, y una vez liquidados, efectuar la correspondiente compensación de deudas lo que debería llevarse a cabo en ejecución de Sentencia por los trámites del artículo 712 de la L.E.C. Aplicando el interés legal vigente en cada momento conforme a las fechas de suscripción y de pago de los intereses y una vez hechas ambas liquidaciones proceder a compensar los saldos resultantes.

2.- De la solicitud de práctica de prueba en segunda instancia conforme al artículo 460 de la L.E.C. Mediante escrito de 20 de marzo de 2014 y de conformidad con lo dispuesto en el primer otrosi del escrito de contestación a la demanda se aportaron diversos documentos a Autos. En el acto de la Audiencia Previa celebrada el 27 de marzo de 2014 tales documentos no fueron admitidos por el Juez de Instancia sobre la base de que se trataba de fotocopias formulándose el pertinente recurso de reposición que fue desestimado. Se trata de documentos que debieron ser admitidos como prueba toda vez que se consideran fundamentales para acreditar que los actores conocían perfectamente que los productos contratados no eran depósitos a plazo fijo sino valores consistentes en obligaciones subordinadas y participaciones preferentes. Tal y como se acredita con los documentos cuya prueba se solicita en esta segunda instancia, los actores pignoraron determinados títulos de las obligaciones subordinadas y de las participaciones preferentes de las que eran titulares en garantía del préstamo que suscribían, por lo que no pueden sostener que desconocían la clase de productos que tenían contratados, puesto que los utilizaron como prenda en garantía del préstamo que suscribían. Si se tratara de un depósito a plazo fijo, no hubieran podido ofrecerlo como

garantía de un préstamo. Por tanto queda meridianamente claro con estos documentos que los actores sabían perfectamente el tipo de productos que tenían suscritos por lo que la alegación de que fueron contratados por error como sostiene la Sentencia, decae por completo.

Dichos motivos serán objeto de análisis, seguidamente.

El primero de los anteriormente enumerados ha de verse irremediabilmente abocado al fracaso, por cuanto las extemporáneas manifestaciones contenidas en el mismo nunca podrían obtener un pronunciamiento favorable en virtud del principio de preclusion recogido en el artículo 456 de la L.E.C. que viene a establecer la prohibición de la "mutatio libelli", pues la apelación no constituye un nuevo juicio, ni autoriza a resolver cuestiones o problemas distintos de los planteados en la primera instancia, dado que a ello se opone el principio general de derecho "pendente appellatione nihil innovetur" (STS, entre otras, de 28-11-1983 y 2-12-1983, 6-03-1984 y 20-05-1986). El órgano competente para conocer del proceso en segunda instancia, en observancia del principio "tantum devolutum quantum appellatur", debe circunscribir su análisis a los temas que fueron objeto de controversia en el primer grado jurisdiccional, ya que sobrepasar dicho límite implicaría incongruencia y conllevaría indefensión para la parte apelada, que eventualmente podría verse afectada por un pronunciamiento relativo a una cuestión sobre la que no pudo fijar esta su postura en la fase de alegaciones ni articular los medios de prueba que estimara oportunos en período probatorio con infracción del artículo 24 CE en cuanto no pudieron ser rebatidas tales argumentaciones en el momento oportuno (SSTS 15-4-1991, 14-10-1991, 28-1-1995, 28-11-1995) y no se le dio la posibilidad de alegar y probar lo conveniente a su derecho (STS 3-4-1993, que cita las de 5-11-1991, 20-12-1991, 18-6-1990, 20-11-1990 e igualmente STS 25-2-1995). Y es que como no ignora la recurrente, en la Ley de Enjuiciamiento Civil la segunda instancia no constituye un nuevo juicio, en que puedan aducirse toda clase de hechos y argumentos o formularse pretensiones nuevas como se infiere de la propia Exposición de Motivos de la LEC 2000 en la que se establece: "La apelación se reafirma como plena revisión jurisdiccional de la resolución apelada y, si ésta es una sentencia recaída en primera instancia, se determina legalmente que la segunda instancia no constituye un nuevo juicio, en que puedan aducirse toda clase de hechos y argumentos o formular pretensiones nuevas sobre el caso", habiendo señalado incluso la STS de 25 de septiembre de 1999 que no puede "nunca olvidarse que el concepto de pretensiones nuevas comprende a las que resulten totalmente independientes a las planteadas ante el Tribunal «a quo» como a las que suponen cualquier modo de alteración o complementación de las mismas, pues el sorpresivo planteamiento de cuestiones nuevas en esta segunda instancia impide a la parte adversa el poder contradecirlas

adecuadamente tanto en el plano alegatorio como en el probatorio a la par que implica como se ha dicho una modificación de los términos en que quedo configurado el debate litigioso”. En conclusión: en virtud del recurso de apelación sólo puede perseguirse la revocación de la sentencia con arreglo a idénticos fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia y así, de acuerdo con esta terminante dicción las partes no pueden alterar las posiciones procesales que hubieran mantenido en la primera instancia tal y como quedaron definitivamente fijadas tras las distintas oportunidades alegatorias reconocidas según la clase de procedimiento seguido.

Y así, la lectura del escrito de contestación a la demanda (al folio 283 de las actuaciones) en el fundamento de derecho décimo titulado “respecto de la petición de abono de intereses legales” evidencia que la argumentación desplegada en el mismo nada tiene en común con lo que en esta segunda instancia se solicita, a lo que hay que añadir además, de que el éxito de tal solicitud habría exigido la formulación de la correspondiente demanda reconvenzional que en el presente caso, no ha sido interpuesta por la ahora apelante, no pudiéndose concluir de todo ello en otro sentido que no sea el de entender que el motivo analizado resulta inatendible.

Igual suerte desestimatoria ha de correr el segundo de los invocados, pues el artículo 265 de la L.E.C. es meridianamente claro al señalar que a toda demanda o contestación habrán de acompañarse los documentos en que las partes funden su derecho a la tutela judicial que pretenden. En el caso presente, la recurrente mantuvo en todo momento al contestar a la demanda como línea argumentativa que los clientes eran plenamente conscientes de las características del producto en cuestión y contrataron el mismo motivados por la alta rentabilidad ofrecida (folio 271 de las actuaciones). En el escrito de interposición del recurso de Apelación que ahora se resuelve se argumenta asimismo por la entidad apelante que los demandantes no pueden sostener que desconocían la clase de productos que tenían contratados, puesto que los utilizaron como prenda en garantía del préstamo que suscribían, lo que se pretende acreditar mediante la incorporación a Autos de los documentos debatidos. Es indiscutible por tanto, que dichos documentos, a los que ninguna alusión se hizo en el escrito de contestación a la demanda (pues el contenido del otrosi primero tiene un carácter meramente genérico) debieron ser aportados en este momento procesal, por cuanto se ajustan a la descripción contenida en el artículo 265 de la L.E.C. toda vez que fundan el derecho o la sustancia o núcleo de la oposición desplegada por la recurrente. No habiéndolo hecho así, su pretendida incorporación a las actuaciones con posterioridad, es totalmente anómala, por lo que de cuanto se ha expuesto no puede concluirse en otro sentido que el de considerar que no

procede tampoco su admisión en esta Segunda instancia, y no existiendo otros motivos de impugnación, ha de confirmarse la Sentencia dictada resolviéndose conforme se dirá en el fallo de la presente.

**TERCERO.-** Establece el artículo 398 de la L.E.C. que: Cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, se aplicará, en cuanto a las costas del recurso, lo dispuesto en el art. 394.

2. En caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes.

Vistos los preceptos legales citados y demás de aplicación

## F A L L O

Desestimamos el recurso de Apelación formulado por la representación de Bankia S.A. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Mislata en fecha 18 de julio de 2013 en Autos de Juicio ordinario número 154/2013 la que confirmamos íntegramente y todo ello con expresa imposición a la parte apelante de las costas devengadas en esta alzada.

Dese al depósito constituido el destino legalmente previsto.

Cumplidas que sean las diligencias de rigor con testimonio de esta resolución, remítanse las actuaciones al Juzgado de origen para su conocimiento y efectos, debiendo acusar recibo.

Contra la presente no cabe recurso alguno sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 477.2.3° de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a interponer dentro de los veinte días siguientes a su notificación

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.