



Roj: **STS 3356/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3356**

Id Cendoj: **28079110012018100538**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/10/2018**

Nº de Recurso: **3921/2015**

Nº de Resolución: **547/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 9906/2015,**
STS 3356/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 547/2018

Fecha de sentencia: 05/10/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3921/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/09/2018

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE BARCELONA SECCION N. 13

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3921/2015

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 547/2018

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena



D. Pedro José Vela Torres

En Madrid, a 5 de octubre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por Catalunya Banc S.A., representada por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, contra la sentencia núm. 289/2015, de 30 de septiembre, dictada por la sección 13.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 464/2014, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 858/2013, del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Igualada, sobre indemnización de daños y perjuicios en la adquisición de deuda subordinada. Han sido parte recurrida D. Leopoldo y D.^a Vanesa, representados por la procuradora D.^a Helena Romano Vera y bajo la dirección letrada de D. Jorge Marcos Pérez.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.^a Marta Peña Ventura, en nombre y representación de D. Leopoldo y de D.^a Vanesa, interpuso demanda de juicio ordinario contra Catalunya Banc S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

«1. Se declare la obligación de la demandada de indemnizar a mis principales con la suma de 56.164,69 euros, en concepto de daños y perjuicios por responsabilidad contractual, más el pago del interés legal de dicha suma desde la interpelación judicial.

»2. Subsidiariamente se declare la nulidad de los contratos suscritos entre las partes con ocasión de la suscripción de las emisiones 6.^a, 7.^a y 8.^a de Deuda Subordinada de Caixa de Catalunya/Catalunya Caixa, así como de las correspondientes Órdenes de compra, por la existencia de dolo contractual por parte de la adversa o en su defecto, error vicio en el consentimiento. Siendo imposible la restitución recíproca de prestaciones por haberse amortizado los títulos, la condena debe consistir:

»a. En la restitución a los demandantes del importe del principal dejado de percibir, esto es la suma de 56.164,69 euros más el interés legal del dinero desde la interpelación judicial, sin devolución a la adversa de las prestaciones recibidas por mi principal habida cuenta que ha actuado de mala fe.

»b. Subsidiariamente al punto a. precedente, la condena por esta causa debe consistir en la restitución a los demandantes del importe del principal dejado de percibir, esto es la suma de 56.164,69 euros más el interés legal de *todas las adquisiciones de deuda* subordinada de la 6.^a, 7.^a y 8.^a emisión, desde la fecha de dicha adquisición, menos las prestaciones en forma de interés recibidas por mis principales en relación con las compras anuladas. Lógicamente si mi principal debe devolver todos los intereses, la adversa debe abonar el interés legal de todas las sumas que ha invertido en las 6.^a, 7.^a y 8.^a emisión de Deuda Subordinada desde la fecha de su adquisición hasta la fecha de la sentencia en el caso de los 56.164,69 euros, y hasta la fecha de la amortización de la deuda, respecto a las sumas que resultan del documento número 10.

»3. Subsidiariamente esta parte ejerce la acción resolutoria basada en el incumplimiento del deber de diligencia, lealtad e información por parte de la entidad bancaria e indemnización de daños y perjuicios, condenando, por lo tanto, a la adversa, en el pago de 56.164,69 euros más el interés legal desde la interpelación judicial y subsidiariamente la condena en los puntos a o b del apartado anterior.

»4. En cualquiera de los casos precedentes, que se condene a la adversa en las costas causadas a mis principales en el presente procedimiento».

2.- La demanda fue presentada el 20 de noviembre de 2013 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Igualada, fue registrada con el núm. 858/2013. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

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

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Igualada dictó sentencia de fecha 29 de abril de 2014, con la siguiente parte dispositiva:

«Estimando la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Peña Ventura en nombre y representación de D. Leopoldo y Dña. Vanesa contra Catalunya Banc, debiendo condenar y condenando a la demandada a abonar la cantidad de cincuenta y seis mil ciento sesenta y cuatro euros con sesenta y nueve céntimos (56.164,69 €)



No ha lugar a la imposición de costas por presentar el caso dudas de hecho y de derecho».

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 representación D. Leopoldo y de D.^a Vanesa, presentó escrito de oposición a la apelación y formuló impugnación contra la sentencia.

3.- 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 464/2014 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 30 de septiembre de 2015, cuya parte dispositiva dice:

«1.- Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de CATALUNYA BANC, S.A. y estimando la impugnación promovida por la representación de D. Leopoldo y de D.^a Vanesa, ambas contra la sentencia dictada en fecha 29 de abril de 2014 por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Igualada en autos de Juicio Ordinario número 858/2013 de los que el presente Rollo dimana, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS PARCIALMENTE la expresada resolución dejando sin efecto el pronunciamiento en costas que se contiene en la misma y en su lugar acordamos imponer a la demandada, CATALUNYA BANC, S.A., las costas procesales causadas en primera instancia, MANTENIENDO Y CONFIRMANDO los restantes pronunciamientos en el modo en que vienen acordados.

»Todo ello con expresa imposición a la recurrente, CATALUNYA BANC, S.A., de las costas procesales causadas en esta alzada derivadas de su recurso y sin hacer expresa imposición de las costas derivadas de la impugnación promovida por la parte actora».

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.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

«Único.- Al amparo del art. 469.1.4.º de la LEC, por error de derecho en la valoración de la prueba. Error patente y arbitrariedad que afecta al derecho de la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la CE. (SSTS de 9-12-2013, 18-6-2006, 28-11-2008, 8-7-2009, 10-9-2009, 19-10-2009, 13-11-2012, etc)».

El motivo del recurso de casación fue:

«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 esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 4 de abril de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de Catalunya Banc, S.A. contra la sentencia dictada con fecha 30 de septiembre de 2015 por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 13.^a, en el rollo de apelación n.º 464/2014, dimanante del juicio ordinario n.º 858/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Igualada».

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 10 de julio de 2018 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 20 de septiembre de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- Entre los años 2005 y 2011, D. Leopoldo y Dña. Vanesa realizaron cuarenta y tres operaciones de compra de obligaciones subordinadas de Catalunya Caixa, series 6^a, 7^a y 8^a, por importe total de 250.000 €.

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 194.335,31 €.



Asimismo, durante la vigencia de la inversión, los Sres. Leopoldo y Vanesa obtuvieron rendimientos por importe de 78.512,06 €.

2.- Los Sres. Leopoldo y Vanesa 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 56.164,69 € (diferencia entre el capital invertido y la cantidad obtenida tras la venta de las acciones obtenidas en el canje), más sus intereses legales. Subsidiariamente, solicitaron la nulidad de las adquisiciones de deuda subordinada, con restitución de las prestaciones.

3.- Tras la oposición de la parte demandada, la sentencia de primera instancia estimó la demanda y condenó a la entidad demandada a indemnizar a los actores en la suma de 56.164,69 €, más sus intereses legales desde la interposición de la demanda.

4.- Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada e impugnada la sentencia por la parte demandante, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de la entidad demandada y estimó la impugnación de los actores, en el único sentido de condenar en costas a la demandada.

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 acreditada la percepción de los rendimientos de la inversión por parte de los demandantes, cuando dicha circunstancia se desprende de la propia documental obrante en las actuaciones.

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 cuestiona el método de cálculo. Y en todo caso, lo relevante es que se trata de una consideración jurídica y no fáctica: los rendimientos, sea cual sea su importe, no son deducibles de la inversión, a efectos de determinar la indemnización procedente por el incumplimiento contractual. Cuestión 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, dijimos:

« 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, 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.

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 estimar el recurso de apelación de la demandada, 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. En las sentencias 165/2018, de 22 de marzo, y 373/2018, de 20 de junio, resolvimos unos casos iguales al presente, en los que, una vez sumadas



las cantidades obtenidas tras el canje obligatorio y las percibidas como rendimientos de la inversión, resultó que los inversores habían recibido una suma superior a la inicialmente invertida. Ello 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.

Lo que, a su vez, supone la desestimación de la demanda, al no existir perjuicio patrimonial indemnizable ni restitución favorable a los demandantes.

Al mismo tiempo, debe desestimarse la impugnación de los demandantes, con el reflejo en costas que se dirá a continuación.

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 estimación del recurso de casación supone la estimación del recurso de apelación interpuesto por BBVA S.A. y la desestimación de la impugnación efectuada por los Sres. Leopoldo y Vanesa. Por lo que deben imponerse a estos últimos las costas de su impugnación (art. 398.1 LEC) y no hacer expresa imposición de las causadas por el recurso de apelación de la demandada (art. 398.2 LEC).

4.- La estimación del recurso de apelación de la entidad demandada conlleva la íntegra desestimación de la demanda, por lo que deben imponerse a los demandantes las costas de la primera instancia, según establece el art. 394.1 LEC.

5.- Por último, procede la devolución de los depósitos constituidos para el recurso de casación y el de apelación de la demandada y la pérdida del constituido 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. 289/2015, de 30 de septiembre, dictada por la Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación n.º 464/2014.

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

3.º- Estimar el recurso de apelación interpuesto por BBVA S.A. y desestimar la impugnación formulada por D. Leopoldo y D.ª Vanesa, contra la sentencia de 29 de abril de 2014 dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Igualada, en el juicio ordinario n.º 858/2013, que revocamos y dejamos sin efecto.

4.º- Desestimar la demanda interpuesta por D. Leopoldo y D.ª Vanesa contra Catalunya Banc S.A. (actualmente, BBVA S.A.).

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

6.º- Imponer a D. Leopoldo y D.ª Vanesa las costas de la primera instancia, así como de las de su impugnación contra la sentencia de primer grado.

7.º- No hacer expresa imposición de las costas de los recursos de apelación y casación de BBVA.

8.º- Ordenar la devolución de los depósitos constituidos para el recurso de casación y el de apelación de la demandada 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.