



Roj: **STS 1225/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1225**

Id Cendoj: **28079110012019100211**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/04/2019**

Nº de Recurso: **3155/2016**

Nº de Resolución: **213/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GI 874/2016,**
STS 1225/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 213/2019

Fecha de sentencia: 05/04/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3155/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 21/03/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

Procedencia: Audiencia Provincial de Girona, sección 2.^a

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

Transcrito por: RDG

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3155/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 213/2019

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres



En Madrid, a 5 de abril de 2019.

Esta sala ha visto los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 264/16 por la sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Girona, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 301/14, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Figueras, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por la procuradora D.ª Mercè Canal Piferrer en nombre y representación de Catalunya Banc S.A., compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén en calidad de recurrente y la procuradora D.ª Ana María Aparicio Carol en nombre y representación de D.ª Julia, en calidad de recurrido.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La procuradora D.ª Rosa María Bartolomé Foraster en nombre y representación de D.ª Julia, interpuso demanda de juicio ordinario, contra Catalunya Banc S.A. (antes Caixa D'Estalvis de Catalunya), bajo la dirección letrada de D. Antoni Blanch Brugarolas y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

"Se declare la responsabilidad de Catalunya Banc S.A., por incumplimiento de los deberes y obligaciones de información, lealtad y transparencia hacia la actora, y se la condene a indemnizarla en el importe de 30.688,35 euros, más los intereses legales, y con expresa imposición de las costas procesales causadas a esta parte".

SEGUNDO .- El procurador D. Narcís Jucgla Serra, en nombre y representación de Catalunya Banc S.A., contestó a la demanda, bajo la dirección letrada de D. Ignasi Fernández de Senespleda 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 íntegramente la misma, imponiendo las costas a D.ª Julia".

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 8 de Figueras, dictó sentencia con fecha 1 de diciembre de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Estimo íntegramente la demanda interpuesta por la procuradora Sra. Rosa María Bartolomé Foraster en nombre y representación de Julia contra Catalunya Banc S.A. y en consecuencia, condeno a la demandada a pagar a la parte actora la cantidad de 30.688,35 euros, intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, procesales desde la fecha de la presente sentencia hasta su completo pago.

"Condeno a la demandada al pago de las costas procesales generadas en esta instancia".

CUARTO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Girona, dictó sentencia con fecha 28 de junio de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Que desestimamos el recurso de apelación formulado por la procuradora D.ª Mercè Canal Piferrer, en nombre y representación de Catalunya Banc S.A., contra la sentencia de fecha 1 de diciembre de 2015, del Juzgado Primera Instancia 8 Figueras dictada en los autos de procedimiento ordinario n.º 301/2014, de los que el presente rollo dimana, y confirmamos dicha resolución, con imposición a la parte recurrente de las costas de esta apelación".

QUINTO .- Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación la representación procesal de Catalunya Banc S.A., argumentando el recurso de casación, con apoyo en un único motivo: Art. 1101 CC. El recurso extraordinario por infracción procesal, lo argumentó con apoyo en un único motivo: art. 469.1.4.º LEC. Por infracción del art. 24 CE.

SEXTO .- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 19 de diciembre de 2018 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, la procuradora D.ª Ana María Aparicio Carol, en nombre y representación de D.ª Julia 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 21 de marzo del 2019, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Resumen de antecedentes**

1. Entre octubre de 2003 y febrero de 2006, D.^a Julia realizó cinco operaciones de compra de participaciones preferentes de Catalunya Caixa, series A y B, por un importe total de 46.000 €.

Como consecuencia de una resolución de la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) de 7 de junio de 2013, que impuso el canje obligatorio de los títulos por acciones y su posterior venta al Fondo de Garantía de Depósitos (FGD), se reintegró a la inversora la suma de 15.311,65 €.

2. D.^a Julia interpuso una demanda contra Catalunya Caixa (posteriormente Catalunya Banc S.A., y en la actualidad BBVA S.A.) en la que ejercitaba una acción de responsabilidad por incumplimiento contractual y solicitaba que se condenara a la entidad financiera a indemnizarla en 30.688,35 € (diferencia entre el capital invertido y la cantidad obtenida tras la venta de las acciones obtenidas en el canje), más los intereses legales.

La entidad bancaria se opuso a la demanda y alegó que la demandante había recibido 10.612,26 € en concepto de rendimientos de las participaciones preferentes.

3. La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda interpuesta y condenó a la entidad financiera al pago de la cantidad reclamada, sin compensación alguna por los rendimientos obtenidos por la cliente.

4. Interpuesto recurso de apelación por la demandada, la Audiencia Provincial lo desestimó y confirmó la sentencia de primera instancia. En lo que aquí interesa, declaró:

"[...] Ante tal pretensión, cuando el Banco demandado sostiene que se le deben devolver los rendimientos abonados por él y recibidos por la cliente, está mezclando los conceptos de daño emergente y lucro cesante y parece olvidar que si la demandante hubiese invertido su dinero en otros productos financieros más o menos equivalentes, habría obtenido una rentabilidad de la cual no se puede hacer abstracción.

De seguir literalmente la pretensión de la parte demandada, ello nos llevaría a la conclusión de que la demandante no habría de tener ningún tipo de rendimiento por la inversión de su capital, lo que no es digno de acogimiento.

Desde el punto de vista que se acaba de exponer, la devolución total o parcial de los rendimientos percibidos por la cliente pasaría porque la entidad bancaria demandada demostrase que si hubiese invertido en otro producto similar o equivalente, habría obtenido un rendimiento inferior al que les ha abonado.

Y en este supuesto podríamos entender que el exceso que ha recibido del banco podría constituir un enriquecimiento injusto, de forma que habría de devolver los rendimientos que hubiera percibido de más, comparados con los que habría podido obtener por la inversión en otro producto equivalente.

La entidad recurrente no ha proporcionado prueba en este sentido, demostrando así que los rendimientos que ha abonado a la demandante por la titularidad de los productos comercializados, durante su vigencia, sean superiores a los que podría haber obtenido mediante la contratación de otro similar.

Este criterio, con alguna variante en sus argumentos, pero partiendo de la misma premisa es el adoptado por la Sección Primera de esta Audiencia en sentencias de 26 de octubre y 14 de diciembre de 2015, para llegar a la misma conclusión; y por esta misma Sección, en la sentencia de 6 de abril de 2016. En consecuencia y de acuerdo con todo lo expuesto, procede la desestimación de este exclusivo motivo del recurso".

5. Frente a la sentencia de apelación, la demandada interpone recurso de casación.

Recurso de casación

SEGUNDO.- Adquisición de participaciones preferentes. Indemnización de daños y perjuicios. Compensación de pérdida y lucro. Doctrina jurisprudencial aplicable.

1. Catalunya Banc, al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC, interpone recurso de casación que articula en un único motivo.

2. En el desarrollo del motivo la recurrente denuncia la infracción del art. 1101 CC y argumenta, resumidamente, que los rendimientos percibidos por razón de la inversión realizada deben tenerse en cuenta para determinar el daño por el incumplimiento contractual, tal y como ha declarado la sentencia de esta sala 754/2014, de 30 de diciembre.

3. El motivo debe ser estimado.

La cuestión jurídica del alcance de la indemnización por responsabilidad contractual por defectuoso asesoramiento en la comercialización de productos financieros complejos ha sido tratada recientemente por



esta sala en las sentencias 613/2017, de 16 de noviembre , y 81/2018, de 14 de febrero , entre otras varias. En la primera de tales resoluciones, en relación con los arts. 1101 y 1106 CC , declaramos:

" 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 los intereses que fueron cobrados por los demandantes"".

4.- Como hemos argumentado en la sentencia 81/2018, de 14 de febrero , en el ámbito contractual, si una misma relación obligacional genera al mismo tiempo un daño -en el caso, por incumplimiento de la otra parte- pero también una ventaja -la percepción de unos rendimientos económicos-, deben compensarse uno y otra. Ahora bien, para que se produzca la aminoración solamente han de ser evaluables, a efectos de rebajar el montante indemnizatorio, aquellas ventajas que el deudor haya obtenido precisamente mediante el hecho generador de la responsabilidad o en relación causal adecuada con éste.

5.- Aunque esta regla no está expresamente prevista en la reglamentación legal de la responsabilidad contractual, su procedencia resulta de la misma norma que impone al contratante incumplidor el resarcimiento del daño producido por su acción u omisión, ya que solo cabrá reputar daño aquel que efectivamente haya tenido lugar. Al decir el art. 1106 CC que "la indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor", se desprende que la determinación del daño resarcible debe hacerse sobre la base del perjuicio realmente experimentado por el acreedor, para lo cual deberán computarse todos aquellos lucros o provechos, dimanantes del incumplimiento, que signifiquen una minoración del quebranto patrimonial sufrido por el acreedor.

Es decir, cuando se incumple una obligación no se trata tanto de que el daño bruto ascienda a una determinada cantidad de la que haya de descontarse la ventaja obtenida por el acreedor para obtener el daño neto, como de que no hay más daño que el efectivamente ocasionado, que es el resultante de la producción recíproca de daño y lucro.

6.- Como declaramos en la sentencia 81/2018, de 14 de febrero :

"La obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados constituye la concreción económica de las consecuencias negativas que la infracción obligacional ha producido al acreedor, es decir, resarce económicamente el menoscabo patrimonial producido al perjudicado. Desde ese punto de vista, no puede obviarse que a la demandante no le resultó indiferente económicamente el desenvolvimiento del contrato, puesto, que como consecuencia de su ejecución recibió unos rendimientos pecuniarios. Por lo que su menoscabo patrimonial como consecuencia del incumplimiento contractual de la contraparte se concreta en la pérdida de la inversión, pero compensada con la ganancia obtenida, que tuvo la misma causa negocial.

"En fin, la cuestión no es si la demandante se enriquece o no injustificadamente por no descontársele los rendimientos percibidos por la inversión, sino cómo se concreta su perjuicio económico causado por el incumplimiento da la otra parte".

7. En tanto que la sentencia de la Audiencia Provincial no se ajusta a lo expuesto, debe estimarse el recurso de casación, puesto que el daño económico sufrido por la adquirente, que es el que debe ser resarcido, se contrae la pérdida neta sufrida en su inversión. Y al asumir la instancia, por los mismos fundamentos ya expuestos, debemos estimar en parte el recurso de apelación de la demandada, Catalunya Banc S.A.

En su virtud, debemos fijar la indemnización que ha de abonar Catalunya Banc S.A. (en la actualidad BBVA S.A.) a D.ª Julia en 20.076,09 €, diferencia entre la inversión realizada y la suma de cantidades percibidas por el canje de acciones y los rendimientos del capital invertido.

8. Por lo que no cabe desestimar la demanda, sino estimarla en parte, en aplicación de la doctrina expuesta.

9. La estimación en parte de la demanda no es óbice para condenar a la entidad financiera al pago de los intereses legales desde la fecha de la interposición de la demanda.

En este sentido, de acuerdo con lo declarado, entre otros en el auto de complemento de esta sala 3102/2015, de 21 febrero de 2019 , el hecho de que, por acoger el recurso de casación, se haya producido una estimación



parcial de la demanda no impide la aplicación de este interés pues, tras la eliminación del automatismo del brocardo "in iliquidis non fit mora" [la deuda no líquida no genera mora], la iliquidez no es incompatible con la imposición de intereses, y la discrepancia de las partes sobre la cuantía de la deuda no convierte en necesario el proceso para liquidarla, en la medida que la sentencia que fija el importe debido no tiene carácter constitutivo, y se limita a declarar un derecho que ya entonces pertenecía al perjudicado. En este sentido conviene recordar que esta sala ha seguido el criterio con arreglo al cual se atiende al canon de razonabilidad en la oposición a la reclamación del actor para decidir la procedencia o no de condenar al pago de intereses y para la concreción del "dies a quo" del devengo. Este criterio, según precisan las sentencias de 16 de noviembre de 2007 - que cita las de 4 de junio de 2006 , 9 de febrero , 14 de junio y 2 de julio de 2007 - y de 19 de mayo de 2008 , da mejor respuesta a la naturaleza de la obligación y al justo equilibrio de los intereses en juego, y, en definitiva, a la plenitud de la tutela judicial, ya que toma como pautas de la razonabilidad el fundamento de la reclamación, las razones de la oposición, la conducta de la parte demandada en orden a la liquidación y pago de la adeudado, y demás circunstancias concurrentes. Lo decisivo a estos efectos es, pues -como precisa la Sentencia de 20 de febrero de 2008 -, la certeza de la deuda u obligación, aunque se desconozca su cuantía. Y en el caso, no existe duda de la razonabilidad del fundamento de la reclamación que descansa, como en otros tantos litigios examinados por esta sala, en el incumplimiento de los deberes de información en la contratación del producto financiero y en el que el recurso de casación interpuesto por la entidad financiera no descansa tanto en la certeza de la obligación indemnizatoria, como en su concreta cuantía.

TERCERO.- Costas y depósito

1. La estimación del recurso de casación comporta que no procede hacer expresa imposición de las costas causadas por el mismo, según dispone el art. 398.2 LEC .
2. Asimismo, la estimación del recurso de casación comporta la estimación en parte del recurso de apelación interpuesto por la demandada, Catalunya Banc S.A., lo que, a su vez, comporta la estimación en parte de la demanda interpuesta, por lo que no procede hacer expresa imposición de costas causadas en ambas instancias, según disponen los arts. 394.2 y 398.2 LEC .
3. Por último, procede ordenar la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación, según establece la disposición adicional 15.ª LOPJ .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y 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 Catalunya Banc S.A. contra la sentencia dictada, con fecha 28 de junio de 2016, por la Audiencia Provincial de Gerona, sección 2.ª, en el rollo de apelación núm. 264/2016 , que casamos y anulamos.
2. Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por Catalunya Banc S.A. contra la sentencia núm. 149/2015, de 1 de diciembre, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 8 de Figueres , en el juicio ordinario núm. 301/2014, y en su virtud, estimar en parte la demanda formulada por D.ª Julia y condenar a Catalunya Banc S.A. a que la indemnice en la suma de 20.076,09 €, más sus intereses legales desde la fecha de la interposición de la demanda.
3. No hacer expresa imposición de costas del recurso de casación y de las costas causadas en ambas instancias.
4. Ordenar la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación.

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

Así se acuerda y firma.