



Roj: **STS 3737/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3737**

Id Cendoj: **28079110012018100616**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/11/2018**

Nº de Recurso: **533/2016**

Nº de Resolución: **616/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP C 3591/2015,**  
**STS 3737/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 616/2018**

Fecha de sentencia: 07/11/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 533/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 24/10/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Procedencia: Audiencia Provincial de La Coruña, Sección 6.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 533/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 616/2018**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.ª M.ª Angeles Parra Lucan



En Madrid, a 7 de noviembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos contra la sentencia de fecha 11 de diciembre de 2015, dictada en recurso de apelación 162/2014, de la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de La Coruña, dimanante de autos de juicio ordinario núm. 623/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Santiago de Compostela; recursos interpuestos ante la citada Audiencia por D. Herminio , representado en las instancias por la procuradora Dña. María del Carmen Esperanza Álvarez, bajo la dirección letrada de D. Antonio García Insua, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación el procurador D. Miguel Torres Álvarez en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona la entidad Banco Santander S.A., representada por la procuradora Dña. María Isabel Torres Ruiz, bajo la dirección letrada de D. Jorge Castro Díaz.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-1.-** D. Herminio actuando en su propio nombre y en beneficio de la comunidad de bienes constituida por el mismo y por su madre Dña. Susana y sus hermanos Dña. Virginia y D. Obdulio , representado por la procuradora Dña. María del Carmen Esperanza Álvarez y dirigido por el letrado D. Antonio García Insua, interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Español de Crédito S.A. (Banesto) actualmente Banco Santander y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

"Por la cual condene a la demandada a abonar la cantidad de 11.906,31 junto con sus intereses legales desde que se le requirió extrajudicialmente para que procediese al pago y todo ello con expresa imposición de costas".

**2.-** Personada como demandada la entidad mercantil Banco Santander S.A., representada por la procuradora Dña. Rita Goimil Sánchez y bajo la dirección letrada de D. Ignacio González Pereira, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

"Por la que se desestime aquella íntegramente y se absuelva a mi representada, con imposición de las costas al demandante".

**3.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Santiago de Compostela se dictó sentencia, con fecha 24 de febrero de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo. Que estimando como estimo la demanda interpuesta por D. Herminio , actuando en su propio nombre y en beneficio de la comunidad de bienes que forma con su madre Dña. Susana y hermanos, Dña. Virginia y D. Obdulio , con procuradora Sra. Esperanza Álvarez, frente a Banco Santander S.A., con procuradora Sra. Goimil Sánchez:

"Debo declarar y declaro la nulidad del contrato de suscripción de fondo de inversión denominado Banesto Premium Europa F.I.M., celebrado entre las partes el día 25 de enero de 2001, por un nominal de 30.000.000 pts.

"Debo condenar y condeno a la demandada a reintegrar a la actora la cantidad de once mil novecientos seis con treinta y un euros (11.906,31.-€), más los intereses legales de dicha suma desde el 2 de abril de 2001, y al pago de las costas procesales".

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de La Coruña dictó sentencia, con fecha 11 de diciembre de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Se estima el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Dña. Rita Goimil Martínez en nombre y representación del Banco de Santander, S.A., contra la sentencia de fecha 24 de febrero de 2014 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Santiago de Compostela, dictada en el juicio ordinario núm. 623/2013, que se revoca, absolviendo a la demandada de las pretensiones deducidas en la demanda e imponiendo a la parte actora las costas de la primera instancia.

"Las costas del recurso no se imponen a ninguno de los litigantes".

**TERCERO.- 1.-** Por D. Herminio se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación.

El recurso extraordinario por infracción procesal basado en los siguientes motivos:



Motivo único.- Al amparo del art. 469.1.4.º de la LEC por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 de la Constitución.

El recurso de casación basado en el siguiente motivo único reseñado en tres apartados distintos:

Primero.- En base al art. 477.2 y 3 de la LEC, la doctrina jurisprudencial que se dice infringida emana de las distintas resoluciones dictadas por la Sala Primera del Tribunal Supremo en relación a la doctrina de los actos propios en relación a lo dispuesto en el art. 7.1 del CC.

Segundo.- En base al art. 477.2 y 3 de la LEC, la doctrina jurisprudencial que se dice infringida emana de distintas resoluciones dictadas por la Sala Primera del Tribunal Supremo en relación a lo dispuesto en el art. 1261 y 1301 del CC por las cuales se establece con toda claridad la nulidad de pleno derecho de un contrato por falta de elementos esenciales, concretamente su objeto, supone su inexistencia y en consecuencia la imposibilidad de producir efecto jurídico alguno con retroacción al momento del nacimiento del acto los efectos de la declaración de nulidad y sin que esté sometido a plazo alguno de caducidad o prescripción.

Tercero.- En base al art. 477.2 y 3 de la LEC, la doctrina jurisprudencial que se dice infringida emana de distintas resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo en relación a lo dispuesto en el art. 1301 del CC en relación al ejercicio de la acción de anulabilidad del contrato por vicio del consentimiento está sometida a plazo de prescripción y no de caducidad y por lo que se refiere al *dies a quo* en relación al cómputo del plazo que debe entenderse desde su consumación por aplicación del art. 1969 del CC.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 18 de abril de 2018, se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitidos los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, y evacuado el traslado conferido, la procurador Dña. María Isabel Torres Ruiz, en nombre y representación de Banco Santander S.A., presentó escrito de oposición a los mismos.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 24 de octubre de 2018, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Antecedentes.*

Los presentes recursos se interponen contra una sentencia recaída en juicio ordinario en el que la parte demandante, D. Herminio, actuando en su nombre y en beneficio de la comunidad de bienes constituida junto con su madre y hermanos, Dña. Susana, Dña. Virginia y D. Obdulio ejercita contra Banco Santander, S.A una acción de anulabilidad por vicio en el consentimiento, dolo o, subsidiariamente error, respecto de un contrato de suscripción de un fondo de inversión, celebrado el día 25 de enero de 2001, por un nominal de 30.000.000 de pesetas, indicando que restan por reintegrar por la parte demandada la cantidad de 11.906,31 euros, cantidad que reclama en el presente procedimiento.

A tales efectos señala el demandante que junto con su madre y hermanos eran titulares indistintos de un fondo cuya suscripción se realizó bajo la premisa de que se trataba de un fondo garantizado 100% y con posibilidad de rescate en cualquier momento. El origen de los fondos procedía del dinero depositado en la entidad BBVA y se trasladó a la oficina de Banesto en Santiago de Compostela. Señala igualmente que en el contrato de suscripción figuran como intervinientes el demandante junto a su madre y hermanos. Alega la existencia de error en el consentimiento por cuanto en el folleto informativo nunca se indicó la existencia de una comisión de cancelación anterior a su vencimiento, existiendo una información defectuosa que generó un error en el consentimiento de los firmantes.

La parte demandada se opuso a la demanda, alegando la falta de legitimación activa y la correcta información facilitada a la madre del demandante en el momento de suscribir el contrato.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda, condenando a la demandada a reintegrar a la demandante la cantidad de 11.906,31 euros, más los intereses legales de dicha suma desde el 2 de abril de 2001 y al pago de las costas causadas. Dicha resolución rechaza la alegada falta de legitimación activa, ya que si bien es cierto que el contrato lo suscribió únicamente Dña. Susana, en el mismo aparecen como intervinientes el demandante y sus hermanos Dña. Virginia y D. Obdulio, siendo la disponibilidad indistinta, dándose la circunstancia de que D. Obdulio era menor en el momento de la contratación por lo que cabe entender que su madre intervino en dicho contrato como representante legal. A partir de tales extremos considera acreditada la comunidad de bienes entre la madre y los hijos, no sólo por su condición de



intervinientes y ser la disponibilidad indistinta sino también porque está probado que el dinero, que se aporta al fondo, procedía de una cuenta de titularidad conjunta de madre e hijos, abierta en la entidad BBVA, del cual se transfirieron los fondos a Banesto para realizar la inversión, tal y como resulta de la prueba testifical de D. Cesar , director de la oficina de BBVA en la que tenían abierta la cuenta los demandantes. Existiendo una comunidad de bienes, uno de los comuneros puede actuar en beneficio de la comunidad sin que sea necesario litigar por todos los comuneros. A continuación, considera probada la existencia de error en el consentimiento con base en que, en el presente caso, no se cumplieron los deberes de información precontractual, entregándose únicamente un folleto informativo, como reconoce el propio director de la oficina de Banesto en prueba testifical, y en el que únicamente se destacan los aspectos positivos, pero ninguna mención se hace al riesgo de pérdida de capital ni a la comisión del 5% en caso de reintegro anticipado.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, el cual fue resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección Sexta, de fecha 11 de diciembre de 2015, la cual estimó el recurso de apelación interpuesto por la demandada, revocando la sentencia de primera instancia en el único sentido de desestimar la demanda.

En el recurso de apelación de la entidad bancaria demandada, junto a la falta de legitimación activa y la correcta información facilitada a la madre del demandante en el momento de suscribir el contrato, cuestiones que fueron alegadas en la contestación a la demanda, introduce por primera vez el alegato relativo a la caducidad de la acción.

La sentencia de la Audiencia Provincial, que ahora es objeto de recurso, señala que quien fue parte, en el contrato de suscripción del fondo de inversión, fue la madre Dña. Susana ya que fue la única que suscribió dicho fondo y quien figura en la hoja de la orden de suscripción. El demandante y sus hermanos solo figuran como intervinientes, no constando su firma ni que la madre actuara en representación de ellos. A ello se añade que las reclamaciones extrajudiciales siempre las realizó Dña. Susana . A partir de tales extremos concluye que el demandante no fue parte en el contrato, con la consecuencia de que únicamente podrá reconocerse su derecho a reclamar en el caso de que acreditase un interés legítimo o en su condición de perjudicado y tal reconocimiento podría tener lugar en el caso de que demostrase su condición de propietario del dinero invertido en el fondo litigioso. A continuación, señala que no se ha aportado prueba documental alguna que demuestre que el dinero invertido en el fondo de inversión perteneciese al demandante y sus hermanos. De hecho ese dinero procedía de una cuenta de Banesto en la que figuraba como única titular la madre. Se dice que ese dinero procedía de cuentas abiertas en el BBVA a nombre de Dña. Susana y sus hijos, pero no se aporta prueba documental alguna que justifique la cuenta de origen y quienes eran sus titulares, de la misma manera que no se ha probado que el dinero existente en esa cuenta fuera propiedad del demandante o de sus hermanos máxime cuando se da la circunstancia que uno de ellos era menor de edad. Esa falta de prueba determina la falta de legitimación activa del demandante para pedir la nulidad del contrato de suscripción del fondo de inversión y la estimación del recurso de apelación. Finalmente señala que, en cualquier caso, la acción estaría caducada.

Dicho procedimiento fue tramitado en atención a una cuantía inferior a los 600.000 euros, por lo que su acceso a la casación habrá de hacerse a través del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC.

Recurren en casación y por infracción procesal la parte demandante, D. Herminio , actuando en su nombre y en beneficio de la comunidad de bienes constituida junto con su madre y hermanos, Dña. Susana , Dña. Virginia y D. Obdulio .

El escrito de interposición en cuanto al recurso extraordinario por infracción procesal, se articula en un único motivo que, al amparo del ordinal 4.º del artículo 469.1 de la LEC, alega la infracción del artículo 24 de la CE, denunciando la existencia de error en la valoración de la prueba. En concreto, señala que la valoración de la prueba realizada por la sentencia recurrida es arbitraria e irracional en tanto que señala la falta de prueba documental sobre la propiedad del dinero que se invirtió en el fondo de inversión para justificar la falta de legitimación activa del demandante, obviando la prueba testifical de D. Cesar , director de la oficina de BBVA, en la que tenían abierta la cuenta de origen los demandantes. y que expresamente señaló que el dinero procedía de una cuenta de titularidad conjunta de madre e hijos, abierta en la entidad BBVA, de la cual se transfirieron los fondos a Banesto para realizar la inversión. Señala la recurrente que la prueba del origen del dinero no tiene por qué ser realizada únicamente por la prueba documental pudiendo ser realizada por cualquier otro medio de prueba como en esta caso ocurren con la testifical.

El escrito de interposición del recurso de casación se articula en tres motivos.

En el motivo primero, tras citar como precepto legal infringido el artículo 7 del Código Civil, se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los actos propios. A tal fin cita, como opuestas a la recurrida, las sentencias de esta sala de fechas 6 de octubre de 2006, 25 de octubre



y 28 de noviembre de 2000, 16 de junio y 21 de septiembre de 1987, 6 de junio de 1992, 9 de mayo de 2000, 27 de febrero, 16 de abril y 24 de mayo de 2001, 25 de enero de 2002, 23 de julio de 1997, 9 de julio de 1999, 28 de enero de 2000, 7 de mayo de 2001 y 25 de enero de 2002.

Argumenta la parte recurrente que, además de que es cotitular del dinero, en cualquier caso si tendría la condición de perjudicado con la consiguiente legitimación activa, toda vez que es el propio banco demandado quien le da en el contrato la condición de interviniente con la disponibilidad indistinta sobre la rentabilidad, con la consecuencia de que al alegar su falta de legitimación activa la demandada está actuando contra sus propios actos.

En el motivo segundo, tras citar como preceptos legales infringidos los artículos 1261 y 1301 del Código Civil, se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Como fundamento del interés casacional alegado se citan como opuestas a la recurrida las sentencias de esta sala de fechas 10 de noviembre de 1981, 6 de abril de 1984, 13 de mayo de 1983, 22 de noviembre de 1983, 13 de febrero de 1988, 10 de octubre de 1988, 8 de marzo de 1989, 23 de octubre de 1992, 31 de octubre de 1992, 8 de marzo de 1994, 5 de junio de 1994, 9 de mayo de 1995, 20 de octubre de 1999, 14 de marzo de 2000, 5 de junio de 2000 y 23 de octubre de 2002, las cuales afirman que la falta de ejercicio de una acción de nulidad por faltar uno de los elementos esenciales del contrato, fijados en el artículo 1261 del Código Civil, no supone una confirmación tácita, puesto que la prescripción de la acción solamente alcanza a los actos anulables.

Argumenta la parte recurrente que la sentencia recurrida yerra al afirmar que estamos ante un supuesto de anulabilidad del contrato por cuanto, en el presente caso, falta un elemento esencial por indeterminación del objeto, supuesto que es de nulidad absoluta no sujeta a prescripción ni caducidad.

Por último, en el motivo tercero, tras citar como preceptos legales infringidos los artículos 1301 y 1969 del Código Civil, se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. A tales efectos cita como opuestas a la recurrida las sentencias de esta sala de fechas 1 de febrero de 2002, 27 de febrero de 1997, 11 de junio de 2003 y 27 de febrero de 1989.

Señala la parte recurrente que si se considera que el contrato es anulable y no nulo de pleno derecho, siendo de aplicación el plazo de caducidad de cuatro años, además de que tal cuestión se introdujo por la demandada de forma sorpresiva y novedosa en el recurso de apelación, el cómputo no se realiza correctamente en tanto que debe iniciarse al momento de la consumación del mismo lo que dada la naturaleza del contrato no se produce sino desde el momento en que se proceda a devolver íntegramente el capital del fondo al estar, conforme al folleto informativo, 100% garantizado.

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

##### **SEGUNDO.-** *Motivo único.*

Motivo único.- Al amparo del art. 469.1.4.º de la LEC por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 de la Constitución.

Debe estimarse el motivo, al concurrir error notorio en la valoración de la prueba.

De la documental (fondo) y testifical del director de la oficina del BBVA se deduce que el dinero que se utilizó para constituir el fondo de inversión, procedía de una cuenta del BBVA, de la que eran titulares Dña. Susana y sus hijos, declaración imparcial y que constituye un sólido elemento probatorio, no desvirtuado por ningún otro.

El fondo fue contratado por Dña. Susana, pero aparecen como intervinientes ella y sus hijos (entre ellos el demandante) con capacidad de disposición indistinta, todos ellos. Estos datos, no valorados, acertadamente llevan a la conclusión de que el actor era cotitular del dinero integrante del fondo, y por ello concurre legitimación activa suficiente en el demandante al actuar en beneficio de la comunidad ( art. 394 C. Civil).

#### **Recurso de casación.**

##### **TERCERO.-** *Motivo único.*

Motivo único reseñado en tres apartados distintos:

Primero.- En base al art. 477.2 y 3 de la LEC, la doctrina jurisprudencial que se dice infringida emana de las distintas resoluciones dictadas por la Sala Primera del Tribunal Supremo en relación a la doctrina de los actos propios en relación a lo dispuesto en el art. 7.1 del CC.

Segundo.- En base al art. 477.2 y 3 de la LEC, la doctrina jurisprudencial que se dice infringida emana de distintas resoluciones dictadas por la Sala Primera del Tribunal Supremo en relación a lo dispuesto en el art. 1261 y 1301 del CC por las cuales se establece con toda claridad la nulidad de pleno derecho de un contrato por falta de elementos esenciales, concretamente su objeto, supone su inexistencia y en consecuencia la





imposibilidad de producir efecto jurídico alguno con retroacción al momento del nacimiento del acto los efectos de la declaración de nulidad y sin que esté sometido a plazo alguno de caducidad o prescripción.

Tercero.- En base al art. 477.2 y 3 de la LEC, la doctrina jurisprudencial que se dice infringida emana de distintas resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo en relación a lo dispuesto en el art. 1301 del CC en relación al ejercicio de la acción de anulabilidad del contrato por vicio del consentimiento está sometida a plazo de prescripción y no de caducidad y por lo que se refiere al *dies a quo* en relación al cómputo del plazo que debe entenderse desde su consumación por aplicación del art. 1969 del CC.

**CUARTO.-** *Decisión de la sala. Comisión de cancelación anticipada de fondo garantizado.*

Se estima el motivo.

De la documentación aportada no se aprecia que al contratarse el fondo de inversión se hiciese constar la existencia de una comisión de cancelación anticipada.

Por la parte demandada se alegó que la referida comisión constaba en el folleto informativo, pero no se acredita su entrega a la contratante del fondo ni la firma del correspondiente folleto informativo.

En la sentencia del juzgado se anuló el contrato al concurrir una cláusula de la que no se informó al contratante, relativa a la comisión de reintegro anticipado, lo que fue constitutivo de error excusable que recae sobre un elemento esencial del contrato ( art. 1266 del C. Civil).

Esta sala, asumiendo la instancia, al concurrir legitimación activa, ha de confirmar la sentencia del juzgado, al constatar la existencia de una comisión del 5% sobre la cantidad dispuesta en cada caso, de un fondo garantizado, lo que supuso que el banco retuviera 11.906,31 euros, al momento de la liquidación del fondo, comisión de la que no fue informado el contratante y que supuso una evidente merma de la rentabilidad que era razonable que esperase de un fondo garantizado.

Que esa comisión pueda ser habitual, en contratos como el analizado no permite concluir que en este caso particular se hubiese pactado, dado que no aparece en el contrato suscrito por las partes y sí en un folleto que no consta asumido ni conocido por la parte demandante al momento de dar la orden de contratación del fondo de inversión ( arts. 1254 a 1256 del C. Civil).

**QUINTO.-** *Caducidad de la acción.*

Esta sala no va a entrar en el análisis de la caducidad de la acción, dado que no fue objeto de planteamiento en la contestación a la demanda y se opuso de forma extemporánea en el recurso de apelación, con la consiguiente indefensión de la parte actora, que se vio impedida de practicar prueba sobre el particular. ( art. 456 de la LEC).

**SEXTO.-** *Costas.*

No procede imposición de costas de los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, con devolución de los depósitos constituidos ( arts. 394 y 398 LEC) .

Se imponen a la demandada las costas de la apelación.

## FALLO

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

1.º- Estimar los recursos extraordinario por infracción procesal y recurso de casación interpuestos por D. Herminio , contra sentencia de 11 de diciembre de 2015, de la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de La Coruña con sede en Santiago de Compostela (recurso de apelación 162/2014).

2.º- Casar la sentencia recurrida y asumiendo la instancia, confirmamos íntegramente la sentencia de 24 de febrero de 2014 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Santiago de Compostela.

3.º- No procede imposición de costas de los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, con devolución de los depósitos constituidos ( arts. 394 y 398 LEC) .

4.º- Se imponen a la demandada las costas de la apelación.

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.