



Roj: **STS 1244/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1244**

Id Cendoj: **28079110012019100214**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/04/2019**

Nº de Recurso: **179/2017**

Nº de Resolución: **229/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 10020/2016,**  
**STS 1244/2019**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 229/2019**

Fecha de sentencia: 11/04/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 179/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 03/04/2019

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE BARCELONA SECCION N. 13

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

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 179/2017

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. 229/2019**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres



En Madrid, a 11 de abril de 2019.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. (sucesora de Catalunya Banc S.A.), representada por la procuradora D.ª Ana Llorens Pardo, contra la sentencia núm. 459/2016, de 14 de octubre, dictada por la Sección 13.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 714/2015, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 505/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 55 de Barcelona. Ha sido parte recurrida D. Virgilio y D.ª Dulce, representados por el procurador D. Luis Delgado de Tena y bajo la dirección letrada de D. Francisco Javier Ruiz Ruiz.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.ª Virginia Capllonch Bujosa, en nombre y representación de D. Virgilio y de D.ª Dulce, interpuso demanda de juicio ordinario contra Catalunya Banc S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

" 1º) Se declare el incumplimiento de las obligaciones de la entidad **CATALUNYA BANC, S.A** en la contratación de deuda subordinada de fecha 24 de enero de 2005 de importe 150.000€ y, se le condene al pago de **33.631,5 €** en concepto de daños y perjuicios. **Subsidiariamente** se le condene a pagar **33.631,5 €**, menos los rendimientos netos percibidos del producto desde su contratación, que se incrementará en la cantidad que resulte de aplicar al nominal contratado, la media anual del índice Euribor cada 12 meses incrementado en un punto, desde la contratación del producto hasta el 5 de julio de 2013.

"2º) En cuanto a los intereses, se le condene al pago del interés legal desde el 5 de julio de 2013 o subsidiariamente desde la interposición de la demanda.

"3º) En todo caso se condene a **CATALUNYA BANC, SA** al pago de las costas que genere el presente proceso".

2.- La demanda fue presentada el 9 de mayo de 2014 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 55 de Barcelona, se registró con el núm. 505/2014. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- El procurador D. Ignacio López Chocarro, en representación de Catalunya Banc S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de la demanda y la imposición de costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 55 de Barcelona dictó sentencia n.º 94/2015, de 5 de mayo, con la siguiente parte dispositiva:

"Desestimando la demanda presentada por el Sr. Virgilio y la Sra. Dulce contra CATALUNYA BANC, S.A. absuelvo a la demandada e impongo el pago de las costas a los actores".

### SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Virgilio y D.ª Dulce.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 13.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 714/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 14 de octubre de 2016, cuya parte dispositiva dice:

"QUE estimando el recurso formulado por D. Virgilio y D.ª Dulce contra la sentencia dictada en los autos de que este rollo dimana, revocamos dicha resolución y, en su lugar, estimando la demanda formulada por aquello declaramos el incumplimiento de las obligaciones "legales y contractuales de información, diligencia y transparencia" por parte de la entidad CATALUNYA BANC SA en la contratación de deuda subordinada de 24.1.2005 por 150.000 € y condenamos a dicha entidad a abonar a los actores la suma de 33.631,5 € en concepto de daños y perjuicios, con los intereses legales desde el 5.7.2013".

### TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- El procurador D. Ignacio López Chocarro, en representación de Catalunya Banc S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Único.- Al amparo del art. 469.1.4º de la LEC, por error de derecho en la valoración de la prueba. Error patente y arbitrariedad que afecta al derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la CE [...]."

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Único 179.- Jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales en relación al artículo 1101 del Código 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 personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 19 de diciembre de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la representación procesal de Catalunya Banc, S.A. contra la sentencia dictada el 14 de octubre de 2016 por la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 13.ª) en el rollo de apelación n.º 714/2015, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 505/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 55 de Barcelona".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 5 de marzo de 2019 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 3 de abril de 2019, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.-** *Resumen de antecedentes*

1.- El 24 de enero de 2005, D. Virgilio y Dña. Dulce adquirieron títulos de deuda subordinada de Catalunya Caixa, por importe de 150.000 €.

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 los inversores la suma de 116.368,50 €.

Asimismo, durante la vigencia de la inversión, los Sres. Virgilio y Dulce obtuvieron rendimientos por importe de 45.852,25 €.

2.- Los Sres. Virgilio y Dulce interpusieron una demanda contra Catalunya Banc S.A. (actualmente, BBVA S.A.), en la que ejercitaron una acción de responsabilidad por incumplimiento contractual y solicitaron que se condenara a la entidad demandada a indemnizarlos en 33.631,50 € (diferencia entre el capital invertido y la cantidad obtenida tras la venta de las acciones obtenidas en el canje), más sus intereses legales.

3.- Tras la oposición de la parte demandada, la sentencia de primera instancia desestimó la demanda, al considerar que, si se sumaba la cantidad obtenida en la venta de las acciones y la percibida como rendimientos, los demandantes no habían tenido perjuicio económico alguno.

4.- Interpuesto recurso de apelación por la parte demandante, la Audiencia Provincial lo estimó, revocó la sentencia de primera instancia y estimó la demanda.

### **Recurso extraordinario de infracción procesal**

#### **SEGUNDO.-** *Único motivo de infracción procesal. Error patente en la valoración de la prueba*

*Planteamiento:*

1.- El único motivo de infracción procesal se formula al amparo del art. 469.1.4º LEC y denuncia la infracción del art. 24 CE, por error patente y arbitrariedad en la valoración de la prueba.

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta, resumidamente, que la sentencia recurrida no considera acreditado el lucro cesante, cuando la percepción de los rendimientos de la inversión por parte de los demandantes consta en la prueba documental.

*Decisión de la Sala:*

1.- El recurso de infracción procesal no puede convertirse en una tercera instancia. Para que un error en la valoración de la prueba tenga relevancia para la estimación de un recurso de esta naturaleza, con fundamento en el art. 469.1.4º LEC, debe ser de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. En las sentencias de esta sala 418/2012, de 28 de junio, 262/2013, de 30 de abril, 44/2015, de 17 de febrero, 303/2016, de 9 de mayo, y 411/2016, de 17 de junio (entre otras muchas), tras reiterar la excepcionalidad de un control, por medio del recurso extraordinario por infracción procesal, de la valoración de la prueba efectuada



por el tribunal de segunda instancia, recordamos que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia a estos efectos, dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1º) que se trate de un error fáctico, -material o de hecho-, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

2.- En el presente caso no concurren tales circunstancias. En primer lugar, la Audiencia Provincial no niega que los demandantes recibieran rendimientos por su inversión, sino que consideran que no son computables a efectos de calcular la pérdida patrimonial. Y, sobre todo, lo relevante es que se trata de una consideración jurídica y no fáctica, que, en su caso, habrá de ser objeto del recurso de casación y no del extraordinario por infracción procesal.

3.- Como consecuencia de lo expuesto, el recurso extraordinario por infracción procesal debe ser desestimado.

### **Recurso de casación**

**TERCERO.- Indemnización por responsabilidad contractual en la comercialización de un producto financiero complejo por el propio emisor**

*Planteamiento :*

1.- El recurso de casación interpuesto por Catalunya Banc, por el cauce del art. 477.2.3º LEC , denuncia la infracción del art. 1101 CC .

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta, resumidamente, que los rendimientos percibidos por razón de la inversión deben tenerse en cuenta para determinar el efectivo daño por incumplimiento contractual, tal y como ha declarado la sentencia del Tribunal Supremo 754/2014, de 30 de diciembre .

*Decisión de la sala :*

1.- 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 . 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 y los intereses que fueron cobrados por los demandantes".

2.- 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.

3.- Aunque esta regla no está expresamente prevista en la regulación 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.



4.- Como dijimos 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 de la otra parte".

5.- En tanto que la sentencia de la Audiencia Provincial no se adapta a lo expuesto, debe estimarse el recurso de casación. No se aprecia que la solución adoptada deba ser diferente porque la entidad financiera no solo fuera comercializadora, sino también emisora, de las obligaciones subordinadas. En primer lugar, porque la responsabilidad contractual que da lugar a la indemnización, por asesoramiento inadecuado o defectuoso, se ha contraído en la venta de los títulos y no en su emisión. Y, en segundo término, porque el daño económico sufrido por los adquirentes, que es lo que debe ser resarcido, se contrae a la pérdida neta sufrida en su inversión.

6.- Al asumir la instancia, por los mismos fundamentos ya expuestos, debemos desestimar el recurso de apelación de los demandantes y confirmar la sentencia de primera instancia, puesto que la suma de los rendimientos percibidos y el importe obtenido con la venta de las acciones recibidas en el canje es superior a la inversión realizada. Lo que implica que no proceda indemnización alguna, puesto que el daño económico sufrido por los adquirentes, que es lo que debe ser resarcido, se contrae a la pérdida neta sufrida en su inversión, que aquí no se produjo.

**CUARTO.- Costas y depósitos.**

1.- La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal implica la imposición de las costas causadas por el mismo a la parte recurrente, según ordena el art. 398.1 LEC .

2.- La estimación del recurso de casación conlleva que no proceda hacer expresa imposición de las costas causadas por el mismo, según determina el art. 398.2 LEC .

3.- Asimismo, la desestimación del recurso de apelación supone que deban imponerse a los demandantes las costas generadas por el mismo ( art. 398.1 LEC ).

4.- Por último, procede la devolución del depósito constituido para el recurso de casación y la pérdida de los constituidos para el recurso de apelación de los demandantes y el recurso extraordinario por infracción procesal de la demandada. De conformidad con la disposición adicional 15ª, apartados 8 y 9, 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- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por BBVA S.A. contra la sentencia núm. 459/2016, de 14 de octubre, dictada por la Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación nº 714/2015 .

2.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por la misma parte recurrente contra dicha sentencia, que casamos y anulamos.

3.º- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por D. Virgilio y Dña. Dulce contra la sentencia núm. 94/2015, de 5 de mayo, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 55 de Barcelona , en el juicio ordinario n.º 505/2014, que confirmamos.

4.º- Condenar a BBVA S.A. al pago de las costas del recurso extraordinario por infracción procesal.

5.º- Imponer a D. D. Virgilio y Dña. Dulce las costas del recurso de apelación.

6.º- No hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación.



7.º- Ordenar la devolución del depósito constituido para el recurso de casación y la pérdida de los constituidos para el recurso de apelación de los demandantes y el extraordinario por infracción procesal de la demandada. 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ