



Roj: **STS 3426/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3426**

Id Cendoj: **28079110012018100544**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/10/2018**

Nº de Recurso: **477/2016**

Nº de Resolución: **549/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 549/2018**

Fecha de sentencia: 05/10/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 477/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/09/2018

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE BARCELONA SECCION N. 19

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 477/2016

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 549/2018**

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 5 de octubre de 2018.



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. 273/2015, de 9 de diciembre, dictada por la sección 19.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 558/2014, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 1285/2013, del Juzgado de Primera Instancia n.º 27 de Barcelona, sobre indemnización de daños y perjuicios en la adquisición de obligaciones subordinadas. Han sido parte recurrida D. Justino y D.ª Dolores, representados por el procurador D. Ignacio Aguilar Fernández y bajo la dirección letrada de D.ª Glòria Borén i Gómez.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

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

1.- El procurador D. Pedro M. Adán Lezcano, en nombre y representación de D. Justino y de D.ª Dolores, interpuso demanda de juicio ordinario contra Catalunya Banc S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

«por la que, estimando la demanda se declare la existencia de error en el consentimiento de los actores, causado por una actuación dolosa de la demandada, al adquirir la Deuda Subordinada litigiosa y, en consecuencia, se condene a la demandada a pagar a mis mandantes:

- »a) La cantidad de 21686,52 ? (fijada como principal y cuantía de la demanda en el hecho sexto),
- »b) Más los intereses de 20.178,59 ? calculado al tipo del Euribor trimestral más 2 puntos, (que serán 2.75 puntos a partir del 18/12/2013) y en cualquier caso con un mínimo del 4%, hasta la fecha del efectivo abono del principal a los actores.
- »c) Los intereses legales (que en fase de ejecución se incrementan en dos puntos) a contar de la fecha de esta demanda sobre el resto del principal del apartado a), o sea, sobre los 1507,93 ? hasta la fecha de su efectivo pago.
- »d) Al pago de todas las costas causadas en este procedimiento».

2.- La demanda fue presentada el 2/12/2013 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 27 de Barcelona, fue registrada con el núm. 1285/2013. 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 los demandantes.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 27 de Barcelona dictó sentencia n.º 129/2014, de 2 de julio, con la siguiente parte dispositiva:

«Que, ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda de juicio ordinario interpuesta por el Procurador Sr. Adán Lezcano en nombre y representación de Don Justino y Doña Dolores, DEBO CONDENAR Y CONDENO A CATALUNYA BANC S.A. a abonar a la parte actora la suma de VEINTE MIL CIENTO SETENTA Y OCHO EUROS CON CINCUENTA Y NUEVE CENTIMOS (20.178,59 euros), más los intereses legales desde la interposición de la demanda, abonando cada parte las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad».

### 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 19.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 558/2014 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 9 de diciembre de 2015, cuya parte dispositiva dispone:

«Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de CATALUNYA BANC, S.A. contra la sentencia dictada el 2 de julio de 2014 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 27 de Barcelona, confirmando íntegramente la misma, imponiendo las costas de la alzada a la parte apelante y con pérdida del depósito para recurrir».

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

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

El motivo del recurso de casación fue:



«Único.- 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 25 de abril de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Catalunya Banc, S.A. contra la sentencia dictada el 9 de diciembre de 2015 por la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 19.<sup>a</sup>) en el rollo de apelación n.º 558/2014, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 1285/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 27 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 10 de julio de 2018 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 20 de septiembre siguiente, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- El 25 de noviembre de 2008, D. Justino y D.<sup>a</sup> Dolores suscribieron una orden de compra de obligaciones subordinadas de Catalunya Caixa, por importe de 90.000 ?.

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 69.821,41 ?.

Asimismo, durante la vigencia de la inversión, los Sres. Justino y Dolores obtuvieron rendimientos por importe de 19.172,40 ?.

2.- Los Sres. Justino y Dolores interpusieron una demanda contra Catalunya Banc S.A. (actualmente, BBVA S.A.), en la que solicitaron la nulidad de la orden de compra y la restitución de las prestaciones.

3.- Tras la oposición de la parte demandada, la sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda y condenó a la entidad demandada a indemnizar a la actora en 20.178,59 ?, más sus intereses legales desde la interposición de la demanda.

**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.- Al oponerse al recurso de casación, la parte recurrida alegó su inadmisibilidad por varias razones: (i) El interés casacional que se alega -determinación del daño indemnizable- no fue objeto de tratamiento en las instancias, ya que la parte demandada solo opuso enriquecimiento injusto; (ii) El recurso hace supuesto de la cuestión; (iii) El recurso de casación plantea cuestiones nuevas; (iv) No se ha intentado la subsanación de la infracción alegada; (v) No se cita la norma infringida; (vi) No hay correspondencia entre la petición de desestimación de la demanda y la argumentación relativa a la reducción de la condena dineraria.

Tales alegaciones no pueden ser atendidas, porque desde la primera instancia ha sido objeto de debate el alcance del importe de la indemnización por incumplimiento y, en concreto, si para su cálculo deben descontarse los rendimientos recibidos por el inversor. El recurso no altera la base fáctica de la sentencia, ni plantea cuestiones nuevas, ni hace supuesto de la cuestión, sino que plantea una cuestión jurídica, cual es la de los conceptos que han de tomarse en consideración para calcular la indemnización por incumplimiento contractual. Se cita como infringido el art. 1101 CC. Y aunque es cierto que hay contradicción entre la petición



de desestimación total de la demanda y el razonamiento tendente a aminorar el importe de la indemnización, ello no es motivo de inadmisión del recurso, sino, en su caso, de estimación parcial del mismo.

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

En su virtud, debemos fijar la indemnización que ha de abonar BBVA a los Sres. Justino y Dolores en 1006,19 €, diferencia entre la inversión realizada y las cantidades percibidas por el canje de acciones y los rendimientos del capital invertido.



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.

**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. 273/2015, de 9 de diciembre, dictada por la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación n.º 558/2014, que casamos y anulamos.

2.º- Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por BBVA S.A. contra la sentencia núm. 129/2014, de 2 de julio, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 27 de Barcelona, en el juicio ordinario n.º 1285/2013, y en su virtud, estimar en parte la demanda formulada por D. Justino y Dña. Dolores y condenar a BBVA a que los indemnice en la suma de 1006,19 €, más sus intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda.

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.