



Roj: **STS 1631/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1631**

Id Cendoj: **28079110012019100271**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/05/2019**

Nº de Recurso: **4163/2016**

Nº de Resolución: **277/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 9425/2016,**
STS 1631/2019,
AATS 7362/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 277/2019

Fecha de sentencia: 22/05/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 4163/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 11/04/2019

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

Procedencia: Audiencia Provincial de Barcelona, sección 1.^a

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

Transcrito por: RDG

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 4163/2016

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. 277/2019

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres



En Madrid, a 22 de mayo 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. 144/15 por la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 43/14, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Hospitalet de Llobregat, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por el procurador D. Ignacio de Anzizu Pigem 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 M.ª Macarena Rodríguez Ruiz en nombre y representación de D.ª Josefa, en calidad de recurrido.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procurador D. Fernando Bertrán Santamaría en nombre y representación de D.ª Josefa, interpuso demanda de juicio ordinario, contra Catalunya Banc S.A. (Catalunya Caixa), en su día Caixa D'Estalvis de Catalunya, bajo la dirección letrada de D.ª Nuria Fructuoso Aranda y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

"a) Se condene a/la demandada a satisfacer a la actora, en concepto de indemnización por daños y perjuicios, la cantidad de 26.904,26.-€, en concepto de principal, debiendo añadir a tal cantidad los intereses legales desde la fecha del canje, en julio de 2.013, y hasta el completo pago, conforme al artículo 1.100 del Código Civil.

"b) SUBSIDIARIAMENTE, si por parte del juzgador no se estimase la acción de daños y perjuicios reclamados, por estimar que fue nulo el contrato, se declare la nulidad de las órdenes de suscripción de obligaciones de deuda subordinada de Caixa Catalunya celebrados con la demandada de fecha 29/12/2004 y 20/04/2009, acompañados a esta demanda. como Documentos nº 13 y 14, por error o dolo invalidantes en el consentimiento y de todo lo actuado con posterioridad.

"Y en cuanto a la restitución consecuencia de la nulidad, se solicita se condene a la demandada Catalunya Banc, S.A a abonar a mi representada, con los intereses legales que correspondan, la diferencia entre los importes desembolsados por mi representada al contratar y los percibidos por la misma a consecuencia de los contratos cuya nulidad se pretende, y que se detallan a continuación:

"1.- Los desembolsados por mi representada se corresponden con la suma del capital entregado por la suscripción de las obligaciones de deuda subordinada que ascendía a 120.000.-E, con más los intereses legales devengados desde la fecha de suscripción de la orden de compra.

"2.- Los percibidos se corresponden con los importes abonados por la demandada en concepto de intereses durante la vigencia del contrato, y el importe de 93.095,74.-E abonados por el Fondo de Garantías de Depósitos.

"Esto es, al pago de 26.904,26.-€, más lo que resulte de la restitución respectiva de intereses que se determine en ejecución de sentencia.

"c).- Se condene a la demandada a pagar las COSTAS derivadas del presente procedimiento".

SEGUNDO .- El procurador D. Antonio M.ª de Anzizu Furest, 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:

"desestimando íntegramente la demanda con expresa imposición de 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 1 de Hospitalet de Llobregat, dictó sentencia con fecha 31 de octubre de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Que con estimación de la demanda interpuesta por el procurador de los Tribunales Sr. Bertrán Santamaría en representación de D.ª Josefa, debo condenar como condeno a Catalunya Banc S.A. a abonar a la actora los 26.904,26 euros suplicados con sus intereses legales desde la fecha de canje de las obligaciones subordinadas en julio de 2013.

"Se imponen las costas a Catalunya Banc S.A.".



CUARTO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de Catalunya Banc S.A., la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó sentencia con fecha 24 de octubre de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de Catalunya Banc S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Hospitalet de Llobregat el 31 de octubre de 2014 , en los autos de que el presente rollo dimana, la cual confirmamos íntegramente, con imposición a la apelante de las costas de la alzada".

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 extraordinario por infracción procesal en un único motivo: Art. 469.1.4.º 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 . El recurso de casación lo argumentó en un único motivo: Jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales en relación al art. 1101 del CC .

SEXTO .- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 28 de noviembre 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, el procurador D.ª María Macarena Rodríguez Ruiz, en nombre y representación de D.ª Josefa 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 11 de abril del 2019, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1. El 29 de octubre de 2004, D.ª Josefa , adquirió 60 títulos de obligaciones subordinadas, 7.ª emisión, de Caixa d'Estalvis de Catalunya (posteriormente, Catalunya Banc S.A, y en la actualidad, BBVA S.A.), por importe de 90.000 €.

El 20 de abril de 2009, la cliente adquirió otros 20 títulos de dicho producto financiero por importe de 30.000 €. Con lo que la inversión realizada fue de 120.000 €.

Tras la resolución ordenada por la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), 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 cliente la cantidad de 93.095,74 €, por lo que la pérdida sufrida en la inversión fue de 26.904,26 €.

2. D.ª Josefa interpuso una demanda contra Catalunya Banc S.A, en la que ejercitaba, como pretensión principal, una acción de responsabilidad por incumplimiento contractual y solicitaba que se condenase a la entidad financiera a indemnizarle en los ya señalados 26.904,26 €, más los intereses legales.

La entidad financiera se opuso a la demanda y alegó que la cliente había percibido 23.425,13 €, en concepto de rendimientos de los productos financieros suscritos.

3. La sentencia de primera instancia estimó la demanda y condenó a la entidad financiera a indemnizarle en los señalados 26.904,26 €, más los intereses legales desde la fecha de canje de las obligaciones subordinadas.

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

"[...] No puede estimarse el motivo, por cuanto (como dijimos en sentencia de esta Sala de 6 de mayo de 2016, Rollo 615/2014) cuando se produciría un enriquecimiento injusto a favor del demandado es si se accediese a su pretensión de reducir los rendimientos obtenidos durante la vida de la inversión sin la correlativa indemnización por parte del banco demandado de los intereses devengados desde la ejecución de las respectivas órdenes de compra hasta que se produjo la venta de las acciones al FGD, intereses calculados sobre el total de la inversión".

5. Frente a la sentencia de apelación, la demandada interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- 1. La demandada interpone recurso extraordinario por infracción procesal que articula en único motivo.



En dicho motivo, al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC , la recurrente denuncia el error patente y arbitrariedad que afecta al derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24 CE . Entre otras, cita en apoyo de su tesis las SSTs de 9 de diciembre de 2013 , 28 de noviembre de 2011 , y 19 de octubre 2009 .

En el desarrollo del motivo justifica el error notorio en la apreciación de la prueba, en los siguientes términos:

"se basa en la no detracción de rendimientos en que esta parte no acredita el lucro cesante, cuando quien ostentaba tal carga probatoria era la actora al ejercitar la acción de daños y perjuicios".

2. El motivo debe ser desestimado. La cuestión de la determinación del daño indemnizable es de índole sustantiva ajena a la naturaleza de este recurso extraordinario (art. 473.2.1 LEC , en relación con el art. 469.1 LEC).

Además, la sentencia recurrida no aplica las normas de atribución de la carga de la prueba previstas en el art. 217 LEC .

Recurso de casación

TERCERO.- Adquisición de obligaciones subordinadas. 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 764/2014, 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 764/2014, 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 de 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 a la pérdida neta sufrida en su inversión. Y al asumir la instancia 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 la demandante en 3.479,13 €, 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 otras, en la sentencia de esta sala núm. 427/2018, de 9 de julio , completada por auto de fecha 21 de 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.

CUARTO.- Costas y depósito

1. La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal comporta que las costas causadas por el mismo se impongan a la parte recurrente, según dispone el art. 398.1 LEC .

2 . 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 .

3 . 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 .

4 . Por último, procede ordenar la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación según establece la disposición adicional 15.ª LOPJ , y la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal, según establece la citada disposición.



FALLO

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

1. Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de D.^a Josefa contra la sentencia dictada, con fecha 24 de octubre de 2016, por la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 1.^a, en el rollo de apelación núm. 144/2018 .
2. Estimar el recurso de casación interpuesto por dicha representación contra la citada sentencia, que casamos y anulamos.
3. Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por Catalunya Banc S.A. contra la sentencia 293/2014, de 31 de octubre, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Hospitalet de Llobregat , en el juicio ordinario 43/2014, y en su virtud, estimar en parte la demanda formulada por D.^a Josefa y condenar a Catalunya Banc S.A. a que la indemnice en la suma de 3.479,13 €, más sus intereses legales desde la fecha de la interposición de la demanda.
4. Imponer las costas del recurso extraordinario por infracción procesal a la parte recurrente.
5. No hacer imposición de costas del recurso de casación y de las costas causadas en primera y en segunda instancia.
6. Ordenar la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal, y la devolución del 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.