



Roj: **SAP OU 232/2015 - ECLI:ES:APOU:2015:232**

Id Cendoj: **32054370012015100121**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ourense**

Sección: **1**

Fecha: **01/04/2015**

Nº de Recurso: **258/2014**

Nº de Resolución: **123/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSEFA OTERO SEIVANE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

OURENSE

SENTENCIA: 00123/2015

APELACIÓN CIVIL

La Audiencia Provincial de Ourense, constituida por los Señores, don Antonio Piña Alonso, Presidente, doña Ángela Domínguez Viguera Fernández y doña Josefa Otero Seivane, Magistrados, ha pronunciado, en nombre de S.M. El Rey, la siguiente

SENTENCIA NÚM. 123

En la ciudad de Ourense a uno de abril de dos mil quince.

VISTOS, en grado de apelación, por esta Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Civil, los autos de Juicio Ordinario procedentes del Juzgado de Primera Instancia Número 3 de Ourense, seguidos con el n.º 835/13, Rollo de Apelación núm. 258/14, entre partes, como apelante NCG Banco SA, representado por la Procuradora D.ª María Gloria Sánchez Izquierdo, bajo la dirección del Letrado D. Adrián Dupuy López y, como apelado, D. Fructuoso , representado por la procuradora D.ª Blanca Pedrera Fidalgo, bajo la dirección del Abogado D. Eugenio Moure González. Es ponente la Ilma. D.ª Josefa Otero Seivane.

I - ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Juzgado de Primera Instancia Número 3 de Ourense, se dictó sentencia en los referidos autos, en fecha 26 de febrero de 2014 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "**FALLO:** Que estimando la demanda interpuesta por D. Fructuoso contra la entidad NCG Banco SA debo declarar y declaro la nulidad de los contratos de adquisición de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas objeto de este procedimiento, condenando a la entidad demandada a devolver al actor la suma invertida, 40.020 euros, más los intereses computados conforme al fundamento jurídico cuarto, debiendo el demandante reintegrar a la entidad bancaria los rendimientos percibidos y los títulos valores objeto de Litis, o aquellos por los que hubieran sido sustituidos, en su caso el precio obtenido por su venta; imponiendo expresamente a la demandada las costas de este procedimiento "

Segundo.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso por la representación de NCG Banco SA recurso de apelación en ambos efectos, y seguido por sus trámites legales, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial.

Tercero.- En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se acepta y da por reproducida la fundamentación jurídica de la sentencia apelada.



PRIMERO .- La sentencia apelada declara nulos de pleno derecho los contratos de adquisición de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas a que se contrae la demanda, con los restantes pronunciamientos derivados recogidos en los antecedentes de la presente resolución.

Se alza en apelación la demandada interesando la revocación de la sentencia de instancia y dictado de otra por la que se desestime la demanda en su integridad con imposición de costas a la parte actora. Subsidiariamente, pide que se obligue a ambas partes a la restitución en los términos señalados en el recurso. El demandante se opone al recurso interesando su desestimación y condena en costas de la parte contraria.

El recurso se funda en los siguientes cinco motivos: 1) vulneración de los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil al declarar la nulidad por error en la contratación por parte del demandante en contra de lo establecido en dichos preceptos y la jurisprudencia que los interpreta. 2) Infracción de los artículos 316 y 326 LEC , al valorar la documental privada e interrogatorio del demandante de forma ilógica e irrazonable. 3) Vulneración de los artículos 1.309 , 1311 y 1313 CC y de la doctrina general de los actos propios. 4) vulneración del artículo 1301 CC por no apreciar caducidad de la acción. 5) Vulneración del artículo 1303 CC en relación con el artículo 1307 CC al no restituir a las partes la situación anterior a la contratación.

Se plantean en el recurso cuestiones jurídicas reiteradamente resueltas por la Sala al analizar contratos análogos mediante sentencias de las que la entidad apelante es plenamente conocedora al haber sido parte en la mayoría de los procesos a que pusieron fin. En ellas se pronuncia la Sala, bien directamente, bien mediante remisión a la sentencia de instancia, sobre la caducidad de la acción, características y naturaleza de las obligaciones subordinadas y/o participaciones preferentes, normativa de aplicación en relación con el deber de información de las entidades bancarias, según se trate de productos adquiridos antes o después de la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva Mifid 2004/39/CE, carga de la prueba en relación con el cumplimiento de dicho deber, requisitos para la declaración de nulidad por error en el consentimiento y efectos de la declaración de nulidad. Solo cabe insistir en lo razonado en aquellas resoluciones, al margen de la argumentación oportuna en relación con las circunstancias fácticas concurrentes en el caso y alegaciones al respecto de la recurrente.

SEGUNDO .- Los dos primeros motivos han de ser examinados de forma conjunta, por la íntima conexión entre ellos, ya que a su través viene a denunciarse una indebida valoración probatoria en orden a la concurrencia del error apreciado en la sentencia apelada.

El análisis debe efectuarse en relación a tres ideas fundamentales, a la vista de la argumentación en que descansan ambos motivos: requisitos que debe reunir el error para invalidar el consentimiento; alcance y prueba del deber de información de las entidades bancarias en la contratación de productos bancarios de naturaleza compleja y alto riesgo como son los discutidos; e incidencia de una información deficiente en la apreciación del error vicio en función del perfil del cliente afectado.

Sobre el consentimiento se decía en la sentencia de esta Sala de 26 de octubre de 2012 : "el consentimiento constituye uno de los elementos esenciales del contrato (artículo 1261 CC). Se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato (artículo 1262 CC). La manifestación de voluntad en que consiste ha de prestarse de modo libre y consciente, sin la concurrencia de vicios que, según el artículo 1265 CC , determinan su nulidad, entre ellos el error invocado en la demanda y apreciado en la resolución impugnada. El error supone un falso conocimiento de la realidad capaz de determinar una emisión de voluntad no realmente querida. Consiste en una representación equivocada de la realidad que produce la realización de un acto jurídico que, de otra forma, no se hubiese llevado a cabo o se hubiese realizado en otras condiciones (STS de 12 de noviembre de 2010). Constituye una creencia inexacta o una representación mental equivocada, que sirve de presupuesto para la realización de un contrato y determina una voluntad no formada correctamente, porque la contemplación del objeto del contrato estaba distorsionada (STS 13 de julio de 2012). El artículo 1266 CC exige para que el error invalide el consentimiento que recaiga sobre la sustancia de la cosa objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que, principalmente, hubieren dado motivo a celebrarlo. En interpretación del precepto, la jurisprudencia tiene declarado que para que el error produzca el efecto de anular el contrato es preciso, además, que no sea imputable al interesado, en el sentido de causado por él -o personas de su círculo jurídico-, y que sea excusable, entendiéndose que no lo es cuando pudo ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular, requisito éste que no consta expresamente en el Código civil, pero exigible como elemental postulado de buena fe (STS de 11 de diciembre de 2006 , a su vez citada en la, antes mencionada, de 12 de noviembre de 2010). La valoración de la concurrencia de los requisitos necesarios para apreciar error determinante de nulidad contractual ha de efectuarse tomando en consideración las circunstancias concretas del caso y, especialmente, las subjetivas de los contratantes".



TERCERO .- El deber de información viene impuesto a las entidades bancarias tanto por el principio general de buena fe, informador de todo el derecho de contratos (artículo 1258 CC) como por la normativa específica relativa a los servicios financieros, singularmente, en relación con las obligaciones subordinadas y participaciones preferentes objeto de litis, adquiridas en virtud de sendas órdenes fechada el 8 de agosto de 2008, artículo 79 y 79 bis de la ley de mercado de valores en la redacción introducida por la ley 47/2007 de 19 de diciembre que incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva Mifid 2004/39/CE, artículos 60 y 64 del RD 217/2008 de 15 de febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y demás entidades que prestan servicios de inversión y artículos 60 y 80 de la ley de **consumidores** y usuarios, debido a la condición de **consumidor** del actor.

La sentencia apela expone de forma completa dicha normativa en función de la complejidad y alto riesgo de las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas cuyas características también recoge en un pormenorizado análisis por lo que a ella debe estarse, sin perjuicio de resaltar que las entidades de crédito, que asesoren, coloquen, comercialicen o presten cualquier servicio de inversión sobre productos complejos están obligados a proporcionar a los clientes minoristas información imparcial, clara, sencilla y no engañosa, previamente a la celebración del contrato, veraz, suficiente y comprensible sobre las características esenciales de los productos ofertados.

Sobre el deber de información se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo 840/2013, del Pleno, de 20 de enero de 2014 , referida a contrato de permuta financiera, de naturaleza compleja y elevado riesgo, como los que nos ocupan. Partiendo de esa complejidad y de la asimetría informativa que suele darse en la contratación por la desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional, la sentencia destaca la necesidad de proteger al inversor minorista acentuada porque "las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión en contratar un determinado producto". Razona también que el genérico deber de negociar de buena fe, que se contiene en el artículo 7 del código civil y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, "conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran en este caso los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar". En referencia al incumplimiento del deber de información destaca que "no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error". Más adelante pone en relación el deber de información con las dos notas exigidas para apreciar el error vicio. En cuanto a la primera dice que "el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero". Y respecto a la excusabilidad: "al mismo tiempo, la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente". Esta doctrina se reitera en las posteriores sentencias del Tribunal Supremo 384/2014 y 385/2014, ambas de 7 de julio , de 8 de julio de 2014 y de 15 de diciembre de 2014 .

La prueba de una correcta información incumbe a la entidad bancaria por aplicación del criterio de facilidad y disponibilidad probatoria (artículo 217.7 LEC), en atención a su mayor conocimiento del mercado, a su situación de superioridad en la contratación y a la imposibilidad de demostrar un hecho negativo como es la falta de información (prueba diabólica).

CUARTO .- La sentencia apelada, en una correcta valoración, concluye que la prueba practicada no permite acreditar la información previa al contrato, sencilla, clara y no engañosa exigida en atención al perfil del actor, minorista, carentes de conocimientos financieros, **consumidor** y confiado en la actuación de los empleados de la demandada intervinientes en la contratación en atención a su condición de cliente habitual.

La prueba practicada en orden al cumplimiento del deber de información se ha reducido al interrogatorio del demandante, que insistió en la tesis sostenida en la demanda, y a la documental, notoriamente insuficiente para inferir una cabal comprensión de los productos adquiridos, como pasa a razonarse, sin perjuicio de tener por reproducida la argumentación sobre el particular contenida en la sentencia apelada.

El contrato de depósito o administración de valores no incluye en sus condiciones generales explicación alguna sobre los productos litigiosos, siendo su propia denominación confusa en cuanto incluye el término depósito.



La orden de adquisición de las subordinadas carece igualmente de la mínima explicación sobre sus características y riesgos. Ni siquiera incluye el nombre completo del producto. La casilla denominación valor, única referencia, alude a "ob Caixanova" precedida y seguida de una numeración.

La orden de adquisición de las preferentes incurre en defecto similar, limitándose a consignar en la misma casilla "part caixanova" con numeración anterior y posterior. El resumen que recoge es ininteligible para cualquier persona carente de conocimientos financieros debido a su lenguaje técnico, ambas órdenes define el producto como perfil conservador, lo que no se ajusta a la realidad al tratarse de valores complejos y de alto riesgo.

Las cláusulas que en ambos órdenes preceden a la firma del titular son inoperantes. El artículo 89 de la ley de **consumidores** y usuarios considera nulas "las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del **consumidor** a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato". La STS del Pleno de 12 de enero de 2015, sobre nulidad de un contrato de seguro por error en el consentimiento, razona que "la normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, dictada en el asunto C-449/13, en relación a la Directiva de Crédito al Consumo, pero con argumentos cuya razón jurídica los hace aplicable a estos supuestos, rechaza que una cláusula tipo de esa clase pueda significar el reconocimiento por el **consumidor** del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista".

El documento denominado "mercado de instrumentos financieros, información pre-contractual" recoge generalidades nada clarificadoras: en su clasificación no incluye las obligaciones subordinadas, considera las preferentes productos de riesgo medio cuando son de alto riesgo, hallándose además en contradicción con la definición de perfil conservador aceptada en la orden de adquisición antes referenciada, relaciona las participaciones preferentes en pie de igualdad con las acciones añadiendo el término cotizadas cuando son productos que no cotizan en bolsa, llega a decir que la clasificación puede ser objeto de modificación y dentro de los productos de alto riesgo recoge contratos financieros atípicos sin garantía del principal, en donde tendrían encaje los discutidos, de tal forma que ni siquiera llega a precisarse en que categoría cabe su inclusión, de modo que mal podrían los empleados cumplir el deber de informar adecuadamente.

Los trípticos informativos no aparecen firmados por el apelado ni consta su entrega. El test de adecuación carece del rigor exigido normativamente, consistiendo en cuatro preguntas desde luego insuficientes para tener por cumplida la normativa al respecto, como certeramente señala la juzgadora "a quo".

Contrato de depósito y ordenes de adquisición y folleto son de la misma fecha por lo que tampoco se cumple el requisito de informar con antelación suficiente. En tal sentido, la antes aludida STS del Pleno de 12 de enero de 2015 razona: "la información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos ha de ser suministrada por la empresa de servicios de inversión al potencial cliente no profesional cuando promueve u oferta el servicio o producto, con suficiente antelación respecto del momento en que se produce la emisión del consentimiento, para que este pueda formarse adecuadamente. No se cumple este requisito cuando tal información se ha omitido en la oferta o asesoramiento al cliente en relación a tal servicio o producto (y en este caso hubo asesoramiento, en tanto que la cliente recibió recomendaciones personalizadas), y solo se facilita en el momento mismo de firma del documento contractual, inserta dentro de una reglamentación contractual que por lo general es extensa. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, dictada en el asunto C-449/13, en relación a la Directiva de Crédito al Consumo, pero con argumentos cuya razón jurídica los hace aplicable a estos supuestos, declara que las obligaciones en materia de información impuestas por la normativa con carácter precontractual, no pueden ser cumplidas debidamente en el momento de la conclusión del contrato, sino que deben serlo en tiempo oportuno, mediante la comunicación al **consumidor**, antes de la firma de ese contrato, de las explicaciones exigidas por la normativa aplicable".

En resumen, la información no es previa al contrato, ni es clara ni es comprensible de modo que la inferencia a que llega el juzgador de la instancia sobre la relación causal entre la defectuosa información y el error padecido se ajusta a la lógica y ha de ser mantenida.

Siguiendo la doctrina sentada en las sentencias del pleno del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 y 12 de enero de 2015 el error es esencial porque recae sobre las cualidades sustanciales del producto y es excusable porque la entidad bancaria no proporcionó de forma comprensible y adecuada la información de que estaba necesitado el cliente. La nota de excusabilidad guarda íntima relación con la confianza depositada en la entidad demandada por la apelada y con la diligencia exigible a cada contratante, en la actora el demandante la de un



buen padre de familia (1104 CC), en la entidad apelante la de un ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes.

No cabe exigir a la parte apelada mayor diligencia que contratar con quién tiene conocimientos específicos en la materia, amparándose en la confianza que le merecía la entidad bancaria en razón a ese conocimiento y a su condición de cliente durante muchos años.

QUINTO .- El motivo cuarto se halla igualmente abocado al fracaso. Según el artículo 1301 CC , el plazo de cuatro años que establece para la caducidad de las acciones de anulabilidad empezará a correr, en los casos de error, desde la consumación del contrato, momento que no se corresponde con la suscripción de la orden o contrato, frente a lo sostenido en el recurso, al encontrarnos ante un contrato de tracto sucesivo.

Tradicionalmente viene distinguiéndose tres fases en los contratos: generación, perfección y consumación. La primera comprende las negociaciones preliminares; la segunda se produce con el consentimiento, manifestado por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa (artículos 1258 y 1262 CC); la consumación tiene lugar con la realización de todas las obligaciones dimanantes del contrato o, dicho de otra forma, cuando se extingue por hallarse completamente cumplidas las prestaciones, lo que aquí no ha acontecido.

En este sentido se pronuncia la STS de 11 de junio de 2003 , con cita de numerosas precedentes jurisprudenciales, algunos de ellos referidos a contratos de tracto sucesivo, como los discutidos ("el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquel ha sido satisfecho"... "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no empieza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó").

Sobre el particular se razonaba en la sentencia de esta Sala de 22 de julio de 2014 : "Conforme a la sucinta descripción del producto financiero litigioso, es evidente que las obligaciones de la entidad emisora no se extinguen en el momento de la transmisión de los títulos emitidos sino que a lo largo de toda la vigencia de los títulos está obligada a satisfacer los intereses correspondientes en el caso de que se den las condiciones para ello. Desde esta consideración es evidente que la consumación del contrato no puede residenciarse en el momento de la adquisición por parte del cliente del producto sino que será una vez concluya la vida contractual del producto cuando finalmente se extingan las obligaciones asumidas por la entidad emisora. Esta posición ha sido mantenida por la Sala en sus sentencias de 23 de julio y 23 de septiembre de 2013 . Conforme a lo anterior no es posible considerar la existencia de caducidad de la acción pues aún se está dentro del plazo de plena eficacia de las obligaciones subordinadas litigiosas y aun penden de cumplimiento obligaciones de la demandada para el caso de que se dieran los requisitos correspondientes pues su emisión se verificó con la condición de permanente".

La aludida STS del Pleno de 12 de enero de 2015 recuerda la doctrina jurisprudencial mantenida en la antes mencionada STS de 13 de junio de 2003 y razona que "No basta la perfección del contrato, es precisa la consumación para que se inicie el plazo de ejercicio de la acción. Se exige con ello una situación en la que se haya alcanzado la definitiva configuración de la situación jurídica resultante del contrato, situación en la que cobran pleno sentido los efectos restitutorios de la declaración de nulidad. Y además, al haberse alcanzado esta definitiva configuración, se posibilita que el contratante legitimado, mostrando una diligencia razonable, pueda haber tenido conocimiento del vicio del consentimiento, lo que no ocurriría con la mera perfección del contrato que se produce por la concurrencia del consentimiento de ambos contratantes". Y añade "Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error".

SEXTO .- La misma suerte merece el motivo tercero. Según el artículo 1311 se entenderá que hay confirmación tácita cuando, con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo ésta cesado, el que tuviere derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo. El término "necesariamente" alude a los actos inequívocos o concluyentes con eficacia jurídica que constituyen la base de la doctrina de los actos propios cuya aplicación exige la concurrencia de los siguientes requisitos, puestos de relieve en la STS de 5 de septiembre de 2012 : 1) una conducta jurídicamente relevante previa y consciente de sus consecuencias; 2) que tal conducta tenga una significación inequívoca e incompatible con la posterior; y 3)



que las expectativas defraudadas por la actuación posterior sean razonables (entre otras muchas, sentencias 292/2011, de 2 de mayo, 691/2011, de 18 de octubre y 285/2012 de 8 mayo).

Pues bien, los hechos que se invocan en el recurso como indicativos de la confirmación contractual carecen de esa virtualidad.

Los rendimientos obtenidos durante la vigencia del contrato son compatibles con la finalidad de obtención de un beneficio que es, en definitiva, la perseguida por un cliente del perfil del demandante, al depositar sus ahorros en una entidad bancaria. El comportamiento inicial es lógico en tanto el cliente no alcanza a percibir el error en que ha incurrido, siendo desde que tiene conocimiento del error cuando manifiesta su voluntad de dejar sin efecto la operación. Según reiterada jurisprudencia no es aplicable la doctrina de los actos propios en supuestos de error, ignorancia, conocimiento equivocado o mera tolerancia ya que el consentimiento viciado es incompatible con la exigida intención manifiesta (por todas, STS 28 de septiembre de 2009).

No consta la adquisición anterior de productos análogos a los discutidos o que pudieran evidenciar el conocimiento de las características y riesgos de éstos por parte del actor.

SEPTIMO .- Procede, por el contrario, acoger el motivo quinto, siguiendo el criterio que esta Sala viene manteniendo. El artículo 1303 CC dispone que declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses, salvo lo dispuesto en los artículos siguientes, aquí no aplicables. El precepto impone la restitución con efectos "ex tunc", de forma que las partes queden incólumes, en la misma situación existente al tiempo de concertarse el contrato cuya nulidad se pretende. Es una consecuencia impuesta por la ley que ha de ser declarada aun cuando no medie petición de parte, en virtud del principio "iura novit curia", con la finalidad de evitar nuevos pleitos y el enriquecimiento injusto de una parte a costa de otra (SSTS de 23 de noviembre de 2011 y 5 de marzo de 2011, por todas), lo cual supone que en este caso los actores han de proceder a la devolución de los intereses de los rendimientos aun cuando no hubiese sido interesado en la instancia por la demandada ya que, como se dijo, es un efecto inherente a la nulidad que debe ser impuesto por el tribunal, sin necesidad de petición del acreedor y sin que ello implique incongruencia.

Solo procedería la exención del pago de intereses en el caso de mala fe por parte de la demandada que la sentencia apelada no aprecia por lo que su estimación en la alzada supondría una "reformatio in peius" vedada por el artículo 465.5 "in fine" LEC a cuyo tenor, la resolución no podrá perjudicar al apelante, salvo que el perjuicio provenga de estimar la impugnación de la resolución de que se trate,

La modificación en este punto de la sentencia apelada no afecta a las costas de la instancia porque, como queda dicho, la petición que nos ocupa no se dedujo en la instancia, y porque nos encontraríamos en todo caso ante un supuesto de "estimación sustancial" de la demanda no excluyente de la condena en costas. No ha lugar, sin embargo, a efectuar expresa imposición respecto a las devengadas en la alzada dada la estimación parcial del recurso (artículo 398 LEC), pronunciamiento que conlleva la devolución del depósito constituido para apelar (disposición adicional 15ª LOPJ).

Por lo expuesto la Sección Primera de la Audiencia Provincial pronuncia el siguiente

FALLO:

Se estima en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de NCG Banco SA contra la sentencia, de fecha 26 de febrero de 2014, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número 3 de Ourense en Juicio Ordinario n.º 835/13, Rollo de Apelación núm. 258/14, resolución que se modifica en el único sentido de que habrán de deducirse de la cantidad cuyo pago se impone a la demandada los intereses de los rendimientos obtenidos con las obligaciones subordinadas desde la fecha de su percepción.

No se hace expresa imposición de costas de la alzada

Se decreta la devolución del depósito constituido para recurrir.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas optar, en su caso, por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal y casación por interés casacional, dentro de los veinte días siguientes al de su notificación ante esta Audiencia Provincial.

Así por esta nuestra sentencia, de la que en unión a los autos originales se remitirá certificación al Juzgado de procedencia para su ejecución y demás efectos, juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.