



Roj: **STS 3541/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3541**

Id Cendoj: **28079110012017100526**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/10/2017**

Nº de Recurso: **1985/2015**

Nº de Resolución: **561/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 16 de octubre de 2017

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por D. Juan Enrique , representado por la procuradora D.ª Cayetana de Zulueta Luchsinger bajo la dirección letrada de D. Miguel Durán Campos, contra la sentencia dictada el 23 de abril de 2015 por la sección 19.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º 199/2015 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 1459/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 67 de Madrid, sobre nulidad de contratos. Ha sido parte recurrida Bankia S.A. y Caja Madrid Finance Preferred S.A., representadas por el procurador D. Francisco José Abajo Abril y bajo la dirección letrada de D. Pablo Muñoz Rodríguez.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª M.ª Angeles Parra Lucan

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

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

1.- D. Juan Enrique , interpuso demanda de juicio ordinario contra la entidad Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, ahora Bankia S.A. y contra la entidad Caja Madrid Finance Preferred S.A. en la que solicitaba se dicte sentencia por la que se acuerde:

«1.- Declarar la nulidad, como consecuencia de vicio en el consentimiento causado por dolo, de la orden de suscripción por canje de participaciones preferentes Caja Madrid 2009 de fecha 22 de mayo de 2009, por importe de 120.200 euros, así como de las orden de suscripción de Obligaciones Subordinadas Caja Madrid 2010-1 de fecha 5 de mayo de 2010, por importe de 120.000 euros, así como de los contratos de compraventa o adquisición de participaciones preferentes Caja Madrid 2009 y obligaciones subordinadas Caja Madrid 2010-1 a ellas vinculados, por importe total de 240.200 euros, y de cualquier documento contractual relacionado con las mencionadas participaciones preferentes y obligaciones subordinadas, de los contratos de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas, de las libretas relacionadas con las mismas, así como de los contratos de depósito o administración de valores y servicios de inversión también a ellas vinculados y, en su caso, suscritos por mi representado y su difunta esposa; condenando a las entidades demandadas a estar y pasar por dicha declaración y, asimismo, como consecuencia que la nulidad que a tal efecto se declare, se condene a las entidades financieras demandadas, por efecto legal inherente a la declaración de nulidad, a pagar o restituir a la parte actora y legítimos herederos de la Sra. Mariana el importe de 240.200 euros, consistente en el precio, importe de adquisición o cantidad invertida, con devolución por la parte actora de las acciones producto del canje obligatorio; y condenando a las entidades demandadas al pago de los intereses legales, desde la fecha en que se materializó la inversión en dichas participaciones preferentes y obligaciones subordinadas hasta el momento en que se efectúe la devolución o restitución, minorando dicha cantidad en la suma en que se cifren los intereses trimestralmente que fueron liquidados al Sr. Juan Enrique y su difunta esposa. De forma subsidiaria, respecto de la pretensión relativa a los intereses, además del reintegro de las sumas invertidas, se condene a la parte demandada al pago de los intereses legales desde



la fecha del requerimiento o interpelación extrajudicial efectuada por la parte actora o, subsidiariamente, desde la interposición de la demanda quedando en poder de la parte actora los devengados y satisfechos hasta la fecha por las demandadas.

»2.- Subsidiariamente, declarar la nulidad, como consecuencia de vicio en el consentimiento causado por error, de la orden de suscripción por canje de participaciones preferentes Caja Madrid 2009 de fecha 22 de mayo de 2009, por importe de 120.200 euros, así como de la orden de suscripción de Obligaciones Subordinadas Caja Madrid 2010-1 de fecha 5 de mayo de 2010, por importe de 120.000 euros, así como de los contratos de compraventa o adquisición de participaciones preferentes Caja Madrid 2009 y obligaciones subordinadas Caja Madrid 2010-1 a ellas vinculados, por importe total de 240.200 euros, y de cualquier documento contractual relacionado con las mencionadas participaciones preferentes y obligaciones subordinadas, de los contratos de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas, de las libretas relacionadas con las mismas, así como de los contratos de depósito o administración de valores y servicios de inversión también a ellas vinculados y, en su caso, suscritos por el Sr. Juan Enrique y su difunta esposa; condenando a las entidades demandadas a estar y pasar por dicha declaración y, asimismo, como consecuencia que la nulidad que a tal efecto se declare, se condene a las entidades financieras demandadas, por efecto legal inherente a la declaración de nulidad, a pagar o restituir a la parte actora y legítimos herederos de la Sra. Mariana el importe de 240.200 euros, consistente en el precio, importe de adquisición o cantidad invertida, con devolución por la parte actora las acciones producto del canje obligatorio; y condenando a las entidades demandadas al pago de los intereses legales, desde la fecha en que se materializó la inversión en dichas participaciones preferentes y obligaciones subordinadas hasta el momento en que se efectúe la devolución o restitución, minorando dicha cantidad en la suma en que se cifren los intereses trimestralmente que fueron liquidados al Sr. Juan Enrique y su difunta esposa. De forma subsidiaria, respecto de la pretensión relativa a los intereses, además del reintegro de las sumas invertidas, se condene a la parte demandada al pago de los intereses legales desde la fecha del requerimiento o interpelación extrajudicial efectuada por la parte actora o, subsidiariamente, desde la interposición de la demanda quedando en poder de la parte actora los devengados y satisfechos hasta la fecha por las demandadas.

»3.- De forma subsidiaria, para el improbable e hipotético supuesto de que no sean estimadas las anteriores pretensiones, que se declaren resueltas, la orden de suscripción por canje de participaciones preferentes Caja Madrid 2009 de fecha 22 de mayo de 2009, por importe de 120.200 euros, de la orden de suscripción de Obligaciones Subordinadas Caja Madrid 2010-1 de fecha 5 de mayo de 2010, por importe de 120.000 euros, así como de los contratos de compraventa o adquisición de participaciones preferentes Caja Madrid 2009 y obligaciones subordinadas Caja Madrid 2010-1 a ellas vinculados, por importe total de 240.200 euros, y cualquier documento contractual relacionado con las mencionadas participaciones preferentes y obligaciones subordinadas, resueltos los contratos de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas, las libretas relacionadas con las mismas, así como resueltos los contratos de depósito o administración de valores y servicios de inversión también a ellas vinculados y, en su caso, suscritos por el Sr. Juan Enrique y su difunta esposa, por incumplimiento de la obligación de información, diligencia y lealtad en la comercialización de las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas a al Sr. Juan Enrique y su difunta esposa, tanto en la fase precontractual como con posterioridad, así como por los incumplimientos descritos en la presente demanda y de la normativa aplicable, condenando a las entidades financieras demandadas a la indemnización de los daños y perjuicios causados a la actora y, en consecuencia, se condene a las demandadas al pago y devolución de las cantidades invertidas por el Sr. Juan Enrique y su difunta esposa que ascienden al importe de 240.200 euros, así como más los intereses legales a aplicar a dicho importe, desde la fecha en que se materializó la inversión en dichas participaciones preferentes y obligaciones subordinadas hasta el momento en que se efectúe la devolución, minorados en la suma en que se cifren los intereses que fueron trimestralmente liquidados al Sr. Juan Enrique y su difunta esposa desde la firma de las órdenes de suscripción; procediendo la parte actora a la puesta a disposición de dichas entidades las acciones producto del canje obligatorio, con todo lo demás que proceda en Derecho. De forma subsidiaria, respecto de la pretensión relativa a los intereses, además del reintegro o devolución a la parte actora y legítimos herederos de la Sra. Mariana de las sumas invertidas, se condene a la parte demandada al pago de los intereses legales desde la fecha del requerimiento o interpelación extrajudicial efectuada por la parte actora o, subsidiariamente, desde la interposición de la demanda quedando en poder de la parte actora los devengados y satisfechos hasta la fecha por las demandadas.

»4.- Que se impongan, en todo caso, las costas del presente procedimiento a las entidades financieras demandadas».

2.- La demanda fue presentada el 15 de noviembre de 2013 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 67 de Madrid y fue registrada con el n.º 1459/2013. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de las partes demandadas.



**3.-** Caja Madrid Finance Preferred S.A. y Bankia S.A., contestaron a la demanda mediante escritos en los que solicitaban la desestimación íntegra de la demanda con expresa condena en costas a la parte demandante.

**4.-** Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 67 dictó sentencia n.º 215/2014 de fecha 4 de noviembre, con el siguiente fallo:

«Que estimando la demanda interpuesta por D. Juan Enrique, contra Bankia S.A., debo:

»1.- Declarar la nulidad del contrato de orden de suscripción por canje de participaciones preferentes de 22 de mayo de 2009, por importe de 120.000 euros, así como la orden de suscripción de obligaciones subordinadas de 5 de mayo de 2010 por valor de 120.000 euros, por error en el consentimiento.

»2.- Condenar a la demandada a la restitución al demandante de la suma de doscientos ocho mil, veinticuatro euros, con setenta y ocho céntimos (208.024,78 euros), cantidad que devengará el interés legal correspondiente desde la reclamación previa efectuada el 1 de octubre de 2012, hasta su completo pago.

»3.- Declarar a su vez que la titularidad de todos los títulos (las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas, o en su caso, las acciones derivadas del Canje obligatorio acordado por la Comisión Rectora del FROB), pase a la entidad demandada, una vez restituido el importe de las cantidades que se vea obligada a pagar la misma.

»Se hace expresa imposición a la parte demandada de las costas causadas a la demandante».

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

**1.-** La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones respectivas de D. Juan Enrique y de Bankia S.A.

**2.-** La resolución de estos recursos correspondió a la sección 19.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el n.º de rollo 199/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 23 de abril de 2015, cuyo fallo dispone:

«1.º) Desestimar el respectivo recurso de apelación interpuesto por cada representación procesal de D. Juan Enrique, y de la entidad "Bankia, SA", contra la sentencia n.º 215/2014, de 4 de noviembre de 2014 del Juzgado de 1.ª instancia n.º 67 de Madrid, dictada en el procedimiento ordinario 1459/2013, de que dimana el presente rollo de sala; y en su virtud,

»2.º) Confirmar los pronunciamientos que la resolución impugnada contiene.

»3.º) Se imponen a cada apelante las respectivas costas procesales devengadas en esta alzada, con pérdida del depósito para recurrir de cada uno».

**TERCERO.-** *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.*

**1.-** D. Juan Enrique, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue el siguiente:

«Al amparo del artículo 469.1.2.º de la LEC: Vulneración de las reglas de la lógica y la razón ( artículo 218.2 LEC )».

El motivo del recurso de casación fue:

«Al amparo del art. 477.2.3.º de la LEC y art. 477.3 de la LEC por infracción del artículo 1.303 del Código Civil, contraviendo la sentencia recurrida y oponiéndose a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo interpretativa de dichos artículos».

**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 en esta sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 28 de junio de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de D. Juan Enrique contra la sentencia dictada con fecha 23 de abril de 2015, por la Audiencia Provincial de Madrid, sección 19.ª, en el rollo de apelación n.º 199/2015, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 1459/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 67 de Madrid».

**3.-** Transcurrido el plazo concedido a las partes recurridas para que formalizaran su oposición a la admisión del recurso de casación, sin haberlo hecho, quedó el presente recurso de casación pendiente de vista o votación y fallo.



4.- Por providencia de 15 de septiembre de 2017 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 11 de octubre de 2017, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Los presentes recursos de infracción procesal y casación se interponen en un litigio en el que se declara la nulidad del contrato de orden de suscripción por canje de participaciones preferentes de 22 de mayo de 2009, por importe de 120.200 euros, así como la orden de suscripción de obligaciones subordinadas de 5 de mayo de 2010 por valor de 120.000 euros, por error en el consentimiento.

Los recursos tienen por objeto exclusivamente la precisión del alcance de la restitución. Los interpone el demandante que ha visto estimada su demanda pero que discrepa del criterio seguido en la instancia a la hora de fijar los efectos de la nulidad por aplicación del art. 1303 CC. Alega el demandante ahora recurrente que, en lugar de aplicar los intereses legales desde la fecha de la inversión y aplicándolos sobre el importe invertido, esto es, 240.200 euros, la sentencia de instancia, confirmada por la ahora recurrida, y motivando su decisión de manera defectuosa, aplica los intereses legales desde la interpelación extrajudicial efectuada el día 1 de octubre de 2012 y lo hace sobre la base de 208.024,78 euros, esto es, una vez descontados los 32.175,22 euros que percibió el demandante como remuneración por dicha inversión.

En lo que interesa para la resolución del recurso, los hechos más relevantes para entender las cuestiones sometidas a esta sala, tal como han sido fijados en la instancia, son los siguientes:

1.- D. Juan Enrique interpone demanda contra Bankia S.A. en la que solicita la declaración de nulidad y, subsidiariamente su resolución por incumplimiento, de los contratos de depósito y administración de valores, del contrato de prestación de servicios de inversión y las órdenes de suscripción por canje, de los contratos de suscripción por canje y suscripción de participaciones preferentes y deuda subordinada.

Solicitaba como consecuencia de los citados pronunciamientos, la condena de la demandada a:

«restituir a la parte actora y legítimos herederos de la Sra. Mariana el importe de 240.200 euros, consistente en el precio, importe de adquisición o cantidad invertida, con devolución por la parte actora de las acciones producto del canje obligatorio; y condenando a las entidades demandadas al pago de los intereses legales, desde la fecha en que se materializó la inversión en dichas participaciones preferentes y obligaciones subordinadas hasta el momento en que se efectúe la devolución o restitución, minorando dicha cantidad en la suma en que se cifren los intereses trimestralmente que fueron liquidados al Sr. Juan Enrique y su difunta esposa. De forma subsidiaria, respecto de la pretensión relativa a los intereses, además del reintegro de las sumas invertidas, se condene a la parte demandada al pago de los intereses legales desde la fecha del requerimiento o interpelación extrajudicial efectuada por la parte actora o, subsidiariamente, desde la interposición de la demanda quedando en poder de la parte actora los devengados y satisfechos hasta la fecha por las demandadas».

2.- La sentencia de primera instancia declaró la nulidad de los contratos por entender que concurría error esencial y excusable como vicio del consentimiento y condenó a la demandada a la restitución al demandante «de la suma de doscientos ocho mil, veinticuatro euros, con setenta y ocho céntimos (208.024,78 euros), cantidad que devengará el interés legal correspondiente desde la reclamación previa efectuada el 1 de octubre de 2012, hasta su completo pago».

Igualmente declaró «que la titularidad de todos los títulos (las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas, o en su caso, las acciones derivadas del Canje obligatorio acordado por la Comisión Rectora del FROB), pase a la entidad demandada, una vez restituido el importe de las cantidades que se vea obligada a pagar la misma».

Por lo que se refiere a la restitución de las prestaciones el razonamiento de la sentencia fue el siguiente:

«Los efectos de la nulidad que se declara se establecen en el artículo 1303 del Código Civil, que impone que deben restituirse recíprocamente las cosas del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses. En consecuencia, se intenta que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador.

»Es por ello obligación de la parte demandada la devolución del principal invertido, previo reintegro por la actora de los importes abonados como intereses durante el periodo de vigencia de las obligaciones.

»De acuerdo con lo indicado, el actor ha invertido en la suscripción de participaciones preferentes 120.200 euros y otros 120.000 en obligaciones subordinadas, lo que asciende a la suma global de 240.200 euros.



»Por lo que deberán descontarse los intereses brutos percibidos sobre la citada cantidad al tratarse de la cantidad realmente entregada, teniendo en cuenta que la retención fiscal no es más que la cantidad abonada a la Hacienda Pública en cumplimiento de su obligación fiscal de retención de rendimientos de valores, siendo recogida por la demandante en sus correspondientes declaraciones fiscales. Intereses concretados en la suma de 23.167 euros en el caso de las participaciones preferentes (documento 8 de la contestación), y otros 9.008'22 euros por las obligaciones subordinadas (documento 9 de la contestación).

»La cantidad resultante de doscientos ocho mil, veinticuatro euros, con setenta y ocho céntimos (208.024'78 euros), devengará el interés legal desde la reclamación previa efectuada el 1 de octubre de 2012 (documento 10 de la demanda), tratándose de una cantidad líquida, vencida y exigible ( artículo 1100, 1101 y 1108 del Código Civil ). Indicar que no se calculan los intereses desde la fecha de las distintas órdenes de suscripción precisamente al ser precisa la compensación entre las cantidades percibidas por una y otra parte, ya que en otro caso también tendrían que imponerse los intereses en relación con los rendimientos obtenidos por las citadas participaciones».

Se impusieron las costas expresamente a la demandada.

**2.- Interponen recurso de apelación ambas partes.**

El recurso de Bankia (que, en esencia, alega caducidad de la acción y existencia de información) es desestimado por la Audiencia.

Por lo que importa ahora, el demandante denuncia en su recurso de apelación «error en la interpretación de las consecuencias de la nulidad contractual» que basa en las siguientes alegaciones:

«Segundo.- Error en la interpretación de las consecuencias de la nulidad contractual.- A juicio de esta parte, la sentencia recurrida incurre en su fallo en un error en la interpretación de la consecuencia de la nulidad contractual pretendida, dicho sea con los debidos respetos y en estrictos términos de defensa.

»En el fallo de la citada sentencia, aquí impugnada, se establece el pronunciamiento consistente en declarar la nulidad contractual pero, pese a acordarse la restitución de las respectivas prestaciones de las partes en el contrato, respecto de los intereses se dispone que el interés legal se aplicará desde la reclamación extrajudicial.

»Esta parte sostiene que la declaración de nulidad conlleva la restitución de la situación al estado en que se encontraba con anterioridad a la celebración del contrato, en aplicación del artículo 1303 del Código Civil, con fundamento en la nulidad declarada (así lo recoge, entre otras, la sentencia de la Audiencia Provincial de Gijón, Sección 7, de 5 de marzo de 2014 (número de recurso 425/2013), al declarar que "la consecuencia obligada de la nulidad que aquí se declara no es otra que la restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con sus intereses ( artículo 1303 del Código Civil ). Lo que se trata, en definitiva, es de conseguir que las partes afectadas por la nulidad vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador..."».

En su recurso de apelación solicitaba que, si no se le abonaban los intereses desde la fecha de adquisición de los productos y sobre el total del capital, se revocara la sentencia en el sentido de que no se le impusiera la restitución de las remuneraciones percibidas.

La entidad demanda, que en su contestación no formuló ninguna objeción al modo en que la demandada interesaba el pago de intereses para el caso de una eventual declaración de nulidad, se opuso al recurso de apelación de la actora con las siguientes manifestaciones:

«Primera.- De la conformidad con la interpretación del juez de instancia. El artículo 1108 del Código Civil recoge una norma dispositiva, es decir, las partes pueden acogerse a lo dispuesto en la Ley o pueden pactar un modo distinto de indemnización para aquellos casos en los que exista una obligación consistente en el pago de una cantidad de dinero.

»En este supuesto, no se ha estipulado entre Bankia, S.A., Caja Madrid Finance Preferred, S.A. y don Juan Enrique, en el momento de la formalización del contrato de participaciones preferentes, el pago de intereses. Por tanto, si no hay pacto en contrario, la indemnización consistirá en el abono del interés legal del dinero tal como dispone el Código Civil.

»La norma general de los artículos 1100 y 1101 del Código Civil contempla que el devengo de los intereses legales, a falta de pacto, solo puede ser desde la reclamación judicial o extrajudicial por ser ese momento en el que se constituye la mora.

»En el caso objeto de autos no consta que se hubiese efectuado una reclamación extrajudicial con carácter previo al inicio del presente procedimiento por lo que únicamente se puede solicitar el devengo de intereses



legales desde el momento en el que se efectúa la reclamación previa, es decir, desde el día 1 de octubre de 2012 tal y como reza la sentencia dictada por el Juzgado de Instancia.

»Por todo lo anteriormente expuesto, esta parte presta conformidad con lo dispuesto en la sentencia de Instancia que dispone que como consecuencia de la nulidad se procederá "a la restitución al demandante de la suma de 208.024,78 euros, cantidad que devengará el interés legal correspondiente desde la reclamación previa efectuada el 1 de octubre de 2012, hasta su completo pago".

»Segunda.- De la no infracción del artículo 1303 del Código Civil . Siguiendo lo dispuesto por el Tribunal Supremo en su sentencia 118/2013 de 13 de marzo , se han de limitar los efectos de la nulidad ya que "[l]a *restitutio* no opera con un automatismo absoluto, ya que el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra y ésta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad". En este sentido, no cabe duda de que no se ha infringido el precepto mencionado en el escrito de apelación ya que según nuestro Alto Tribunal la restitución no implica que se devenguen intereses desde la fecha de contratación sino que habrá que atender a lo dispuesto legalmente que, a falta de pacto, será el interés legal desde el momento en el que se interpuso la demanda».

**3.-** La sentencia de la Audiencia desestima el recurso de apelación del demandante y confirma la sentencia de primera instancia en todos sus pronunciamientos. Su razonamiento, por lo que se refiere a los efectos de la restitución, es el siguiente:

«No puede prosperar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la parte demandante, porque lo que se pretende en el mismo es que la restitución de los rendimientos a la parte demandada no conlleve los intereses legales. Se solicita por el actor, que le sean pagados los intereses legales desde la fecha de adquisición de los productos contratados, y hasta que se efectúe la restitución del importe invertido, en otro caso, procedería la revocación de la sentencia apelada para que no se restituyesen por el actor los intereses percibidos por él, en concepto de remuneración. La justa reciprocidad de contraprestaciones del artículo 1303 del CC exige que la compensación de intereses legales devengados sea completa y resulten reintegrados por cada parte a la contraria. Así se explica en el penúltimo fundamento jurídico de la sentencia recurrida, por lo que su razonamiento equilibrador de contraprestaciones económicas está ajustado a Derecho y debe ser confirmado.

»En consecuencia, fue acertada la estimación de la demanda, en la medida en que la anulación de cada orden de suscripción del producto litigioso comporta ineludiblemente la necesidad de que ambas partes se restituyan las respectivas prestaciones, de modo que si bien la parte demandada ha de restituir el principal invertido, incrementado con los intereses legales desde la interpelación judicial, la parte demandante ha de reembolsar a su vez a la demandada la totalidad de los rendimientos percibidos con las participaciones preferentes y las obligaciones subordinadas desde la adquisición de la emisión de 2009, con sus intereses legales».

A cada apelante se le impusieron las respectivas costas devengadas en la alzada.

**4.-** Contra la sentencia de la Audiencia interpone el demandante recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación en el que solicita que, con estimación de sus recursos, esta sala dicte sentencia por la que se estime su recurso de apelación, se estime la demanda y:

«a tal efecto, previa confirmación del apartado 1 relativo a la declaración de nulidad contractual, así como del contenido del apartado 3 del fallo de la sentencia de primera instancia (incluida la condena en costas que contiene), se revoque el apartado 2 de la citada sentencia de primera instancia y, en su lugar, se acuerde condenar a las demandadas a devolver a mi representado el capital invertido y, asimismo, a pagar el interés legal sobre los importes invertidos desde la fecha en que fueron realizadas dichas inversiones y hasta que efectúen las demandadas la devolución del capital, procediendo mi representado a devolver las remuneraciones percibidas derivadas de los citados productos , confirmando la sentencia en el resto de sus pronunciamientos, sin imposición a esta parte actora de las costas del recurso de apelación que interpuso contra la sentencia de primera instancia».

No comparece la parte recurrida para formular oposición.

#### **Recurso extraordinario por infracción procesal.**

**SEGUNDO.-** El recurso se funda en un único motivo que literalmente dice: «Al amparo del art. 469.1.2° de la LEC : Vulneración de las reglas de la lógica y la razón ( art. 218.2 de la LEC )».

En el desarrollo del motivo expone que la sentencia recurrida desestima su pretensión de pago de intereses desde la fecha de las respectivas inversiones y sobre el importe invertido y concede los intereses desde la



fecha de la reclamación extrajudicial y sobre la inversión menos los rendimientos percibidos lo que supondría una infracción del art. 1303 y un enriquecimiento injusto para la entidad. Entiende que al no haber valorado la prueba obrante en autos ni la normativa de aplicación, la sentencia vulnera las reglas de la lógica y la razón invocadas por el art. 218.2 LEC e incurre en incongruencia omisiva con infracción del art. 24 CE .

**TERCERO.-** El motivo debe ser desestimado porque las cuestiones que plantea no son procesales sino que corresponden a la interpretación y aplicación de las normas sustantivas, en particular, de los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad de un contrato de conformidad con lo dispuesto en el art. 1303 CC , cuya infracción denuncia en este motivo y con idénticos razonamientos y argumentos que se sostienen en el recurso de casación.

En el presente caso no hay falta de motivación y otra cosa es que la parte recurrente la considere desacertada. La sentencia recurrida motiva suficientemente su decisión y exterioriza las razones que le llevan al fallo desestimatorio de la apelación del demandante ahora recurrente, por lo que el recurrente lo que está impugnando son las conclusiones obtenidas por la sentencia. La Audiencia, en particular, confirma el criterio del Juzgado, que contenía un razonamiento sobre los motivos de la decisión, y añade razones para descartar la interpretación que el demandante recurrente hace del art. 1303 CC porque considera que daría lugar a que él no devolviera los intereses de las cantidades percibidas en concepto de remuneración, lo que a juicio de la Audiencia es contrario a la exigencia de recíproca restitución que exige el precepto citado.

Por otra parte, contra lo que sostiene el recurrente, la no concesión de los intereses sobre el total de la cantidad invertida y su cálculo desde la reclamación extrajudicial no supone incongruencia omisiva de la sentencia, porque no es que la sentencia omita pronunciarse sobre una pretensión de la demanda sino que, pronunciándose sobre ella, no resuelve con el contenido y alcance que pretendía el demandante. Se trata, en definitiva, de cuestión que pertenece al ámbito sustantivo del litigio.

#### **Recurso de casación.**

**CUARTO.-** El recurso se funda en un único motivo que literalmente dice: «Al amparo del art. 477.2.3º de la LEC y art. 477.3 de la LEC por infracción del art. 1303 del Código Civil , contraviniendo la sentencia recurrida y oponiéndose a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo interpretativa de dichos artículos».

En el desarrollo del motivo argumenta que la sentencia recurrida infringe la doctrina de la sala sobre esta materia, pues la Audiencia Provincial ha considerado que no procede aplicar los intereses legales desde la fecha de la inversión y, asimismo, ha considerado que la base de cálculo de los intereses legales ha de ser el principal invertido menos las remuneraciones percibidas en virtud de dichos productos. Lo que pretende el recurrente es que se case la sentencia recurrida y se condene a las demandadas a devolverle el capital invertido y el interés legal de esa cantidad desde la fecha en que fueron realizadas las inversiones y hasta que se efectúe la devolución del capital, procediendo por su parte a devolver las remuneraciones percibidas derivadas de los citados productos.

En el desarrollo del motivo argumenta que la sentencia recurrida es contraria a la doctrina de esta sala contenida en la sentencia 259/2009, de 15 de abril y que existen sentencias de diferentes Audiencias Provinciales, incluida la propia sección 19 de la de Madrid, de donde procede la recurrida, que resuelven en sentido contrario.

**QUINTO.-** Por las razones que se exponen a continuación, el recurso se estima parcialmente.

1.- Aunque la técnica de identificación del interés casacional del recurso, al que la entidad demandada recurrida no se ha opuesto, no es muy acertada, la sala considera que está justificado el interés casacional del recurso en cuanto a la contradicción de la sentencia recurrida con la jurisprudencia de esta sala sobre los efectos de la restitución derivada de la nulidad conforme a lo dispuesto en el art. 1303 CC .

El recurrente solo cita una sentencia de esta sala, la 259/2009, de 15 de abril que, aunque alcanza una solución coherente con la restitución derivada de la nulidad, no tiene por objeto de análisis ni de resolución el momento a partir del cual se devengan los intereses del precio que debe restituirse ni cómo deben compensarse las prestaciones recíprocas que deben restituirse, que es en realidad la cuestión jurídica que se plantea en el actual litigio. En el caso, se analizó si, aplicando el régimen de la restitución recíproca que dispone el art. 1303 CC , resultaba procedente estimar la petición del comprador de una venta anulada por error que solicitaba que los vendedores le pagasen el valor actual de mercado de los inmuebles comprados y que él debía restituirles. Se consideró que no y se declaró que, si de lo que trata es de reponer a los contratantes al estado patrimonial que tenían antes de contratar, la restitución debe cifrarse en reintegrar a los compradores el precio pagado con sus intereses.



Por otra parte, además de que no se aportan sentencias que acrediten la existencia de contradicción entre las Audiencias Provinciales, sino sentencias que resuelven de modo diferente a como lo hace la recurrida, la supuesta contradicción es irrelevante para justificar el interés casacional cuando existe, como sucede en el caso, jurisprudencia de esta sala sobre el problema jurídico planteado.

En efecto, esta sala se ha pronunciado sobre los efectos de la restitución en el ámbito de la nulidad de los contratos de compra de participaciones preferentes, en la línea de la doctrina jurisprudencial sobre los efectos de la nulidad contractual que establece el art. 1303 CC y es a esta jurisprudencia a la que debe estarse para apreciar la existencia de interés casacional.

**2.-** Establece el art. 1303 CC 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 que se dispone en los artículos siguientes».

A efectos de resolver el presente recurso conviene clarificar lo que son los pilares básicos en materia de restitución derivada de la nulidad contractual en el art. 1303 CC, plenamente aplicables a la nulidad de los contratos de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas:

A) La nulidad produce efectos retroactivos como si el contrato no se hubiera celebrado nunca y, puesto que lo entregado en cumplimiento de un contrato nulo o anulado carece de causa, la ley ordena la restitución recíproca de lo entregado por cada una de las partes.

B) La obligación legal de restituir que impone el art. 1303 CC se dirige a reponer la situación anterior a la celebración del contrato nulo, por lo que las partes deben restituirse lo recibido (las cosas que hubiesen sido materia del contrato y el precio) con sus rendimientos (los frutos de las cosas, los intereses del dinero).

C) La restitución es recíproca y las partes deben restituirse las cosas que hubieran sido objeto del contrato: de una parte, el cliente puede exigir la devolución del capital invertido y a cambio debe restituir los títulos (las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas que fueron objeto del contrato o, en su caso, las acciones derivadas del canje obligatorio acordado por la comisión rectora del FROB).

D) El incremento del capital invertido por la suma de los intereses se explica porque el paso del tiempo desde que se entregó ha supuesto una pérdida de valor para quien pagó. Por ello los intereses deben calcularse desde el momento en que se hizo el pago que se restituye, es decir, desde que el cliente hizo la entrega del dinero.

La situación no es equiparable al pago de intereses de demora que procede en caso de incumplimiento de la obligación de entrega de una cantidad de dinero, que tienen un carácter indemnizatorio y se deben desde que se reclaman ( art. 1108 CC ).

Así lo dijimos en la sentencia 270/2017, de 4 de mayo, aplicando a un caso de nulidad de la orden de suscripción por canje de unas participaciones preferentes al apreciar error del ordenante, la doctrina fijada en la sentencia 910/1996, de 12 de noviembre y reiterada en sentencia 81/2003, de 11 de febrero.

E) Declarada la nulidad del contrato, carecen igualmente de causa los abonos de rendimientos efectuados por la entidad al cliente. En consecuencia, por aplicación de las reglas anteriores, el cliente debe restituirlos y debe abonar también los intereses legales sobre dichos rendimientos desde cada una de las liquidaciones.

Si la pérdida de valor por el paso del tiempo es la razón que justifica que el capital invertido deba incrementarse con los intereses legales desde el momento en que se entregó el dinero a la entidad, la misma razón juega para concluir que la entidad puede recuperar los rendimientos abonados al cliente incrementados por los intereses legales desde el momento que los percibió. No se trata de que el cliente pague interés del interés vencido (que, en tal caso, se debería desde que fuera reclamado, cfr. art. 1109 CC) sino de que los abonos efectuados por el banco carecen de causa y, dada la eficacia «ex tunc» de la nulidad, la restitución es debida por el cliente desde que los percibió.

Así lo dijimos en la sentencia 716/2016, de 30 de noviembre, que declaró la obligación de los demandantes que instaron la nulidad de unos contratos de adquisición de preferentes a restituir a la entidad financiera las cantidades percibidas como rendimientos con el interés legal generado desde su cobro.

F) Las obligaciones de restitución recíproca de ambas partes, una vez calculadas conforme a las reglas precedentes, se compensan hasta la cantidad concurrente.

**3.-** En su demanda, el actor solicitó que se condenara a la demandada a la restitución del importe de 240.200 euros invertidos más «los intereses legales, desde la fecha en que se materializó la inversión en dichas participaciones preferentes y obligaciones subordinadas hasta el momento en que se efectúe la devolución o restitución, minorando dicha cantidad en la suma en que se cifren los intereses trimestralmente que fueron liquidados al Sr. Juan Enrique y su difunta esposa».



La sentencia recurrida confirmó el criterio de la de primera instancia, que condenó a la demandada a la restitución «de la suma de doscientos ocho mil, veinticuatro euros, con setenta y ocho céntimos (208.024'78 euros), cantidad que devengará el interés legal correspondiente desde la reclamación previa efectuada el 1 de octubre de 2012, hasta su completo pago».

Es decir, la sentencia recurrida entiende que la entidad financiera debe restituir, no el capital invertido en su integridad, sino la cantidad que resulta de descontar de la inversión los rendimientos percibidos por el cliente. Además, considera que esa cantidad debe incrementarse con los intereses calculados desde la fecha en que el cliente llevó a cabo su reclamación.

Puesto que los intereses deben calcularse, no desde la fecha de su reclamación, sino desde que se efectúa el pago restitutorio, ese momento es diferente para cada una de las sumas que deben restituirse las partes. En consecuencia, aplicar primero como hace la Audiencia Provincial la compensación entre las cantidades invertidas y los rendimientos percibidos por el cliente y aplicar después a ese resultado el interés legal desde la fecha de la reclamación supone una aplicación incorrecta del art. 1303 CC .

**4.-** Por lo dicho, la sentencia recurrida aplica incorrectamente el art. 1303 CC , cuyas consecuencias restitutorias deben ser interpretadas conforme a los criterios que hemos expuesto con anterioridad en esta sentencia. En consecuencia, el recurso de casación debe ser estimado y, asumiendo la instancia, estimamos el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, pero solo de modo parcial, por lo que ahora se dirá.

Aplicando la doctrina jurisprudencial sobre restitución íntegra y recíproca como consecuencia de la nulidad, lo que procede es que la entidad demandada devuelva al cliente el capital invertido en su integridad con los intereses legales correspondientes desde que le entregó el capital invertido. Por su parte, la parte demandante debe restituir las cantidades que percibió como rendimientos más el interés legal devengado desde que se le abonaron cada una de las liquidaciones.

Con ello, por tanto, no estamos aceptando en su integridad el argumento de la demandante ahora recurrente, porque no solo pretende que se le devuelva íntegramente el capital invertido y desde la fecha en que realizó la inversión, sino que además pretende por su parte abonar (además de las acciones que recibió en virtud del canje obligatorio, lo que ahora no se discute) las remuneraciones percibidas pero sin abonar intereses legales lo que, como ha quedado expuesto, no se considera correcto.

**SEXTO.-** La desestimación del recurso de infracción procesal y la estimación parcial del recurso de casación y del recurso de apelación interpuesto en su día por la parte demandante determina que, conforme a los arts. 394.1 y 398.1 LEC , se le impongan las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y no se impongan a ninguna de las partes las costas del recurso de casación ni las costas del recurso de apelación interpuesto por la demandante.

De conformidad con lo dispuesto en los apartados 8 y 9 de la disp. adic. 15.ª LOPJ procede la devolución del depósito constituido para el recurso de casación y la pérdida del constituido para el recurso de infracción procesal.

## FALLO

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

**1.º-** Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por D. Juan Enrique contra la sentencia dictada con fecha 23 de abril de 2015, por la Audiencia Provincial de Madrid, sección 19.ª, en el rollo de apelación n.º 199/2015 , que anulamos parcialmente. **2.º-** Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D. Juan Enrique contra la sentencia de 4 de noviembre de 2014 dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 67 de Madrid dictada en el procedimiento ordinario n.º 1459/2013 de modo que: - Se mantiene el pronunciamiento primero de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, en cuya virtud, se estima la demanda interpuesta por D. Juan Enrique , contra Bankia S.A. y se declara la nulidad del contrato de orden de suscripción por canje de participaciones preferentes de 22 de mayo de 2009, por importe de 120.200 euros, así como la orden de suscripción de obligaciones subordinadas de 5 de mayo de 2010 por valor de 120.000 euros, por error en el consentimiento. - Se mantiene el pronunciamiento tercero de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, en cuya virtud se declara que la titularidad de todos los títulos (las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas, o en su caso, las acciones derivadas del Canje obligatorio cordado por la Comisión Rectora del FROB), pase a la entidad demandada, una vez restituido el importe de las cantidades que se vea obligada a pagar la misma. - Se anula el pronunciamiento segundo de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia y, en su lugar, se condena a Bankia S.A. a la restitución a la parte demandante de la suma de 240.200 euros con los intereses legales desde la fecha en que se materializó la inversión en las participaciones



preferentes y obligaciones subordinadas cuya contratación se declara nula. La parte demandante, a su vez, debe restituir las cantidades percibidas como rendimientos con el interés legal desde que se le abonaron cada una de las liquidaciones. **3.º**- En cuanto a las costas, se imponen al recurrente las del recurso extraordinario por infracción procesal. **4.º**- No se imponen las costas del recurso de casación ni las costas del recurso de apelación interpuesto en su día por la parte demandante. **5.º**- Procede la pérdida del depósito para interponer el recurso de infracción procesal y la devolución del constituido para interponer el recurso de casación. Líbrese a mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ