



Roj: **STS 3434/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3434**

Id Cendoj: **28079110012018100552**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/10/2018**

Nº de Recurso: **1783/2016**

Nº de Resolución: **571/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI 122/2015,**
SAP M 2305/2016,
STS 3434/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 571/2018

Fecha de sentencia: 15/10/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1783/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 27/09/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE MADRID SECCION N. 19

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 1783/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 571/2018

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena



D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 15 de octubre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D.^a Penélope , D.^a Rafaela , D.^a Rosa , D. Onesimo y D. Pascual , representados por el procurador D. Javier Fraile Mena, bajo la dirección letrada de D. Francisco Redondo Trigo, contra la sentencia núm. 129/2016, de 6 de abril, dictada por la Sección 19.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 848/2015, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 1939/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Móstoles, sobre nulidad de contrato financiero de suscripción de valores. Ha sido parte recurrida Banco Santander S.A., representado por el procurador D. Alberto García Barrenechea y defendido por la letrada D.^a Marta Estrada Novo.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- El procurador D. Javier Fraile Mena, en nombre y representación de D.^a Penélope , D.^a Rafaela D.^a Rosa , D. Onesimo y D. Pascual , interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Santander S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

«por la que, declare:

»La nulidad absoluta por error invalidante en el consentimiento, error obstativo, violación de normas imperativas del ordenamiento jurídico, SUBSIDIARIAMENTE, ANULABILIDAD, por error y/o dolo *in contrahendo*, DE LA ORDEN DE SUSCRIPCIÓN por un total de 50 títulos correspondientes a VALORES SANTANDER de fecha 4 de octubre de 2007, así como, en consecuencia, de la SUSCRIPCIÓN OBLIGATORIA DE LAS ACCIONES BANCO SANTANDER, S.A., todo ello con las consecuencias previstas en el artículo 1303 del CC, es decir el consiguiente regreso al status inicial; esto es, con restitución del importe invertido, en cuantía de la total inversión, por importe de DOSCIENTO CINCUENTA MIL EUROS (250.000?), minorado en el importe de los intereses líquidos percibidos por mis clientes, así como la restitución de la propiedad y titularidad de las 19.290 acciones de Banco Santander a la mercantil demandada una vez satisfechas las cantidades que viniere obligada a pagar en Sentencia. Y todo ello, con expresa condena en costas.

»Con la condena a BANCO SANTANDER S.A., a estar y pasar por tales declaraciones, con aplicación de los intereses legales desde la fecha de la inversión e incrementado en dos puntos desde la sentencia, en virtud del artículo 576 de la LEC.

»Será en ejecución de sentencia donde se determinará la liquidación concreta de las prestaciones que deben restituirse, sobre la base liquidadora anteriormente expuesta, al amparo del artículo 219 de la LEC.

»SUBSIDIARIAMENTE, la resolución contractual, por incumplimiento de las obligaciones impuestas por la legislación bancaria del contrato formalizado en LA ORDEN DE SUSCRIPCIÓN por un total de 50 títulos correspondientes a VALORES SANTANDER de fecha 4 de octubre de 2007, operación asociada inicialmente a la Cuenta de Valores 0049 0747 79 4000004583; así como, en consecuencia, de la SUSCRIPCIÓN OBLIGATORIA DE LAS ACCIONES DE BANCO SANTANDER S.A., según lo preceptuado en el art. 1124 del Código Civil, y con los efectos inherentes al mismo, esto es, la restitución del capital invertido, por valor de DOSCIENTOS CINCUENTA MIL EUROS (250.000 ?), que deberán ser minorados en el importe de los intereses líquidos percibidos por mis representados, con indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato, fijada en el interés legal devengado por la cantidad invertida desde la fecha de suscripción del contrato impugnado hasta la definitiva restitución del importe entonces pagado e incrementado en dos puntos desde la sentencia, en virtud del art. 576 de la LEC. Así como la restitución de la propiedad y titularidad de las 19.290 acciones de Banco Santander a la mercantil demandada una vez satisfechas las cantidades que viniere obligada a pagar en Sentencia. Con expresa condena en costas.

»Será en ejecución de sentencia donde se determinará la liquidación concreta de las prestaciones que deberán restituirse sobre la base liquidadora anteriormente expuesta, al amparo del art. 219 LEC.

»SUBSIDIARIAMENTE, la indemnización prevista en el art. 1101 Cc, por el cumplimiento negligente de la demandada en sus obligaciones, en cantidad pecuniaria equivalente a la devolución del capital invertido, por importe de DOSCIENTOS CINCUENTA MIL EUROS (250.000?), más los intereses legales desde la fecha de la inversión hasta que se ponga a disposición de esta representación procesal la integra restitución de la cantidad invertida incrementado en dos puntos desde la sentencia, en virtud del artículo 576 de la LEC, a la que se detraerá el importe de los intereses recibidos por mi mandante, con expresa condena en costas.



Será en ejecución de sentencia donde se determinará la liquidación concreta de las prestaciones que deberán restituirse sobre la base liquidadora anteriormente expuesta, al amparo del art. 219 LEC».

2.- La demanda fue presentada el 15 de diciembre de 2014 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Móstoles, fue registrada con el núm. 1939/2014. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- El procurador D. Alberto Narciso García Barrenechea, en representación de Banco Santander S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...]en el momento procesal oportuno, acuerde rechazar la posibilidad de que la parte actora aporte el dictamen pericial anunciado en su escrito de demanda».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Móstoles dictó sentencia n.º 139/2015, de 18 de septiembre, con la siguiente parte dispositiva:

«Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Fraile Mena Estrada, en nombre y representación de Dña. Penélope y otros debo absolver y absuelvo a la entidad demandada Banco de Santander S.A de las pretensiones objeto de la misma, con expresa condena en costas de la parte actora».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.^a Penélope y otros.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 19.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 848/2015 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 6 de abril de 2016, cuya parte dispositiva dice:

«Que desestimando el recurso de apelación interpuesto en nombre y representación de D.^a Penélope, D.^a Rafaela, D.^a Rosa, D. Onesimo y D. Pascual contra la sentencia dictada, en fecha 18 de septiembre de 2015, por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Móstoles, en los autos de Juicio Ordinario n.º 1934/14 seguidos a instancia de los autos citados contra BANCO SANTANDER, S.A., DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS dicha resolución, condenando a la parte apelante al pago de las costas causadas en esta alzada».

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

1.- El procurador D. Javier Fraile Mena Estrada, en representación de D.^a Penélope, D.^a Rafaela, D.^a Rosa, D. Onesimo y D. Pascual interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo del artículo 477.2.3º y 3 de la LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1982) por infracción de los artículos 80, 82, 83 y 89 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y artículos 5, 6, 7, 8, 9 y 10 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, al considerar que la Sentencia recurrida infringe la referida normativa y la Jurisprudencia del Pleno del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) sobre el control de incorporación y el control de transparencia de las condiciones generales de la contratación y de las cláusulas abusivas.

»Segundo.- Al amparo del artículo 477.2.3º y 3 de la LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1982) por infracción del art. 79 de la Ley 24/1998 de 28 de julio (RCL 1988, 1644; RCL 1989,1149 y 1781), del Mercado de Valores y de los arts. 16 y art. 5.3 del Anexo I Real Decreto 629/1993, de 3 de Mayo (RCL 1993, 1560), al considerar que la sentencia recurrida infringe la referida normativa y la jurisprudencia del Pleno del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil).

»Tercero.- Al amparo del artículo 477.2.3º y 3 de la LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1982) por infracción de los artículos 1261, 1262, 1265 y 1266, así como 1269 y 1270 todos ellos del Código Civil (LEG 1889, 27), al considerar que la sentencia recurrida infringe dichos preceptos y la jurisprudencia del Pleno del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil)».

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 la sala, y personada ante la misma únicamente la parte recurrente por medio del procurador mencionado en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 13 de septiembre de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.^a Penélope, D.^a Rafaela, D.^a Rosa, D. Onesimo y D. Pascual, contra la sentencia dictada con fecha 6 de abril de 2016 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19.^a), en el rollo de apelación n.º 848/15, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 1399/14 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Móstoles».



- 3.- Transcurrido el plazo concedido a la parte recurrida para que formalizara su oposición, sin haberlo hecho, quedó el presente recurso de casación pendiente de vista o votación y fallo.
- 4.- Por providencia de 19 de febrero de 2018 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 15 de marzo de 2018. Con antelación a dicha fecha, Banco Santander S.A. formuló incidente de nulidad de actuaciones, en el que alegaba que no se había tenido en cuenta su personación en el recurso ante este Tribunal, mediante el sistema Lexnet, en tiempo y forma. Previamente a resolver sobre dicha solicitud, se acordó oficiar al Ministerio de Justicia (Subdirección General de Nuevas Tecnologías) para que certificase si el escrito de personación del procurador Sr. García Barrenechea se presentó vía telemática el día 30 de junio de 2016 a las 14:55 horas, suspendiéndose la deliberación señalada.
- 5.- Antes de que se recibiera la información solicitada al Ministerio de Justicia, el procurador Sr. García Barrenechea, en representación del Banco Santander S.A., presentó escrito de desistimiento del incidente de nulidad y allanamiento al recurso de casación y a las pretensiones de la demanda.
- 6.- Por providencia de 10 de julio de 2018 se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose nuevamente para votación y fallo el día 27 de septiembre de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- Son hechos acreditados en ambas instancias:

1.1.- El 20 de septiembre de 2007, D. Marcial suscribió una orden de adquisición de 50 títulos denominados Valores Santander, por importe total de 250.000 ?.

1.2.- Con anterioridad, el Sr. Marcial había comprado acciones del Banco de Santander S.A. y participaciones preferentes y había invertido en fondos de inversión.

2.- La emisión de tales valores se realizó en el marco de la oferta pública de adquisición (OPA) sobre la totalidad de las acciones ordinarias de ABN Amro formulada por Banco Santander, Royal Bank of Scotland y Fortis (el Consorcio). En función del resultado de la OPA, el destino de los valores sería el siguiente:

2.1.- Si no se llegaba a adquirir ABN Amro, el producto se amortizaría el 4 de octubre de 2008, con reembolso del valor nominal y una remuneración del 7,30 % nominal anual (7,50 % TAE).

2.2.- Si se llegaba a adquirir ABN Amro, los valores serían necesariamente canjeables por obligaciones necesariamente convertibles en acciones ordinarias de Banco de Santander S.A., de nueva emisión. En tal caso, no habría reembolso del nominal en efectivo.

3.- Antes del canje obligatorio, previsto para el 4 de octubre de 2012, el inversor podría optar por un canje voluntario los días 4 de octubre de 2008, 2009, 2010 y 2011.

4.- Para la conversión, la acción de Banco Santander se valorará el 116 % de su cotización cuando se emitan las obligaciones convertibles, esto es, por encima de su cotización en ese momento.

5.- Los valores tenían un rendimiento nominal anual del 7,30 % hasta el 4 de octubre de 2008 y del Euribor + 2,75 % desde entonces.

6.- La entidad financiera entregó al inversor un tríptico explicativo de las características de la inversión e informó al cliente que, tras el periodo de conversión voluntaria, los títulos se convertirían en acciones del Banco de Santander.

7.- El 17 de octubre de 2007, Banco de Santander comunicó a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) que, tras haber culminado con éxito la OPA, emitía las obligaciones necesariamente convertibles, con un precio de referencia de 16,04 ? por acción, resultante de aplicar un 116% a la media aritmética de las acciones del mismo Banco en los cinco días hábiles bursátiles anteriores. Asimismo, el número de acciones del Banco de Santander que correspondía a cada valor Santander, a efectos de conversión, quedó fijado en 311,76 acciones por cada valor.

8.- El 28 de septiembre de 2012 se estableció el precio de referencia de las acciones de Banco de Santander, a efectos de la conversión obligatoria, en 12,96 ?, correspondiendo a cada valor Santander 385,8024 acciones.

9.- Como quiera que el precio en Bolsa de la acción de Banco de Santander el día del canje obligatorio (4 de octubre de 2012) fue de 5,8667 ?, por cada valor de 5.000 ? nominales se obtuvieron acciones con un valor de 2.263,38 ?. Por lo que hubo una pérdida del 45,2676% de la inversión inicial.



10.- La CNMV impuso a Banco de Santander una multa de 16,9 millones de euros por la comercialización de estos valores, al no haber facilitado a los clientes la información necesaria.

11.- D. Marcial falleció el 14 de mayo de 2008. Sus sucesores son su esposa, Dña. Penélope, y sus hijos, Dña. Rafaela, D. Onesimo y Pascual.

12.- La Sra. Rafaela y sus mencionados hijos formularon una demanda contra Banco de Santander en la que solicitaron: (i) La nulidad absoluta del contrato de adquisición de valores Santander, con la consiguiente restitución de prestaciones; (ii) Subsidiariamente, la anulabilidad por error vicio y restitución de prestaciones; (iii) Subsidiariamente, la resolución del contrato y restitución de prestaciones; (iv) Subsidiariamente, la indemnización de los daños y perjuicios causados.

13.- Opuesta a tales pretensiones la entidad financiera, la sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda, al considerar que no había existido ni nulidad contractual ni incumplimiento.

14.- Interpuesto recurso de apelación por la parte demandante, la Audiencia Provincial confirmó la sentencia de primera instancia y dictó sentencia desestimatoria del recurso, en la que argumentó resumidamente: (i) El adquirente pudo conocer perfectamente el producto; (ii) La información facilitada fue correcta; (iii) No consta que el adquirente tuviera mermadas sus facultades mentales cuando dio la orden de suscripción; (iv) Resulta irrelevante la actuación posterior del banco y la imposición de una sanción administrativa.

15.- Tras admitirse el recurso de casación interpuesto por la parte demandante, Banco Santander S.A. presentó escrito en el que solicitaba que se le tuviera por allanado a la demanda y que se dictara sentencia estimando el recurso de casación, se casara la sentencia de la Audiencia Provincial y se estimara la demanda, con imposición de costas conforme a lo previsto legalmente.

SEGUNDO.- *Allanamiento en casación. Relevancia. Estimación del recurso de casación, del recurso de apelación y de la demanda*

1.- Según recuerda la sentencia 397/2018, de 26 de junio, con cita de otras varias de esta sala (verbigracias, sentencias 74/2017, de 8 de febrero, 475/2017, de 20 de julio, y 294/2018, de 23 de mayo, de Pleno), el allanamiento de la parte recurrida/demandada también tiene efectos en casación y debe dar lugar a la estimación de la demanda, en aplicación del principio dispositivo que rige en el proceso civil (art. 21 LEC).

2.- El art. 21.1 LEC establece que «cuando el demandado se allane a todas las pretensiones del actor, el tribunal dictará sentencia condenatoria de acuerdo con lo solicitado por éste». Conforme a reiterada jurisprudencia (por todas, sentencia 11/2012, de 19 de enero), el allanamiento es una manifestación de conformidad con la petición contenida en la demanda, hecha por el demandado al contestar a ella, o en otro momento procesal, y constitutivo de un medio de extinción del proceso a virtud del reconocimiento y conformidad del demandado, que puede comprender todas las materias de carácter privado que sean objeto de pretensión por las partes, porque no es lícito, dentro del orden jurídico, oponerse a que los interesados hagan de lo suyo lo que a bien tengan.

3.- En consecuencia, debe estimarse el recurso de casación y, al asumir la instancia, debe estimarse también el recurso de apelación formulado por los demandantes, a fin de estimar íntegramente la demanda, acordando la nulidad del contrato litigioso, con la subsiguiente restitución de las prestaciones (art. 1303 CC).

TERCERO.- *Costas y depósitos*

1.- La estimación del recurso de casación implica que no deba hacerse expresa imposición de las costas causadas por el mismo, según previene el art. 398.2 LEC.

2.- A su vez, dicha estimación comporta la estimación del recurso de apelación, sobre cuyas costas tampoco procede hacer expresa imposición, a tenor del mismo precepto.

3.- La estimación de la demanda, como resultado de la estimación del recurso de apelación, conlleva que las costas de la primera instancia se impongan a la parte demandada, según determina el art. 394.1 LEC. A estos efectos, carece de incidencia el allanamiento, puesto que ha sido posterior a la preclusión del plazo para contestar a la demanda (art. 395.1 LEC).

4.- Habida cuenta la estimación de los recursos de apelación y casación, debe ordenarse la devolución de los depósitos constituidos para su formulación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, LOPJ.

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 el recurso de casación interpuesto por Dña. Penélope y Dña. Rafaela , D. Pascual , Dña. Rosa y D. Onesimo contra la sentencia n.º 112/2016, de 6 de abril, dictada por la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación n.º 848/2015.

2.º- Estimar el recurso de apelación interpuesto por los mismos recurrentes contra la sentencia n.º 139/2015, de 18 de septiembre, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Móstoles, en el juicio ordinario n.º 1939/2014.

3.º- Estimar la demanda formulada por Dña. Penélope y Dña. Rafaela , D. Pascual , Dña. Rosa y D. Onesimo contra el Banco de Santander S.A. y declarar la nulidad de la orden de suscripción de 50 títulos de «Valores Santander», emitida el 4 de octubre de 2007 por D. Marcial , ordenando la restitución de las prestaciones.

4.º- Condenar a Banco de Santander S.A. al pago de las costas de la primera instancia.

5.º- No hacer expresa imposición de las costas causadas por los recursos de apelación y casación y ordenar la devolución de los depósitos constituidos para su interposición.

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.