



Roj: **STS 5288/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:5288**

Id Cendoj: **28079110012016100695**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/11/2016**

Nº de Recurso: **2559/2014**

Nº de Resolución: **716/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP PO 1690/2014,**  
**STS 5288/2016**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 30 de noviembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por NCG Banco S.A.U., representado por el procurador D. Rafael Silva López, bajo la dirección letrada de D. Adrián Dupuy López, contra la sentencia núm. 244/2014, de 2 de julio, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en el recurso de apelación núm. 275/2014, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 101/2013, del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Marín. Ha sido parte recurrida D. Rubén y D.ª Frida, representados por la procuradora D.ª María José Bueno Ramírez y bajo la dirección letrada de D. Ignacio Menéndez González-Palenzuela.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª Isabel Páramo Fernández, en nombre y representación de D. Rubén y D.ª Frida, interpuso demanda de juicio ordinario contra NCG Banco S.A., como entidad resultante de la fusión de CaixaGalicia y Caixanova, en la que solicitaba se dictara sentencia:

«Que tenga por presentado este escrito con los documentos acompañados y sus copias, lo admita, teniéndole por personado y parte en la representación acreditada de Rubén y D.ª Frida y por formulada demanda de juicio ordinario, en ejercicio de la acción de nulidad prevista en el artículo 1300 y siguientes del Código Civil frente a las órdenes de suscripción de valores de fecha 28 de mayo de 2009 (por importe de 425.000?), 11 de noviembre de 2009 (por importe de 103.800?) y 14 de abril de 2010 (por importe de 15.000?) y, subsidiariamente, de la acción del depositante contra el depositario prevista en los artículos 306 del Código de Comercio y 1.775 del Código Civil frente al contrato de depósito de fecha 8 de diciembre de 2008 y sus órdenes vinculadas, contra la entidad financiera NCG BANCO, S.A. y se condene a ésta última Entidad Financiera, o a quien pudiera sustituirla en el futuro por cualquier título jurídico en los derechos y obligaciones de la misma, a restituir a mi mandante la cantidad de QUINIENTOS CUARENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS EUROS (543.800,00?)».

2.- La demanda fue presentada el 22 de marzo de 2013 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Marín y fue registrada con el núm. 101/2013. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. José Portelas Leiros, en representación de NCG Banco S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...]dicte en su día sentencia en la que desestime la demanda planteada.



»Alternativamente, en caso de estimación de la acción principal: (i) acogiendo la excepción de compensación, reduzca del principal a abonar por mi mandante la cantidad de 106.353,85 euros (según desglose indicado en los hechos) más las sumas que los demandantes perciban por las Obligaciones Subordinadas durante la tramitación de este procedimiento (en los términos que constan en el folleto informativo de la emisión) y hasta la firmeza de la sentencia), los cuales se incrementarán con los intereses previstos en el Art. 1303 del C.C .

»Alternativamente, en caso de estimación de la acción subsidiaria; determine que la cantidad a devolver por el depósito no debería ser el importe abonado por la adquisición de las participaciones preferentes y de las obligaciones subordinadas objeto de la Litis sino su valoración económica en el momento en que la devolución tenga lugar; y (ii) en todo caso, acogiendo la excepción de compensación, reduzca del principal a abonar por mi mandante la cantidad de 106.353,85 euros según desglose indicado en los hechos) más las sumas que los demandantes perciban por las Obligaciones Subordinadas durante la tramitación de este procedimiento (en los términos que constan en el folleto informativo de la emisión) y hasta la firmeza de la sentencia (importe que se acreditará en fase de ejecución de sentencia), los cuales se incrementarán con los intereses previstos en el Ar. 1.303 del C.C.

»Y en todos los casos descritos, con imposición de costas a la adversa».

**4.-** Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Marín dictó sentencia de fecha 19 de febrero de 2014 , con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: Estimo el escrito inicial de demanda presentado por el Procurador de los Tribunales Sra Páramo en nombre y representación de Rubén y Frida y en su virtud:

- DECLARO la nulidad de los contratos de suscripción de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas con la entidad demandada.

- CONDENO a la demandada a abonar a los actores el importe de 543.800 euros con los intereses legales desde las fechas de suscripción del producto y respecto de la cantidad inicial suscrita (el 28 de Mayo de 2009 por importe de 425.000 euros; 11 de Noviembre de 2009 por 103.800 euros y 14 de Abril de 2010 por importe de 15.000 euros) y los del artículo 576 Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de esta sentencia, deduciendo las cantidades que la entidad ha abonado a la parte actora durante los años de vigencia del contrato en concepto de rentabilidad del producto.

Todo ello con expresa imposición de costas causadas en este procedimiento a la parte demandada».

**SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia.*

**1.-** La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de NCG Banco S.A.

**2.-** La resolución de este recurso correspondió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra, que lo tramitó con el número de rollo 275/2014 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 2 de julio de 2014 , cuya parte dispositiva dice:

«FALLAMOS: Se desestima el recurso de apelación y se confirma la sentencia de instancia impugnada, con el añadido de que los demandantes deberán devolver a la demandada los títulos de las participaciones preferentes y de las obligaciones subordinadas objeto de los contratos declarados nulos; todo ello con expresa imposición a la demandada recurrente de las costas procesales de la presente alzada».

**TERCERO .-** *Interposición y tramitación del recurso de casación.*

**1.-** El procurador D José Portela Leiros, en representación de NCG Banco S.A., interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de fueron:

«Primero.- Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC , por infracción de los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil y la jurisprudencia que los interpreta, en el sentido de que la sentencia recurrida estima la pretensión de nulidad contractual sobre la base de error en el consentimiento, cuando se han acreditado los requisitos para ello según los previsto en los artículos citados y la jurisprudencia que los desarrolla, Sentencias de la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1989 (RJ 1989/7894 ), de 22 de mayo de 2006 (RJ 2006/3280 ), de 21 de noviembre de 2012 (RJ 2012/11052), STS de 29 de octubre de 2013 (RJ 2013/8053), que establecen los requisitos generales para apreciar la existencia de error como vicio del consentimiento, sentencias de 12 de febrero de 1979 (RJ 1979/439) y de 6 de febrero de 1998 (RJ 1998/408), que declaran el carácter excepcional en la apreciación de los vicios del consentimiento, sentencias de 25 de noviembre de 2000 (RJ 2000/9302) y de 21 de abril de 2004 (RJ 2004/3013), que establecen la presunción iuris tantum de validez de los contratos, sentencias de 8 de febrero de 1993 (RJ 1993/690 ), de 21 de mayo de 1997



(RJ 1997/4235 ) y de 21 de noviembre de 2012 (RJ 2012/11052), que declaran la necesidad del análisis del momento de la contratación para determinar la concurrencia del error vicio del consentimiento.

Segundo.- Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC , por infracción de los artículos 7.1 , 1.310 , 1.311 y 1.313 del Código Civil y la jurisprudencia que los interpreta contenida en las sentencias de 25 de enero de 2002 y de 21 de diciembre de 2009 (docs. Nº 15 y 16), en el sentido de que la sentencia recurrida no declara subsanado el supuesto error padecido por D. Rubén y Dña. Frida en virtud de la doctrina de los actos propios y la confirmación de los mismos.

Tercero.- Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC , por infracción del artículo 1.303 del Código Civil y la jurisprudencia que los interpreta contenida en las sentencias del Alto Tribunal de 26 de julio del 2000 y de 17 de julio de 2013 (doc. 17 y 18), en el sentido de que la sentencia recurrida no restituye correctamente a las partes a la situación patrimonial anterior a la nulidad, al no condenar a los recurridos a abonar el interés legal que ha generado la rentabilidad del producto litigioso».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 9 de marzo de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1º) NO ADMITIR LOS MOTIVOS PRIMERO Y SEGUNDO DEL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de la entidad "NCG BANCO, S.A" contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 2 de julio de 2014, por la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, en el rollo de apelación nº 275/2014 , dimanante del juicio ordinario nº 101/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Marín.

2º) ADMITIR EL MOTIVO TERCERO DEL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de la entidad "NCG BANCO, S.A" contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 2 de julio de 2014, por la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, en el rollo de apelación nº 275/2014 , dimanante del juicio ordinario nº 101/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Marín [...]».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 10 de octubre de 2016 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 23 de noviembre de 2016, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1.- El 28 de mayo de 2009, D. Rubén y Dña. Frida suscribieron con Caixanova (actualmente, NCG Banco S.A.) un contrato de suscripción de participaciones preferentes emitidas por Caixanova Emisiones S.A., por importe nominal total de 425.000 ?.

2.- Asimismo, los días 11 de noviembre de 2009 y 14 de abril de 2010, los mismos adquirentes suscribieron con la indicada entidad sendos contratos de adquisición de obligaciones subordinadas emitidas por Caixanova, por importe nominal de 103.800 ? y 15.000 ?, respectivamente.

3.- Los Sres. Rubén y Frida interpusieron demanda contra NCG Banco S.A., en la que solicitaron la nulidad de dichos contratos por error vicio del consentimiento; y, subsidiariamente, ejercitaron una acción fundada en los arts. 306 CCom y 1775 CC , por incumplimiento del contrato de depósito. En ambos casos, solicitaron la restitución del total capital desembolsado, por importe de 543.800 ?.

4.- Tras la oposición de la parte demandada, la sentencia de primera instancia estimó la demanda y declaró la nulidad de los mentados contratos de suscripción de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas, y condenó a la entidad demandada al reintegro de 543.800 ?, con los intereses legales desde las respectivas fechas de suscripción de los productos, con deducción de las cantidades percibidas por los inversores durante los años de vigencia de los contratos en concepto de rentabilidad de los productos. No obstante, no condenó al pago de los intereses devengados por las cantidades percibidas por los clientes como rendimientos.

5.- Interpuesto recurso de apelación por la entidad bancaria, fue desestimado por la Audiencia Provincial. En lo que ahora interesa en relación con el recurso de casación, argumentó que:

«Y, por lo que respecta a la también restitución por los clientes demandantes de los intereses legales de los rendimientos abonados por el Banco, se estima que la obligación de aquéllos 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».

**SEGUNDO.-** *Recurso de casación. Único motivo admitido. Planteamiento.*

1.- El único motivo casacional admitido se formula al amparo de lo previsto en el art. 477.2.3º LEC, por infracción del art. 1.303 CC y la jurisprudencia que lo interpreta, contenida en las SSTs de 26 de julio de 2000 y 17 de julio de 2013.

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta, resumidamente, que como consecuencia de la anulación de los contratos, los demandantes deben restituir a la entidad recurrente los títulos de las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas cuya adquisición se ha anulado, o lo percibido por el FROB por el canje de los mismos, así como abonar el interés legal de las cantidades percibidas en concepto de rentabilidad de los títulos adquiridos. Por lo que, al no haberlo acordado así, la sentencia recurrida infringe el precepto legal y la jurisprudencia citadas en el encabezamiento del motivo.

**TERCERO.-** *Decisión de la Sala. Alcance de los efectos restitutorios de la nulidad contractual.*

1.- Como hemos dicho en la reciente sentencia núm. 625/2016, de 24 de octubre, dictada también en un caso de nulidad de adquisición de participaciones preferentes por error vicio del consentimiento, los efectos de la nulidad alcanzan a ambas partes, comercializadora y adquirentes. Por ello, tales efectos de la nulidad deben ser la restitución por la entidad comercializadora del importe de la inversión efectuada por los adquirentes, más el interés devengado desde que se hicieron los pagos, y el reintegro por los compradores de los rendimientos percibidos más los intereses desde la fecha de cada abono.

Doctrina que, en relación con estos mismos productos, participaciones preferentes y obligaciones subordinadas, ya habíamos sostenido con anterioridad, por ejemplo en la sentencia núm. 102/2016, de 25 de febrero. Y en relación con otros productos financieros complejos, como permutas financieras de interés, en la sentencia núm. 744/2015, de 30 de diciembre, entre otras.

2.- Ello es así, porque los intereses constituyen en estos casos los frutos o rendimientos de un capital, a los que, por virtud de la presunción de productividad de éste, tiene derecho el acreedor en aplicación de las reglas sobre la restitución integral de las prestaciones realizadas en cumplimiento de contratos declarados ineficaces y la interdicción del enriquecimiento sin causa (sentencias de esta Sala núm. 81/2003, de 11 de febrero;





325/2005, de 12 de mayo ; y 1385/2007, de 8 de enero de 2008 , entre otras muchas). Ésta es la solución adoptada por los arts. 1295.1 y 1303 CC , al regular los efectos de la rescisión o de la declaración de la nulidad del contrato, mediante una regla que obliga a devolver la cosa con sus frutos y el precio con sus intereses y que se aplica, también, a otros supuestos de ineficacia que produzcan consecuencias restitutorias de las prestaciones realizadas ( sentencias núm. 772/2001, de 20 de julio ; 812/2005, de 27 de octubre ; 1385/2007, de 8 de enero ; y 843/2011, de 23 de noviembre ), como sucede, como regla general, con la resolución de las relaciones contractuales.

Es más, para hacer efectivas las consecuencias restitutorias de la declaración de ineficacia de un contrato y para impedir, en todo caso, que queden en beneficio de uno de los contratantes las prestaciones recibidas del otro, con un evidente enriquecimiento sin causa, la jurisprudencia ( sentencias núm. 105/1990, de 24 de febrero ; 120/1992, de 11 de febrero ; 772/2001, de 20 de julio ; 81/2003, de 11 de febrero ; 812/2005, de 27 de octubre ; 934/2005, de 22 de noviembre ; 473/2006, de 22 de mayo ; 1385/2007, de 8 de enero de 2008 ; 843/2011, de 23 de noviembre ; y 557/2012, de 1 de octubre ) viene considerando innecesaria la petición expresa del acreedor para imponer la restitución de las prestaciones realizadas, con inclusión de sus rendimientos, al considerar que se trata de una consecuencia directa e inmediata de la norma. Como dijimos en la sentencia núm. 102/2015, de 10 de marzo :

«Es doctrina jurisprudencial la que afirma que no es incongruente la sentencia que anuda a la declaración de ineficacia de un negocio jurídico las consecuencias que le son inherentes, que son aplicables de oficio como efecto *ex lege* , al tratarse de las consecuencias ineludibles de la invalidez».

Interpretación jurisprudencial que considera, además, que las mencionadas normas - arts. 1295.1 y 1303 CC - se anteponen a las reglas generales que, sobre la liquidación de los estados posesorios, contienen los artículos 451 a 458 CC ( sentencias de 9 de febrero de 1949 , 8 de octubre de 1965 y 1 de febrero de 1974 ), ya que tales reglas se aplican cuando entre dueño y poseedor no existe un negocio jurídico, pues de haberlo, sus consecuencias se rigen por las normas propias de los negocios y contratos de que se trate ( sentencias núm. 439/2009, de 25 de junio ; y 766/2013, de 18 de diciembre ).

**3.-** Para reiterar dicha doctrina jurisprudencial, hemos de tener en cuenta que los desplazamientos patrimoniales realizados en cumplimiento del contrato inválido carecen de causa o fundamento jurídico ( sentencia núm. 613/1984, de 31 de octubre ); por lo que, cuando se han realizado prestaciones correspectivas, el art. 1303 CC -completado por el art. 1308- mantiene la reciprocidad de la restitución. Así como que el restablecimiento de la situación anterior a la celebración del contrato nulo impone que la restitución deba comprender no sólo las cosas en sí mismas, sino también los frutos, productos o rendimientos que hayan generado.

Las normas que se citan en la sentencia recurrida para justificar que la restitución prestacional que han de efectuar los demandantes no devengue intereses - arts. 60 y 62 del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores , Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, y en general, normas de protección de consumidores adquirentes de servicios y productos financieros- no establecen excepción alguna a la regla de reciprocidad en la restitución de las prestaciones en caso de nulidad contractual, por lo que no pueden impedir la aplicación de dicha regla, cuyas únicas excepciones son las previstas en los arts. 1.305 y 1.306 CC , que no resultan de aplicación al caso.

#### **CUARTO.- Estimación del recurso de casación.**

En la medida que la sentencia recurrida se opone a esta doctrina jurisprudencial, al quebrar los principios de restitución integral y reciprocidad en la restitución de prestaciones, debe estimarse el recurso de casación. Y asumiendo la instancia, debemos estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por NCG Banco, concretamente el motivo séptimo, a fin de mantener los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia, pero añadiéndoles que los demandantes tienen que devolver a NCG los títulos litigiosos, o lo percibido del FROB por su canje -si hubiera tenido lugar- (esto ya fue acordado por la Audiencia Provincial en el fundamento jurídico séptimo, pero no lo plasmó en el fallo de la sentencia); así como que la restitución de las cantidades percibidas por los inversores como rendimientos incluirá el interés legal generado desde su percepción.

#### **QUINTO.- Costas y depósitos.**

**1.-** La estimación de los recursos de casación y de apelación conlleva que no proceda hacer expresa imposición de las costas causadas por ambos, a tenor del art. 398.2 LEC . A su vez, supone estimación parcial de la demanda, por lo que tampoco procede hacer expresa imposición de las costas de la primera instancia, conforme al art. 394.2 LEC .

**2.-** Asimismo, procede la devolución de los depósitos constituidos para los recursos de casación y apelación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, LOPJ .



## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1.º**- Estimar el recurso de casación interpuesto por NCG Banco, S.A. contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra, núm. 244/2014, de 2 de julio, en el recurso de apelación n.º 275/2014, que anulamos parcialmente. **2.º**- Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por NCG Banco, S.A. contra la sentencia de 19 de febrero de 2014, dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 2 de Marín, en el juicio ordinario n.º 101/2013, cuyos pronunciamientos mantenemos, pero añadiendo que los demandantes tienen que devolver a NCG los títulos litigiosos, o lo percibido del FROB por su canje -si hubiera tenido lugar-, así como que la restitución de las cantidades recibidas por los demandantes como rendimientos incluirá el interés legal generado desde su cobro. **3.º**- No hacer expresa imposición de las costas causadas por los recursos de apelación y casación, ni de las de primera instancia. **4.º**- Ordenar la devolución de los depósitos constituidos para tales recursos. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CEND