CASACIÓN núm.: 5599/2018

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

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

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil

Sentencia núm. 690/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 11 de octubre de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 19 de octubre de 2018, dictada en recurso de apelación 950/2017, de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, dimanante de autos de juicio ordinario 360/2016, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Lalín; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por D. y Dña. , representados en las instancias por el procurador D. , bajo la dirección letrada de D. Pablo L. Rúa Sobrino, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación el mismo procurador en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona Banco Santander S.A., representado por el procurador D. , bajo la dirección letrada de D. .

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- D. y Dña. , representados por el procurador D. y dirigidos por el letrado D. Pablo L. Rúa Sobrino, interpusieron demanda de juicio ordinario contra Banco Santander S.A. y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideraron de aplicación, terminaron suplicando al juzgado se dictara sentencia:

«Por la que estimando íntegramente la demanda:

»1.º) Se declare la nulidad absoluta o subsidiariamente la nulidad relativa de la orden de valores de fecha 22/01/2007 en virtud de la cual se le adjudicó a los demandantes 2 títulos de participaciones preferentes SOS Cuétara por importe nominal de 100.000 euros, nulidad que se extenderá a todas las operaciones posteriores que se derivaron, como las que dieron lugar al canje de esos títulos por acciones y a las de cobro de comisiones por depósito, custodia, administración y mantenimiento de los títulos o cualquier otra que se hubiese cobrado en razón de los títulos, debiendo las partes restituirse recíprocamente las prestaciones derivadas de estos contratos.

»Y, se condene al Banco Santander S.A. a estar y pasar por estas declaraciones y a abonar a la parte actora la cantidad de cien mil trescientos setenta y cinco euros con treinta céntimos (100.375,30 euros) o la cantidad realmente cargada en la cuenta del cliente con motivo de la suscripción litigiosa, más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de la orden de valores o de cargo en cuenta del producto, más las comisiones o gastos que se hubiesen cobrado al actor en razón de los títulos más los intereses legales de dichas cantidades desde su efectivo cobro, deduciendo de esa cantidad los rendimientos percibidos por la parte demandante derivados de la rentabilidad del producto, incrementados en el interés legal desde la fecha de su percepción. Asimismo, la parte demandante restituirá a la entidad demandada las acciones en que se han convertido las participaciones preferentes en el estado en el que se encuentren para lo cual se facilitará por parte de los actores, en caso de que fuera necesario, la puesta a disposición de los instrumentos, o en su caso deduciendo el valor de las acciones de Deoleo al momento de ejecutarse la sentencia. Desde la fecha de la sentencia se devengará el interés procesal del artículo 576 de la LEC.

»Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada.

»2.º) Subsidiariamente, y para el hipotético supuesto de que fuesen rechazadas las pretensiones solicitadas en el primer apartado de este suplico, se solicita que se declare el incumplimiento del Banco Santander S.A. de sus obligaciones contractuales de diligencia, transparencia, lealtad e información asumidas con la parte actora en relación a la venta asesorada y la tenencia de las participaciones preferentes SOS Cuétara, y en los términos expuestos en el cuerpo del presente escrito, y de conformidad con el artículo 1.124 del Código Civil, se declare la resolución de la orden de valores de fecha 22/01/2007 en virtud de la cual se le adjudicó a los demandantes 2 títulos de participaciones preferentes SOS Cuétara por importe nominal de cien mil euros (100.000 euros). Resolución que se extenderá a todas las operaciones posteriores que se derivaron, como las que dieron lugar al canje de esos títulos por acciones y a las de cobro de comisiones por depósito, custodia, administración y mantenimiento de los títulos o cualquier otra que se hubiese cobrado en razón de los títulos.

»Y, se condene al Banco Santander S.A. a estar y pasar por estas declaraciones y a abonar a la parte actora la cantidad de cien mil trescientos setenta y cinco euros con treinta céntimos (100.375,30 euros) o la cantidad realmente cargada en la cuenta del cliente con motivo de la suscripción litigiosa, más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de la orden de valores o de cargo en cuenta del producto, más las comisiones o gastos que se hubiesen cobrado al actor en razón de los títulos más los intereses legales de dichas cantidades desde su efectivo cobro, deduciendo de esa cantidad los rendimientos percibidos por la parte demandante derivados de la rentabilidad del producto, incrementados en el interés legal desde la fecha de su percepción. Asimismo, la parte demandante restituirá a la entidad demandada las acciones en que se han convertido las participaciones preferentes en el estado en el que se encuentren para lo cual se facilitará por parte de los actores, en caso de que fuera necesario, la puesta a disposición de los instrumentos, o en su caso deduciendo el valor de las acciones de Deoleo al momento de ejecutarse la sentencia. Desde la fecha de la sentencia se devengará el interés procesal del artículo 576 de la LEC.

»Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada.

»3.º) Subsidiariamente se solicita que, para el hipotético supuesto de que fuesen rechazadas las pretensiones solicitadas en los apartados primero y segundo de este suplico, se declare que el Banco Santander S.A., ha actuado negligentemente en el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia, lealtad e información en la venta asesorada, comercialización, contratación y tenencia del producto objeto de esta litis, y al amparo del artículo 1.101 del Código Civil, se condene al Banco Santander S.A. a indemnizar a la parte demandante por los daños y perjuicios sufridos, equivalentes a la pérdida patrimonial experimentada (valor). Esta pérdida de valor patrimonial quedará determinada de la siguiente forma: el precio de adquisición de las participaciones preferentes, esto es, la cantidad de cien mil trescientos setenta y cinco euros con treinta céntimos (100.375,30 euros) o la cantidad realmente cargada en la cuenta del cliente con motivo de la suscripción litigiosa, más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de la orden de valores o de cargo en cuenta del producto, más las comisiones o gastos que se hubiesen cobrado a los actores en razón de los títulos más los

intereses legales de dichas cantidades desde su efectivo cobro, deduciendo del total el valor de las acciones de Deoleo al momento de ejecutarse la sentencia y los rendimientos brutos percibidos por la parte demandante derivados de la rentabilidad del producto, incrementados en el interés legal desde la fecha de su percepción. Desde fecha de la sentencia se devengará el interés procesal del artículo 576 de la LEC.

»Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada.

»4.º) Subsidiariamente se solicita que, para el hipotético supuesto de que fuesen rechazadas las pretensiones solicitadas en los apartados primero, segundo y tercero de este suplico, se declare la responsabilidad extracontractual del Banco Santander S.A. (art. 1.902 del Código Civil, en virtud del principio de unidad de culpa civil), con los mismos efectos y condenas solicitados en el apartado anterior de este suplico.

»Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada».

2.- Admitida a trámite la demanda, el demandado Banco Santander S.A., representado por la procuradora Dña. y bajo la dirección letrada de D. , contestó a la misma y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

«Por la que con íntegra desestimación de la demanda, se absuelva al Banco Santander S.A. de todos los pedimentos de la misma; y con expresa condena en costas a la parte demandante».

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Lalín se dictó sentencia, con fecha 28 de septiembre de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo.

»Desestimo la demanda presentada por don frente a Banco de Santander, S.A., y, en consecuencia, absuelvo a la entidad demandada de todos los pedimentos de la demanda, sin que proceda la condena en costas de ninguna de las partes».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra dictó sentencia, con fecha 19 de octubre de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos:

»Que estimamos parcialmente el recurso de apelación formulado por la representación de contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Lalín en los autos de juicio ordinario registrados bajo el número 360/16, resolución que revocamos y en su lugar condenamos a la demandada Banco Santander, S.A., a indemnizar a los actores con la suma resultante de restar al valor de la inversión (100.375,30.- €), el importe de los rendimientos percibidos por los actores, incrementados en el interés legal desde la fecha de su percepción, cantidad que se verá minorada por los rendimientos obtenidos, con el interés legal desde su percepción, y por el valor de las acciones suscritas por los demandantes como canje de la inversión, a fecha de la presente resolución. La suma resultante devengará intereses desde la fecha de la interpelación judicial. No se efectúa pronunciamiento en costas. Procédase a la restitución del depósito constituido».

TERCERO.- 1.- Por D. se interpuso recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Primer motivo.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC, en relación con el art. 477.2.3.º de la LEC, consistente en la infracción del art. 1301 del Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último. la sentencia recurrida fija el *dies a quo* para el cómputo del plazo de la acción de anulabilidad antes de la consumación del contrato.

El recurso presenta interés casacional, al amparo del art. 477.3 de la LEC, porque la sentencia recurrida se opone a la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo, contenida, entre otras, en su sentencia 89/2018, de 19 de febrero, sentencia 160/2018, de 21 de marzo, sentencia 228/2018, de 18 de abril, sentencia 579/2018, de 17 de octubre, sentencia 587/2018, de 22 de octubre, en relación a la fijación del *dies a quo* para el computo del plazo para el ejercicio de la acción de anulabilidad por vicio en el consentimiento.

Segundo motivo.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC, en relación con el art. 477.2.3.º de la LEC, consistente en la infracción del art. 1.106 y del art. 1.107 en relación al art. 1.101 del Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último. La sentencia recurrida incrementa en el interés legal del dinero los rendimientos obtenidos por los demandantes desde la fecha de su percepción a la hora de determinar el daño indemnizable.

El recurso presenta interés casacional, al amparo del art. 477.3 de la LEC, porque la sentencia recurrida se opone a la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo, contenida, entre otras, en su sentencia 754/2014, de 30 de diciembre, sentencia 613/2017, de 16 de noviembre, sentencia 16/2018, de 15 de enero, sentencia 81/2018, de 14 de febrero, y sentencia 514/2018, de 20 de septiembre, en relación al cálculo del daño indemnizable ex art. 1.101 del CC en supuestos de comercialización de productos financieros complejos a clientes minoristas.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 20 de enero de 2021, se acordó admitir el recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso de casación y evacuado el traslado conferido el procurador D. , en nombre y representación de la entidad Banco Santander S.A., presentó escrito de oposición al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 5 de octubre de 2021, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes.*

Por D. , hoy recurrentes, se interpuso una demanda de juicio ordinario frente a Banco Santander, S.A. en la que ejercitaban las acciones de nulidad, anulabilidad, resolución de contrato, y reclamación de daños y perjuicios, derivados de la adquisición por los demandantes del producto financiero «SOS Cuétara Preferentes».

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda y, recurrida en apelación por los demandantes, la Audiencia Provincial, por sentencia 29 de

octubre de 2018, estimó parcialmente el recurso y, revocando la sentencia apelada, acordó condenar a la demandada a indemnizar a los actores «con la suma resultante de restar al valor de la inversión (100.375,30.-€), el importe de los rendimientos percibidos por los actores, incrementados en el interés legal desde la fecha de su percepción, cantidad que se verá minorada por los rendimientos obtenidos, con el interés legal desde su percepción, y por el valor de las acciones suscritas por los demandantes como canje de la inversión, a fecha de la presente resolución. La suma resultante devengará intereses desde la fecha de la interpelación judicial».

En lo que aquí interesa, la Audiencia desestima la acción de nulidad (al igual que la sentencia apelada) al considerar que la acción está caducada. Entiende que el plazo de ejercicio de la acción de anulación por vicio en el consentimiento comienza a finales de 2020, cuando el Banco Santander contactó con los actores y les indicó la conveniencia del canje por otro producto, toda vez que las participaciones no estaban produciendo rendimientos «y el valor está cayendo en picado». Y el plazo para el ejercicio había transcurrido cuando se presentó la demanda.

La Audiencia estima la acción de indemnización de daños y perjuicios basada en el incumplimiento de sus deberes de información sobre los riesgos inherentes al producto contratado.

Y, a la hora de fijar el importe del daño causado, aunque, en principio, parece que va seguir el criterio fijado en la sentencia de esta sala 754/2014, de 30 de diciembre, que cita, finalmente acuerda que «procede fijar la indemnización por los daños y perjuicios causados en la cantidad resultante de restar al valor de la inversión (100.375,30.-€), el importe de los rendimientos percibidos por los actores, incrementados en el interés legal desde la fecha de su percepción, cantidad de la que debe deducirse los rendimientos obtenidos desde esa fecha, con el interés legal desde su percepción, y por el valor de las acciones suscritas por los demandantes como canje de la inversión, a fecha de la presente resolución. La suma resultante devengará intereses desde la fecha de la interpelación judicial».

Contra la anterior sentencia, los demandantes apelantes han interpuesto recurso de casación en la modalidad de interés casacional.

El recurso contiene dos motivos.

El motivo primero se funda en la infracción del art. 1301 CC. Según el recurso, la sentencia recurrida fija el *dies a quo* para el cómputo del plazo de la acción de anulabilidad antes de la consumación del contrato.

El interés casacional se basa en la oposición a la doctrina del Tribunal Supremo, contenida, entre otras, en las sentencias 89/2018, de 19 de febrero, 160/2018, de 21 de marzo, 228/2018, de 18 de abril, 579/2018, de 17 de octubre, en relación con la fijación del *dies a quo* para el computo del plazo para el ejercicio de la acción de anulabilidad por vicio en el consentimiento.

El motivo segundo se funda en la infracción de los arts. 1.106 y 1.107 CC, en relación al art. 1.101.

Se alega que la sentencia recurrida incrementa en el interés legal del dinero los rendimientos obtenidos por los demandantes desde la fecha de su percepción a la hora de determinar el daño indemnizable, lo que se opone a la doctrina del Tribunal Supremo, contenida –entre otras– en sus sentencias 754/2014, de 30 de diciembre, 613/2017, de 16 de noviembre, 16/2018, de 15 de enero, 81/2018, de 14 de febrero, en relación al cálculo del daño indemnizable ex art. 1.101 del CC en supuestos de comercialización de productos financieros complejos a clientes minorista, fijando como fórmula para la determinación del daño indemnizable, el valor de la inversión, menos el valor al que ha quedado reducido el producto en el momento actual y menos los intereses percibidos por los demandantes, sin incrementar ninguna de estas cantidades con ningún tipo de interés.

SEGUNDO.- *Motivo primero. Al amparo del art. 477.1 de la LEC, en relación con el art. 477.2.3.º de la LEC, consistente en la infracción del art. 1301 del Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último. la sentencia recurrida fija el dies a quo para el cómputo del plazo de la acción de anulabilidad antes de la consumación del contrato.*

El recurso presenta interés casacional, al amparo del art. 477.3 de la LEC, porque la sentencia recurrida se opone a la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo, contenida, entre otras, en su sentencia 89/2018, de 19 de

febrero, sentencia 160/2018, de 21 de marzo, sentencia 228/2018, de 18 de abril, sentencia 579/2018, de 17 de octubre, sentencia 587/2018, de 22 de octubre, en relación a la fijación del dies a quo para el computo del plazo para el ejercicio de la acción de anulabilidad por vicio en el consentimiento.

Se desestima el motivo.

Se alega por los recurrentes el cómputo inadecuado del *dies a quo*. Entienden los recurrentes que debe computarse desde la fecha de consumación del contrato. Al ser un producto de duración perpetua, como son las obligaciones preferentes, entiende que no habría caducado.

Esta sala ha de declarar, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial que resulta de la sentencia 417/2020, de 10 de julio:

«Consideramos que esta doctrina (que ciertamente supone, para el supuesto de préstamos bancarios de dinero, separarse de la contenida en la sentencia de 24 de junio de 1897) se ajusta a la reciente jurisprudencia que ha modulado el art. 1301.IV del Código Civil en atención al tipo de contrato de que se trate (contrato de seguro de vida *unit linked*, sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015; contrato de arrendamiento de inmueble, sentencia 339/2016, de 24 de mayo; contrato de swap, sentencia 89/2018, de 19 de febrero; contrato de adquisición de bono estructurado, sentencia 365/2019, de 26 de junio, etc.); a la jurisprudencia que ha afirmado que el contrato de préstamo bancario de dinero tiene por lo general un carácter consensual (sentencia 432/2018, de 11 de julio); y, finalmente, supone una interpretación del art. 1301.IV del Código Civil ajustada a la realidad social del tiempo presente, en el que los contratos bancarios de préstamo, en especial cuando gozan de garantía hipotecaria, tienen una duración media muy extensa, de forma que vincular la consumación del contrato con el agotamiento de sus prestaciones provocaría una situación de eficacia claudicante del contrato prolongada durante un periodo muy extenso de tiempo, difícilmente compatible con las exigencias de la seguridad jurídica…

»Por tal razón, la consumación del contrato, a los solos efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de los hechos determinantes de la existencia de dicho error o dolo».

Aplicada esta doctrina hemos de convenir con la sentencia recurrida, en lo siguiente:

«17. En el caso, compartimos el criterio del juez de instancia sobre que tal momento debe identificarse con la información suministrada por el banco a finales de 2010, cuando se reconoce que Banco Santander contactó con los actores y les indicó la conveniencia del canje por otro producto, toda vez que las participaciones no estaban produciendo rendimientos “y el

valor está cayendo en picado" (vid. folio 34 vuelto, de las actuaciones), reconociéndose también expresamente que "el banco le recomendó encarecidamente que realizasen el canje como única posible solución a su situación". Presentada la demanda en septiembre de 2016, es evidente que el plazo de caducidad de la acción basada en el vicio de consentimiento había transcurrido fatalmente. Se desestima el motivo».

TERCERO.- *Motivo segundo. Al amparo del art. 477.1 de la LEC, en relación con el art. 477.2.3.º de la LEC, consistente en la infracción del art. 1.106 y del art. 1.107 en relación al art. 1.101 del Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último. La sentencia recurrida incrementa en el interés legal del dinero los rendimientos obtenidos por los demandantes desde la fecha de su percepción a la hora de determinar el daño indemnizable.*

El recurso presenta interés casacional, al amparo del art. 477.3 de la LEC, porque la sentencia recurrida se opone a la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo, contenida, entre otras, en su sentencia 754/2014, de 30 de diciembre, sentencia 613/2017, de 16 de noviembre, sentencia 16/2018, de 15 de enero, sentencia 81/2018, de 14 de febrero y sentencia 514/2018, de 20 de septiembre, en relación al cálculo del daño indemnizable ex art. 1.101 del CC en supuestos de comercialización de productos financieros complejos a clientes minoristas.

Se estima el motivo.

La parte recurrente entiende que indebidamente se ha incrementado en el interés legal del dinero, los rendimientos obtenidos a la hora de calcular el daño indemnizable.

Esta sala, dado que estamos ante una acción indemnizatoria, que no de anulación, y de acuerdo con sentencias 754/2014, de 30 de diciembre, 613/2017, de 16 de noviembre, 16/2018, de 15 de enero, y 81/2018, de 14 de febrero, procede modificar el fallo de la sentencia recurrida declarando que el importe de la indemnización quedará fijado por el importe de la inversión inicial (100.375,30 euros) menos el valor de las participaciones preferentes a la fecha de la sentencia y menos los rendimientos obtenidos por los demandantes. La cantidad resultante devengará el interés legal del dinero desde la interpelación judicial.

CUARTO.- *Costas y depósito.*

No procede imposición de costas de la casación, con devolución del depósito constituido para recurrir (arts. 394 y 398 LEC).

Dada la estimación sustancial de la demanda, se imponen a la demandada las costas de la primera instancia.

No procede imposición en las costas de la apelación.

F A L L O

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 D. , contra sentencia de fecha 19 de octubre de 2018, de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra (apelación 950/2017).

2.º- Casar parcialmente la sentencia recurrida en el sentido de que el importe de la indemnización quedará fijado por el importe de la inversión inicial (100.375,30 euros) menos el valor de las participaciones preferentes a la fecha de la sentencia y menos los rendimientos obtenidos por los demandantes. La cantidad resultante devengará el interés legal del dinero desde la interpelación judicial.

3.º- No procede imposición de costas de la casación, con devolución del depósito constituido para recurrir.

4.º- Dada la estimación sustancial de la demanda, se imponen a la demandada las costas de la primera instancia.

5.º- No procede imposición en las costas de la apelación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de apelación.

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

Así se acuerda y firma.