



Roj: **STS 1248/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1248**

Id Cendoj: **28079110012019100217**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/04/2019**

Nº de Recurso: **3623/2016**

Nº de Resolución: **228/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 10160/2016,**
STS 1248/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 228/2019

Fecha de sentencia: 11/04/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3623/2016

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. 17

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

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 3623/2016

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. 228/2019

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 de casación interpuesto por Catalunya Banc S.A., representada por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, contra la sentencia núm. 399/2016, de 15 de septiembre, dictada por la Sección 17.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 267/2015, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 132/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Vic. Ha sido parte recurrida D. Marcelino y D.ª Gregoria, representados por la procuradora D.ª Rosalía Rosique Samper y bajo la dirección letrada de D. Feliu Comellas Camps.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- El procurador D. Ricard Girbau Medina, en nombre y representación de D. Marcelino y de D.ª Gregoria, interpuso demanda de juicio ordinario contra Catalunya Banc S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia:

"en la que es **DECLAR** I:

"1er.- Que la demandada va actuar negligentment en la seva relació contractual amb els actors en la venda de les Obligacions de Deute Subordinat 1 Emissió de Caixa Catalunya, següents:

161 títols de titularitat dambdós actors, per iguals meitats, amb un valor nominal total de 96.762,61.- €.

365 títols de titularitat de lactor Sr. Marcelino amb un total nominal de 219.368,65.- €.

"2on.- Que, pels motius expressats en la demanda i, en especial, la seva negligent actuació, els actors han sofert uns danys i perjudicis quantificats en el fet catorzè de la demanda, o sia, 44.824,82.- € pel que fa als dos actors, per iguals meitats, i 101.619,68.- € pel que fa a lactor Sr. Marcelino, més els interessos legals daquestes quantitats des de la data dinterposició de la demanda fins al seu pagament.

"3er.- Que la demandada ha de pagar les costes del procediment.

"I, en conseqüència, es **CONDEMN**I a la demanda, a estar y pasar per tals declaracions i, per tant, a pagar als meus representats les quantitats indicadas i que es detallen

44.824,82.- € als Srs. Virgilio (sic) I Gregoria, per iguals meitats.

101.6019,68.- € al Sr. Marcelino

més els respectius interessos legals sobre dites quantitats i les costes del procediment".

2.- La demanda fue presentada el 14 de febrero de 2014 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Vic, se registró con el núm. 132/2014. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª María Roser Magro Arxer, en representación de Catalunya Banc S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación de la demanda y la expresa imposición de costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el juez sustituto del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Vic dictó sentencia n.º 233/2014, de 23 de diciembre, con la siguiente parte dispositiva:

"Que, **CON ESTIMACIÓN ÍNTEGRA DE LA DEMANDA** interpuesta por el Procurador de los Tribunales Don RICARD GIRBAU MEDINA, en nombre y representación de Don Marcelino y Doña Gregoria y dirigida contra la entidad financiera CATALUNYA BANC, S.A., **DEBO CONDENAR Y CONDENO** a CATALUNYA BANC, S.A. a que pague a los demandantes Don Marcelino y Doña Gregoria la cantidad de CUARENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS VEINTICUATRO EUROS CON OCHENTA Y DOS CÉNTIMOS DE EURO (44.824,82 €) y a Don Marcelino la cantidad de **CIENTO UN MIL SEISCIENTOS DIECINUEVE EUROS CON SESENTA Y OCHO CÉNTIMOS DE EURO (101.619,68 €)** en concepto de indemnización por daños y perjuicios, más los intereses legales de dicha cuantía desde la interpelación judicial.

Se imponen las costas a la parte demandada".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Catalunya Banc S.A.



2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 17.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 267/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 15 de septiembre de 2016 , cuya parte dispositiva dice:

"Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por CATALUNYA BANC, S.A. contra la Sentencia dictada en fecha 23 de diciembre de 2014 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Vic en el juicio ordinario registrado con el n.º 132/2014 seguido a instancia de Don Marcelino y Doña Gregoria contra CATALUNYA BANC, S.A., sobre reclamación de cantidad, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMO dicha Sentencia. Y con condena en las costas causadas en esta alzada a la parte recurrente".

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

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

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Único.- Jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales en relación con el artículo 1.101 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 10 de octubre de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por Catalunya Banc, S.A. contra la sentencia dictada con fecha 15 de septiembre de 2016 por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17.^a) en el rollo de apelación n.º 267/2015 , dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 132/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Vic".

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 7 de marzo de 2019 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 3 de abril de 2019, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- Entre los años 1992 y 2009, Dña. Gregoria y D. Marcelino adquirieron obligaciones subordinadas de Caixa Catalunya, por importe total de 316.131,26 € (96.762,61 €, en común; y 219.368,65 € únicamente el Sr. Marcelino).

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 169.686,76 €.

Durante la vigencia de la inversión, los Sres. Gregoria y Marcelino Virgilio percibieron, en conjunto, 66.177,45 € como rendimientos.

2.- Los Sres. Gregoria y Marcelino Virgilio interpusieron una demanda contra Catalunya Banc S.A. (actualmente, BBVA S.A.), en la que, en lo que ahora importa, ejercitaron una acción de responsabilidad por incumplimiento contractual y solicitaron que se condenara a la entidad demandada a indemnizar a ambos demandantes en la cantidad total de 44.824,82 € (diferencia entre el capital invertido y la cantidad obtenida tras la venta de las acciones obtenidas en el canje), y al Sr. Marcelino en 101.619,68 € (en aplicación del mismo criterio de cálculo), más sus intereses legales.

3.- Tras la oposición de la parte demandada, la sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda.

4.- Interpuesto recurso de apelación por la entidad demandada, fue desestimado por la Audiencia Provincial.

SEGUNDO.- *Recurso de casación. 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 .
- 3.- En su escrito de oposición al recurso de casación, la parte recurrida alega su inadmisibilidad, porque plantea una cuestión nueva y no reviste interés casacional.
- 4.- Respecto de la primera cuestión, la sentencia de primera instancia, en su fundamento jurídico primero, al resumir la cuestión litigiosa, hizo mención expresa a la percepción de rendimientos como dato a tener en cuenta para determinar la indemnización; y en el fundamento jurídico cuarto, al resolver sobre el importe de la indemnización, también indicó expresamente que la parte demandada había solicitado el descuento de los rendimientos y argumentó por qué no lo consideraba procedente.

A su vez, en el recurso de apelación interpuesto por la entidad financiera, el apartado cuarto se dedicó íntegramente a la cuantificación del daño y se hizo mención expresa a los rendimientos y su incidencia en el daño. Fruto de ello es que el fundamento jurídico octavo de la sentencia de la Audiencia Provincial trató específicamente el problema de la aminoración de la indemnización, si bien en sentido contrario al pretendido por la parte apelante.

Como consecuencia de lo cual, debe concluirse que la cuestión jurídica a la que se ciñe el recurso de casación fue suscitada en ambas instancias, estuvo en el debate procesal y fue tratada tanto en la sentencia de primera instancia como en la de apelación. Por lo que no puede considerarse una cuestión nueva en casación.

- 5.- Respecto al interés casacional, resulta evidente a la luz de los numerosos asuntos resueltos últimamente por la Sala con idéntico contenido y la posible contradicción de la sentencia recurrida con la jurisprudencia de este tribunal.

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 o en relación causal adecuada con éste.

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 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 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, 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. Y al asumir la instancia, por los mismos fundamentos ya expuestos, debemos estimar el recurso de apelación de la demandada.

Frente a lo argumentado en la oposición al 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.- En su virtud, debemos fijar la indemnización que ha de abonar BBVA a los Sres. Gregoria y Marcelino Virgilio en un total de 80.267,05 €, diferencia entre la inversión realizada y la suma de las cantidades percibidas por el canje de acciones y los rendimientos de los capitales invertidos. La distribución de dicha cantidad total entre ambos demandantes deberá hacerse en ejecución de sentencia, al no haberse desglosado en las actuaciones.

Es decir, no cabe desestimar la demanda, como se pretende en el recurso de casación, sino estimarla en parte, en aplicación de la doctrina expuesta.

7.- La cantidad fijada como indemnización devengará el interés legal (art. 1108 CC) desde la interpelación judicial (sentencias 549/2018, de 5 de octubre y 143/2019, de 6 de marzo , entre otras).

La 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.

Esta sala ha seguido el criterio del "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 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 sobre la razonabilidad del fundamento de la reclamación, que se basa, 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 cuestiona tanto la certeza de la obligación indemnizatoria, como su concreta cuantía.

TERCERO.- Costas y depósitos

1.- 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 .



2.- Asimismo, la estimación del recurso de casación supone la estimación en parte del recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, lo que, a su vez, implica estimación parcial de la demanda, por lo que no procede hacer expresa imposición de las costas causadas en ambas instancias, según establecen los arts. 394.2 y 398.2 LEC .

3.- Por último, procede la devolución de los depósitos constituidos para los recursos de apelación y casación, 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 BBVA S.A. contra la sentencia núm. 399/2016, de 15 de septiembre, dictada por la Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación n.º 267/2015 , que casamos y anulamos.

2.º- Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por BBVA S.A. contra la sentencia núm. 233/2014, de 23 de diciembre, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Vic , en el juicio ordinario n.º 132/2014, y en su virtud, estimar en parte la demanda formulada por Dña. Gregoria y D. Marcelino y condenar a BBVA a que los indemnice en la suma total de 80.267,05 €, más sus intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda. La distribución de dicha cantidad total entre ambos demandantes deberá hacerse en ejecución de sentencia.

3.º- No hacer expresa imposición de las costas causadas en ambas instancias.

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

5.º- Ordenar la devolución de los depósitos constituidos para los recursos de apelación y casación.

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.

I