



Roj: **STS 4063/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4063**

Id Cendoj: **28079110012017100580**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/11/2017**

Nº de Recurso: **1661/2015**

Nº de Resolución: **613/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP Z 468/2015,**
STS 4063/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 16 de noviembre de 2017

Esta sala ha visto los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 359/2014 por la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 361/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 17 de Zaragoza, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por el procurador don José Alfonso Lozano Vélez de Mendizábal en nombre y representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora doña Ana Llorens Pardo en calidad de recurrente y el procurador don Pedro A. Chárlez Landívar en nombre y representación de don Raimundo y de doña Lourdes, en calidad de recurrido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procurador don Pedro A. Chárlez Landívar en nombre y representación de don Raimundo y de doña Lourdes, interpuso demanda de juicio ordinario, contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A, asistido del letrado don Álvaro García Graells y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

«a) Declarar a BBVA como responsable del vicio/error del consentimiento en el Demandante para la adquisición de las Aportaciones Financieras Subordinadas de Eroski, declarándose que BBVA ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia, lealtad e información como comisionista prestador de servicios de inversión declarado la Nulidad Radical de la Orden de Compra de las AFSE con Código ISIN número NUM000 por importe de 180.000,00? de fecha 22.06.2007, condenando a la entidad a la adquisición de los títulos y a la devolución al Demandante del nominal de las inversiones por un total de CIENTO OCHENTA MIL EUROS (180.000,00 ?) más los intereses legales desde la fecha de las suscripciones, e incrementado en dos puntos desde la Sentencia hasta el completo pago, más las costas judiciales.

»b) Subsidiariamente a lo anterior, se declare que BBVA ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información como comisionista prestador de servicios de inversión y depositario de valores, infringiendo la buena fe contractual, así como la normativa del Mercado de Valores de aplicación, y se condene a BBVA a indemnizar al Demandante, por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de su negligente actuar, que se corresponden con la pérdida de valor de los productos según Valor de Mercado actual, equivalente a la suma de CIENTO TRECE MIL EUROS (113.000,00?), o la que



correspondiere según su valor en Ejecución de Sentencia, más los intereses legales desde la fecha de la suscripción, e incrementado en dos puntos desde la Sentencia hasta el completo pago.

»c) Se condene en ambos casos a las Costas del procedimiento a BBVA».

SEGUNDO .- El procurador don Alfonso Lozano Vélez de Mendizábal, en nombre y representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A, contestó a la demanda, asistido de la letrada doña Fernanda Sáinz-Rozas Hernández y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«I. Se estime la excepción de falta de legitimación pasiva con los efectos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, acordando el sobreseimiento del proceso sin entrar a conocer del fondo.

»II. Subsidiariamente, si no se adoptara resolución en la audiencia previa en cuanto a la excepción de falta de legitimación pasiva por estimarse que su acordará en sentencia, se estime la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, con los efectos previstos en el artículo 420 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

»III. Subsidiariamente, se declare caducada la acción interpuesta de contrario, acordando el sobreseimiento y archivo del procedimiento.

»IV. Subsidiariamente respecto a los tres anteriores, desestime íntegramente la demanda y se absuelva a mi representada de la totalidad de los pedimentos de la misma.

»Todo ello, con cuanto demás proceda en Derecho y con expresa condena en costas a la parte actora».

TERCERO .- Previos los trámites procesales correspondientes y la práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 17 de Zaragoza, dictó sentencia con fecha 19 de septiembre de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Estimo la demanda interpuesta por Raimundo y Lourdes frente a BBVA S.A. y con declaración del incumplimiento contractual de la demandada por defectuosa información en la compra de aportaciones financieras subordinadas de Eroski condeno a la demandada a que indemnice y pague a los actores la cantidad de CIENTO TRECE MIL EUROS (113.000 euros), más el interés legal de dicha suma desde la fecha de interpelación judicial, y con imposición de costas a la demandada».

CUARTO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de BBVA, la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, dictó sentencia con fecha 4 de marzo de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Banco de Bilbao Vizcaya S.A., representado por el Procurador Sr. Lozano Vélez de Mendizábal, contra la Sentencia 135/2014, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 17 de Zaragoza el 19 de septiembre de 2014 en el Procedimiento Ordinario 361/2014, confirmamos la expresada resolución, con imposición de costas a la parte apelante, y pérdida del depósito constituido para recurrir».

QUINTO .- Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación la representación procesal de Banco Bilbao Vizcaya S.A, argumentando el recurso extraordinario por infracción procesal en los siguientes motivos: Primero.- Artículo 469.2.º.1 de la LEC , por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia y, en particular, por infracción del deber de motivación artículo 218 LEC . Segundo.- Artículo 469.2.º.1 LEC por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia y, en particular, por infracción del deber de congruencia, artículos 216 , 218 y 465.5 LEC . Tercero.- Artículo 469.4.º.1 LEC , por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. El recurso de casación, lo argumentó en un único motivo.- Al amparo del artículo 477.1 LEC , por infracción de los artículos 1101 , 1106 y 1107 del Código Civil .

SEXTO .- Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto de fecha 7 de julio de 2017 se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, el procurador don Pedro Amado Chárlez Landívar, en nombre y representación de don Raimundo y de doña Lourdes presentó escrito de impugnación al mismo.

SÉPTIMO .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 18 de octubre del 2017, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*



1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la determinación del daño indemnizable tras el ejercicio de la acción de responsabilidad contractual contra la entidad bancaria en la comercialización de unas aportaciones financieras subordinadas, particularmente con relación al posible descuento de los cupones cobrados por los clientes.

2. En síntesis, D. Raimundo y D.^a Lourdes, demandantes y aquí recurridos, el 22 de junio de 2007, suscribieron una orden de adquisición de aportaciones financieras subordinadas del grupo Eroski, por un importe de 180.000 €. Dicha adquisición o compra fue comercializada por la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. (en adelante, BBVA).

Tras la constatación de una pérdida significativa de la inversión realizada, el 8 de abril de 2014, los clientes formularon la demanda que dio inicio al presente procedimiento. En dicha demanda se solicitaba, de forma principal, la nulidad de la orden de compra por error vicio en el consentimiento prestado con la consiguiente devolución del importe nominal de la inversión realizada, más los intereses legales desde la fecha de la suscripción, con el incremento de dos puntos desde la fecha de la sentencia hasta el completo pago, más el abono de las costas judiciales. De forma subsidiaria, se solicitaba la declaración de responsabilidad contractual de la entidad bancaria por incumplimiento de sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad y deber de información, con la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios sufridos que se correspondían a una pérdida del valor de la inversión, según mercado actual, equivalente a 113.000 €.

El BBVA, aquí recurrente, se opuso a la demanda, alegó la excepción de falta de legitimación pasiva y, subsidiariamente, la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario y la caducidad de la acción.

3. La sentencia de primera instancia estimó la demanda. En este sentido, tras declarar la caducidad de la acción de nulidad, estimó la pretensión subsidiaria de incumplimiento contractual de la entidad bancaria por la defectuosa información que suministró a los clientes en la adquisición de las aportaciones financieras subordinadas del grupo Eroski. Con relación a la determinación del daño indemnizado y, conforme a lo alegado a través de los informes periciales presentados por ambas partes, consideró que la pérdida patrimonial representaba un 65% del activo financiero, por lo que condenó a la entidad bancaria al abono de 113.000 € a los clientes, más el interés legal de dicha cifra desde la interposición judicial.

4. Interpuesto recurso de apelación por la entidad bancaria, la sentencia de la Audiencia desestimó dicho recurso y confirmó la sentencia de primera instancia.

5. La entidad bancaria solicitó complemento de la sentencia. Argumentó que la Audiencia no se había pronunciado sobre una serie de motivos en los que fundamentó su recurso. Uno de ellos sería el referido al alcance de los daños y, en particular, a la necesidad de descontar los cupones recibidos por el demandante, así como atender al importe realmente desembolsado en la suscripción. Argumentos, cuya estimación, hubiera determinado, según el apelante, una reducción de la indemnización de 113.000 euros a 64.882 euros.

Por auto, de 24 de marzo de 2015, la Audiencia denegó dicha petición de complemento de la sentencia. Entre otros extremos, declaró:

«[...] En el supuesto que nos ocupa, se solicita una modificación en cuanto que se afirma que la Sentencia omite pronunciarse sobre las pretensiones impugnatorias formuladas por el BBVA.

»Sin embargo, comprobamos que no existe omisión alguna, toda vez que, de entrada, la resolución cuyo complemento se solicita se remite en su fundamentación jurídica a la fundamentación jurídica de la sentencia apelada, puesto que ratifica la misma y considera reproducidos los fundamentos jurídicos de la misma.

»[...]En nuestro caso nos remitimos a que la actora debía de ser indemnizada en el daño causado conforme a lo alegado y probado en los informes periciales, según reflejaba la sentencia de primera instancia, que cuantifica la indemnización en 113.000 euros. Referimos que la falta de información constituida un incumplimiento contractual y título de imputación de la responsabilidad de daños causados, según la STS 30 de diciembre de 2014. No existe, por lo tanto, la omisión alegada y, por ende, no ha lugar a completar ni a subsanar la resolución dictada».

6. Frente a la sentencia de apelación, la entidad bancaria interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Recurso de casación.

SEGUNDO.- *Comercialización de productos financieros complejos. Participaciones financieras subordinadas del grupo Eroski. Determinación del daño indemnizable por el incumplimiento contractual de la entidad financiera en la comercialización del producto financiero. Procedencia de descontar del daño indemnizable los cupones cobrados por los clientes.*



1. Dado que los dos primeros motivos que el recurrente plantea en el recurso extraordinario por infracción procesal guardan una estrecha conexión con la cuestión sustantiva que plantea en el recurso de casación, se procede, en primer lugar, al examen de este recurso.

2. El recurrente, al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC, por oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala, interpone recurso de casación que articula en un único motivo.

En dicho motivo, denuncia la infracción de los arts. 1101, 1106 y 1107 del Código Civil, al haber determinado la sentencia recurrida el daño indemnizable sin descontar los cupones cobrados por los demandantes. Argumenta que en la liquidación del daño indemnizable debe computarse la eventual obtención de ventaja por parte del acreedor (sentencia 301/2008, de 8 de mayo), y que el resarcimiento tiene por finalidad retornar el patrimonio afectado a la situación en que se encontraría de no haber mediado incumplimiento alguno, sin procurar una ganancia o enriquecimiento injustificado al perjudicado (sentencias 552/2011, de 17 de junio y 326/2011, de 9 de mayo).

3. El motivo debe ser estimado.

Esta sala, en la sentencia 301/2008, de 5 de mayo, ya declaró que la aplicación de la regla «*compensatio lucri cum damno*» significaba que en la liquidación de los daños indemnizables debía computarse la eventual obtención de ventajas experimentadas por parte del acreedor, junto con los daños sufridos, todo ello a partir de los mismos hechos que ocasionaron la infracción obligacional.

Por su parte, la STS 754/2014, de 30 de diciembre, en aplicación de esta misma regla o criterio, y con relación al incumplimiento contractual como título de imputación de la responsabilidad de la entidad bancaria, por los daños sufridos por los clientes en una adquisición de participaciones preferentes, declaró que «el daño causado viene determinado por el valor de la inversión realizada menos el valor a que ha quedado reducido el producto y los intereses que fueron cobrados por los demandantes».

En consecuencia, la estimación del recurso comporta que modifiquemos la sentencia de apelación en el sentido de descontar de la indemnización de daños y perjuicios declarada, el importe de los rendimientos obtenidos por los demandantes.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

TERCERO.- 1. Una vez resuelto el recurso de casación, procede que entremos en el examen del motivo tercero del recurso extraordinario por infracción procesal.

En dicho motivo, el recurrente, al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, (art. 24 CE), denuncia el error patente en la valoración de la prueba documental, en el sentido de que los demandantes sólo desembolsaron 166.250 ?.

2. El motivo debe ser desestimado.

La vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE, requiere que se justifique, aparte de la concreción de la lesión del derecho fundamental que se trate, que se hayan agotado los remedios procesales para evitar dicha lesión, y que se haya denunciado oportunamente la vulneración del derecho fundamental en cuanto hubo ocasión procesal para ello (art. 469.2 LEC).

En el presente caso, el recurrente plantea por primera vez la cuestión alegada en el recurso de apelación, en particular en el motivo segundo del recurso (apartado 2.3), cuando de forma subsidiaria señala la necesidad de atender el valor realmente desembolsado por las demandantes. Por lo que dicho planteamiento constituye una cuestión nueva.

3. No hay necesidad de entrar en el examen de los dos primeros motivos por lo ya resuelto en el recurso de casación.

CUARTO.- Costas y depósitos.

1. La estimación del recurso de casación comporta que las costas causadas por el mismo no se impongan a ninguna de las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC.

2. Dado que no ha resultado necesario entrar en el examen de los dos primeros motivos del recurso extraordinario por infracción procesal, procede no hacer expresa imposición de costas de dicho recurso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 398.2 LEC.

3. La estimación del recurso de casación comporta, a su vez, la estimación en parte del recurso de apelación de la parte demandada, BBVA y, en consecuencia, la estimación en parte de la demanda interpuesta, por lo



que no procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de apelación ni de las costas de primera instancia, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 398.2 y 394.2 LEC .

4. Procede, asimismo, ordenar la devolución de los depósitos constituidos para la interposición de los recursos extraordinarios, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional 15.ª LOPJ .

FALLO

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

1. Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. contra la sentencia dictada, con fecha 4 de marzo de 2015 por la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 4.ª, en el rollo de apelación núm. 359/2014 que casamos y anulamos en parte, para acordar la estimación en parte del recurso de apelación formulado por la demandada, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Zaragoza, núm. 17, de 19 de septiembre de 2014 , dictada en los autos de juicio ordinario núm. 361/2014, que revocamos en parte, con estimación en parte de la demanda interpuesta, en el sentido de que se proceda a descontar de la indemnización de los daños y perjuicios los rendimientos del producto financiero que han sido percibidos por los demandantes. **2.** No procede hacer expresa imposición de costas del recurso de casación, ni del recurso extraordinario por infracción procesal. **3.** No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de apelación, ni de las costas de la primera instancia. **4.** Procede la devolución de los depósitos constituidos para la interposición de los recursos extraordinarios. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma. Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno Rafael Saraza Jimena Pedro Jose Vela Torres