



Roj: **STS 1917/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1917**

Id Cendoj: **28079110012019100302**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/06/2019**

Nº de Recurso: **204/2017**

Nº de Resolución: **308/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GI 1755/2016,**
STS 1917/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 308/2019

Fecha de sentencia: 03/06/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 204/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/05/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Girona, Sección 2.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 204/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 308/2019

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 3 de junio de 2019.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Girona, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Figueras. Los recursos fueron interpuestos por Catalunya Banc S.A. (hoy BBVA, S.A.), representada por la procuradora Ana María Llorens Pardo y bajo la dirección letrada de Ignasi Fernández Senespleda. Es parte recurrida Calixto , Salome y Santiago , representados por la procuradora Ana María Aparicio Carol y bajo la dirección letrada de Antoni Blanch Bruarolas.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. La procuradora Irene Gumá Torramilans, en nombre y representación de Santiago , Calixto i Salome , interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Figueras, contra Catalunya Banc S.A. (antes Caixa D'Estalvis de Catalunya), para que dictase sentencia por la que:

"[...] declari la responsabilitat de Catalunya Banc, S.A., per incompliment negligent dels deures i obligacions d'informació, lleialtat i transparència envers els Sres. Calixto Salome i Santiago , i se la condemni a indemnitzar els actors en l'import de 53.749,77 euros, més els interessos legals, i amb expressa imposició de les costes processals causades a aquesta part".

2. El procurador Narcis Jucglá Serra, en representación de la entidad Catalunya Banc, S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia por la que:

"[...] desestimando íntegramente la demanda con expresa imposición de costas a la parte actora".

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Figueras dictó sentencia con fecha 31 de marzo de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"Decisió: Estimant la demanda interposada per la procuradora Sra. Irene Gumá Torramilans, en nom i representació de la Sra. Santiago , Calixto i Salome contra l'entitat Catalunya Banc, S.A., condemno la part demandada a indemnitzar als actors en la suma de cinquanta-tres mil set-cents quaranta-nou euros amb setanta-set cèntims (53.749'77 euros), interessos legals i les costes del procediment".

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 2.ª de la Audiencia Provincial de Girona, mediante sentencia de 22 de noviembre de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Que desestimando, el recurso de apelación formulado por la representación de Catalunya Banc, contra la sentencia de fecha 31/03/2016 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Figueras, en el Juicio Ordinario nº 538/2014, de los que este Rollo dimana, confirmamos íntegramente, dicha resolución, con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante"

TERCERO. *Tramitación e interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1. La procuradora Mercé Canal Piferrer, en representación de Catalunya Banc S.A., interpuso recurso extraordinario de infracción procesal y recurso de casación ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Girona.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"1º) Infracción del art. 24.1 de la Constitución Española "

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1º) Infracción del art. 1101 del Código Civil "

2. Por diligencia de ordenación de 4 de enero de 2017, la Audiencia Provincial de Girona tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación mencionados, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.



3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente Catalunya Banc S.A., actualmente BBVA S.A., representada por la procuradora Ana María Llorens Pardo; y como parte recurrida Calixto , Salome y Santiago representados por la procuradora Ana María Aparicio Carol.

4. Esta sala 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 22 de noviembre de 2016 por la Audiencia Provincial de Girona (sección 2.ª) en el rollo de apelación n.º 406/2016 , dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 538/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Figueres".

5. Dado traslado, la representación procesal de Calixto , Salome y Santiago presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 23 de mayo de 2019, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

Entre 1999 y 2010, Leonardo y Santiago suscribieron varias ordenes de compra de títulos de obligaciones de deuda subordinada y participaciones preferentes de Caixa Catalunya (luego, Catalunya Banc y, en la actualidad, BBVA), por un importe total de 97.500 euros.

Tras la intervención de la entidad por el FROB, el canje obligatorio de las participaciones preferentes y deuda subordinada por acciones y su posterior venta, los clientes recuperaron la suma de 43.750,23 euros.

Los rendimientos que Leonardo y Santiago recibieron por las participaciones preferentes y las subordinadas suman un total de 22.502,03 euros.

2. Tras el fallecimiento de Leonardo , sus hijos y herederos, Salome y Calixto , junto con Santiago interpusieron una demanda contra Catalunya Banc, S.A. de indemnización de daños y perjuicios basada en el incumplimiento por el banco de sus obligaciones de asesoramiento e información. El importe del perjuicio objeto de indemnización era la pérdida de la inversión realizada: la diferencia entre el precio pagado por las participaciones preferentes y la deuda subordinada (97.500 euros) y la cantidad recuperada (43.750,23 euros), en total 53.749,77 euros.

3. El juzgado de primera instancia estimó íntegramente la demanda y condenó al banco demandado al pago de una indemnización de 53.749,77 euros, más los intereses legales devengados desde la interposición judicial.

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por el banco demandado. La Audiencia desestimó el recurso del banco y confirmó la sentencia de primera instancia.

5. Frente a la sentencia de apelación, el banco interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

SEGUNDO. Recurso extraordinario por infracción procesal

1. *Formulación del motivo* . El motivo se formula al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 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 ".

En el desarrollo del motivo se afirma que "cabe apreciar error notorio en la apreciación de la prueba, pues la Audiencia Provincial de Girona se basa en la no detracción de rendimientos en que esta parte no acredita el lucro cesante, cuando quien ostentaba tal carga de la probatoria era la actora al ejercitar la acción de daños y perjuicios".

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. *Desestimación del motivo* . El motivo está mal planteado. Se denuncia en el encabezamiento un error notorio en la valoración de la prueba y en el desarrollo este error se concreta en una incorrecta aplicación de las reglas de la carga de la prueba. Son dos cuestiones distintas, una es que el resultado de la prueba practicada se hubiera valorado incurriendo en error notorio o arbitrariedad y con ello se haya vulnerado el art. 24 CE ; y, otra distinta, que ante la ausencia de prueba respecto de un determinado hecho, se hayan aplicado las reglas de



la carga de la prueba. La primera (error notorio o arbitrariedad en la valoración de la prueba) debe impugnarse por el ordinal 4º del art. 469.1 LEC, mientras que la segunda (infracción de las reglas de la carga de la prueba) debe impugnarse por el ordinal 2º del art. 469.1 LEC (infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en concreto del art. 217 LEC).

Además, en realidad lo que se denuncia no es un error notorio en la acreditación de un hecho, sino en el criterio legal seguido para la determinación de la indemnización de daños y perjuicios, que no deja de ser una valoración jurídica, cuya impugnación no corresponde al recurso extraordinario por infracción procesal sino al recurso de casación.

TERCERO. Recurso de casación

1. Formulación del motivo. El motivo denuncia la infracción del arts. 1101 CC, en relación con la jurisprudencia contenida en la Sentencia 754/2014, de 30 de diciembre, en la medida que lo concedido excede de la satisfacción del daño sufrido en la inversión.

Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. Estimación del motivo. La cuestión suscitada en el motivo ha sido resuelta y aclarada por la Sala en su Sentencia 81/2018, de 14 de febrero.

En esta sentencia, con remisión a la anterior sentencia 613/2017, de 16 de noviembre, se reitera la doctrina contenida en la sentencia 301/2008, de 8 de mayo, según la cual en la liquidación de los daños indemnizables debía computarse, junto a los daños sufridos, la eventual obtención de ventajas por el acreedor. Esta regla había sido aplicada también por la sentencia 754/2014, de 30 de diciembre, en un caso en que se apreció el incumplimiento contractual en la labor de asesoramiento que provocó la adquisición de participaciones preferentes, al concluir 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 este contexto, la Sentencia 81/2018, de 14 de febrero, resulta más explícita, cuando razona:

"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, a fin de que el contratante cumplidor no quede en una situación patrimonial más ventajosa con el incumplimiento que con el cumplimiento de la relación obligatoria. 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.

"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".

De tal forma que también en el presente caso podemos concluir que, como la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados "resarce económicamente el menoscabo patrimonial producido al perjudicado, (...) se concreta en la pérdida de la inversión, pero compensada con la ganancia obtenida, que tuvo la misma causa negocial".

En nuestro caso, como la inversión fue de 97.500 euros, el capital rescatado tras la intervención del FROB de 43.750,23 euros y los rendimientos obtenidos de 22.502,03 euros, el perjuicio sufrido ha de cifrarse en 31.247,74 euros, más los intereses legales desde la interpelación judicial.

3. Procede por ello estimar el recurso de casación, y al asumir la instancia, por las mismas razones que acabamos de exponer, estimar también el recurso de apelación, en el sentido de estimar en parte la demanda y condenar al banco demandado a indemnizar a los demandantes (Santiago, Salome y Calixto) en la suma de 31.247,74 euros, más los intereses legales desde la interpelación judicial.

**CUARTO. Costas**

1. Desestimado el recurso extraordinario por infracción procesal, imponemos a la parte recurrente las costas de su recurso (art. 398.1 LEC).
2. Estimado el recurso de casación, no procede hacer expresa condena en costas, de conformidad con lo prescrito en el art. 398.2 LEC .
3. Estimado el recurso de apelación interpuesto por Catalunya Banc, tampoco hacemos expresa condena en costas (art. 398.2 LEC).
4. Desestimadas parcialmente las pretensiones de ambas partes, tampoco hacemos expresa condena de las costas de la primera instancia (art. 394 LEC).

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 Catalunya Banc, S.A. (hoy, BBVA) contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona (sección 2ª) de 22 de noviembre de 2016 (rollo 406/2016 sentencia de la Audiencia Provincial de Girona (sección 2ª) de 22 de noviembre de 2016 (rollo 406/2016).

2.º Estimar el recurso de casación interpuesto por Catalunya Banc, S.A. (hoy, BBVA) contra la reseñada sentencia de la Audiencia Provincial de Girona (sección 2ª) de 22 de noviembre de 2016 (rollo 406/2016), en el siguiente sentido.

3.º Estimar el recurso de apelación interpuesto por Catalunya Banc, S.A. (hoy, BBVA) contra la sentencia del Juzgado de Primera núm. 5 de Figueres de 31 de marzo de 2016 (juicio ordinario 538/2014), cuya parte dispositiva modificamos en el siguiente sentido.

4.º Estimar la demanda formulada por Santiago , Salome y Calixto contra Catalunya Banc, S.A. (hoy, BBVA), y condenar a la demandada a indemnizar a los demandantes en la suma de 31.247,74 euros, más los intereses legales devengados desde la interpelación judicial.

5.º Imponer las costas del recurso extraordinario por infracción procesal a la parte recurrente con pérdida del depósito constituido para recurrir.

6.º No hacer expresa condena de las costas generadas por los recursos de casación y de apelación, ni tampoco las correspondientes a la primera instancia.

7.º Se acuerda la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación,

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.