



Roj: **STS 1595/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1595**

Id Cendoj: **28079110012019100263**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/05/2019**

Nº de Recurso: **50/2017**

Nº de Resolución: **278/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 11737/2016,**  
**STS 1595/2019**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 278/2019**

Fecha de sentencia: 22/05/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 50/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 11/04/2019

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

Procedencia: Audiencia Provincial de Barcelona, sección 11.<sup>a</sup>

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: RDG

Nota:

CASACIÓN núm.: 50/2017

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 278/2019**

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 el recurso de casación, interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 540/14 por la sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 965/13, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Barcelona, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por el procurador D. Ignacio López Chocarro en nombre y representación de Catalunya Banc S.A., compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora D.ª Ana María Llorens Pardo en calidad de recurrente y el procurador D. Juan Álvaro Ferrer Pons en nombre y representación de D. Carlos Ramón y D.ª Delia, en calidad de recurrido.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- El procurador D. Juan Álvaro Ferrer Pons en nombre y representación de D. Carlos Ramón y D.ª Delia, interpuso demanda de juicio ordinario, contra Catalunya Banc S.A., bajo la dirección letrada de D. Albert García Borrás y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

"se condene a la demandada al pago de la cantidad de 103.836,88 euros como indemnización de daños y perjuicios por la resolución contractual efectuada unilateralmente de las compras de las participaciones preferentes, por el canje forzoso consiguiente a acciones ilíquidas sin valor alguno, y por toda la actuación dolosa de la demandada desde el inicio de los contratos de compra y todo ello con los intereses legales de esa cantidad desde la reclamación extrajudicial.

"Y todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada".

**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 8 de Barcelona, dictó sentencia con fecha 29 de abril de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Que estimando la demanda interpuesta por DOÑA Delia y DON Carlos Ramón contra CATALUNYA BANC, S.A., condeno a la demandada a indemnizar a los actores en la suma de CIENTO TRES MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y SEIS EUROS CON OCHENTA Y OCHO CÉNTIMOS (103.836,88 €), con más el interés legal del dinero desde el día 23 de agosto de 2013 hasta la fecha de esta sentencia y el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de esta resolución hasta la del pago.

"Las costas del procedimiento se imponen a la parte demandada".

**CUARTO** .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de Catalunya Banc S.A., la sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó sentencia con fecha 24 de noviembre de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Que desestimamos íntegramente el recurso de apelación interpuesto por CATALUNYA BANC, S.A. contra la Sentencia dictada en fecha 29 de abril de 2014 en los autos de juicio ordinario 965/13 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 8 de los de Barcelona y en consecuencia:

"1º CONFIRMAMOS dicha resolución en todos sus extremos.

"2º CONDENAMOS a CATALUNYA BANC, S.A. a: 2.1.- El pago de las costas causadas por la tramitación del recurso de apelación por ella interpuesto y 2.2.- La pérdida del depósito constituido para formular el recurso de apelación, al que se dará el destino legal".

**QUINTO** .- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación procesal de Catalunya Banc S.A. con apoyo en un único motivo: Art. 1101 CC.

**SEXTO** .- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 12 de diciembre 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. Álvaro Ferrer Pons, en nombre y representación de D. Carlos Ramón y D.ª Delia 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. Entre el 27 de julio de 2005 y el 17 de octubre de 2008, D.<sup>a</sup> Delia y D. Carlos Ramón adquirieron participaciones preferentes de Caixa Manresa (posteriormente, Catalunya Banc S.A. y en la actualidad, BBVA S.A.) por un importe total de 208.700 €.

Los clientes, de forma voluntaria, procedieron a la venta de parte de los títulos adquiridos por un importe de 48.000 €; con lo que su inversión inicial quedó reducida a 160.700 €.

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 los inversores la cantidad de 56.863,12 €. Por lo que la disminución del valor de su inversión quedó cuantificada en 103.836,88 €.

2. D.<sup>a</sup> Delia y D. Carlos Ramón interpusieron una demanda contra Catalunya Banc S.A. en la que ejercitaban una acción de responsabilidad por incumplimiento contractual y solicitaban que se condenara a la entidad financiera a indemnizarlos en los ya señalados 103.836,88 €, más los intereses legales.

La entidad financiera se opuso la demanda y alegó que los demandantes habían recibido 32.411,92 € en concepto de rendimientos de las participaciones preferentes.

3. La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda.

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

"[...] Indiscutido que los clientes invirtieron 208 700€ en la adquisición de los títulos litigiosos, que vendieron de forma voluntaria valores por un importe de 48 000€, y que a raíz del canje por acciones de los títulos restantes ordenado por el FROB y ulterior venta de aquéllas al FGD obtuvieron 56.836,12€, es claro que han sufrido un menoscabo patrimonial por la diferencia de 103.836,88€ no recuperada tal como declaran las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de julio y 6 de octubre de 2.015 en supuestos similares de pérdida de inversión por negligencia de la entidad financiera en el cumplimiento del deber de información del riesgo que entrañaba la suscripción de determinados productos.

"A nuestro juicio esa cantidad, la que es objeto de reclamación en la demanda y de condena en la sentencia (aunque pudiera existir un pequeño error de cálculo) no puede verse minorada por compensación con los rendimientos obtenidos por los clientes durante el período de tenencia de los títulos. Esto es así porque quien invoca esta excepción no ha demostrado que los Sres. Delia Carlos Ramón , de no haber suscrito los títulos litigiosos y de haber dispuesto por tanto del capital que tenían ahorrado, no hubieran podido obtener un rendimiento a su dinero. Privarles de los frutos obtenidos durante el tiempo que de buena fe poseyeron los títulos, adquiridos por la deficiente información facilitada por la entidad recurrente, resulta contrario al principio establecido en el art 522-3 1 CCCat , dejaría incompleta la indemnización a los perjudicados y entrañaría un enriquecimiento injustificado para la anterior al haber dispuesto de financiación durante todo ese periodo sin satisfacer retribución de ningún tipo. En este sentido se han pronunciado las Sentencias dictadas por esta Audiencia Provincial, Secciones 16.<sup>a</sup> de 17/6/15 y 17 de 1/9/15 y la de Girona, Sección 1.<sup>a</sup> de 9 de noviembre de 2.015 "

5. Frente a la sentencia de apelación, la demanda se interpone recurso de casación.

### *Recurso de casación*

**SEGUNDO.- *Adquisición de participaciones preferentes. Indemnización de daños y perjuicios. 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 754/2014, 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 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".

**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 da 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, por los mismos fundamentos ya expuestos, 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 los demandantes en 71.424,96 €, diferencia entre la pérdida de la inversión realizada y los rendimientos del capital invertido.

**8.** Por lo que no cabe desestimar la demanda sino estimada 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, complementada 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 liquida 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 lo 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.

### **TERCERO** *Costas y depósito*

1. 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.
2. 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.
3. Por último, procede ordenar la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación, según establece la disposición adicional 15.ª LOPJ.

### **FALLO**

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

1. Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad Catalunya Banc S.A. contra la sentencia dictada, con fecha 24 de noviembre de 2016, por la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 11.ª, en el rollo de apelación núm. 540/2014, que casamos y anulamos.
2. Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por Catalunya Banc S.A. contra la sentencia 93/2014, de 29 abril, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Barcelona, en el juicio ordinario 965/2013, y en su virtud, estimar en parte la demanda formulada por D.ª Delia y D. Carlos Ramón y condenar a Catalunya Banc S.A. a que los indemnice en la suma de 71.424,96 €, más sus intereses legales desde la fecha de la interposición de la demanda.
3. No hacer expresa imposición de costas del recurso de casación y de las costas causadas en primera y segunda instancia.
4. Ordenar la devolución del depósito 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.