



Roj: **STS 1964/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1964**

Id Cendoj: **28079110012019100312**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/06/2019**

Nº de Recurso: **366/2017**

Nº de Resolución: **310/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 13665/2016,**
STS 1964/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 310/2019

Fecha de sentencia: 03/06/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 366/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/05/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17.^a

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

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 366/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 310/2019

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 de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 17.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Manresa. El recurso fue interpuesto por el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., sucesora por fusión por absorción de Catalunya Banc S.A., representado por el procurador Ignacio López Chocarro y bajo la dirección letrada de Ignasi Fernández de Senespleda. Es parte recurrida Ezequiel y Elsa , representados por el procurador Jacinto Gómez Simón y bajo la dirección letrada de D. Josep Sorribes Carrio.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. La procuradora Esther Ramos Montero, en nombre y representación de Ezequiel y Elsa , interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Manresa, contra Catalunya Banc S.A, para que dictase sentencia por la que:

"1.º Con carácter principal.- Que Catalunya Banc S.A. ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia, lealtad e información como prestador de servicios de inversión en una comercialización y venta de valores en los términos recogidos en el cuerpo de esta demanda, y al amparo del artículo 1101 del Código Civil se le condene a indemnizar a Don Ezequiel y Doña Elsa por los daños y perjuicios causados, equivalentes a la pérdida de sus inversiones, en la cantidad cuarenta y cuatro mil ochocientos siete con cincuenta y ocho euros (44.805,58 €) (sic) más los intereses legales desde la fecha de la presente interpelación judicial hasta su efectivo pago.

"2.º Subsidiariamente.- Que Catalunya Banc S.A. no ha cumplido con sus obligaciones de diligencia, lealtad e información como prestador de servicios de inversión en una comercialización y venta de valores en los términos recogidos en el cuerpo de esta demanda, y al amparo del artículo 1124 del Código Civil , se declare la resolución del contrato/contratos y se condene a indemnizar a Don Ezequiel y Doña Elsa por los daños causados, equivalentes a la pérdida de sus inversiones, en la cantidad cuarenta y cuatro mil ochocientos siete con cincuenta y ocho euros (44.805,58 €) (sic) más el abono de intereses desde la fecha de la presente interpelación judicial hasta su efectivo pago.

"3.º Subsidiariamente.- Se declare la nulidad del contrato/contratos por vicio del consentimiento, de conformidad con lo previsto en el artículo 1266 del Código Civil y con los efectos previstos en el artículo 1301 del Código Civil . Por consiguiente, con la restitución a Don Ezequiel y Doña Elsa de la cantidad cuarenta y cuatro mil ochocientos siete con cincuenta y ocho euros (44.805,58 €) (sic), es decir, la diferencia entre lo invertido y lo recuperado, simultánea restitución (o mediante compensación) por parte de mis mandantes a la entidad financiera de los frutos percibidos hasta la fecha; todo ello junto con la recíproca restitución de intereses entre las partes, desde la orden de compra por parte de la entidad financiera y desde la formalización del abono de cada uno de los importes -frutos- liquidados a mis mandantes, por parte de estos

"2.º (sic) Se condene a la demandada a estar y pasar por tales declaraciones interesadas en el punto anterior, y al pago de las cantidades en ellas referenciadas.

"3.º (sic) En todo caso con imposición de costas a la demandada".

2. La procuradora Inmaculada Serra Gras, 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. 8 de Manresa dictó sentencia con fecha 18 de marzo de 2015 cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Estimo la demanda interpuesta por Ezequiel y Elsa frente a Catalunya Banc S.A. y en consecuencia condeno a la demandada a reintegrar a la actora la cantidad 44.805,58 euros; todo ello con los intereses establecidos en el fundamento de derecho tercero y al pago de las costas presente procedimiento".

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 17.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, mediante sentencia de 1 de diciembre de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de Catalunya Banc S.A. contra la sentencia dictada el 18 de marzo de 2015 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Manresa en autos de juicio ordinario n.º 835/2013, que se confirma, con imposición de las costas procesales de esta alzada a la apelante".

TERCERO. Tramitación e interposición del recurso de casación

1. El procurador Ignacio López Chocarro, en representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., sucesora por fusión por absorción de Catalunya Banc S.A., interpuso recurso de casación ante la Sección 17.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona.

El motivo del recurso de casación fue:

"1º) Jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales en relación al art. 1101 del Código Civil".

2. Por diligencia de ordenación de 16 de enero de 2017, la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17.^a, tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado, 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 Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. (antes Catalunya Banc S.A.), representada por el procurador Ignacio López Chocarro; y como parte recurrida Ezequiel y Elsa representados por el procurador Jacinto Gómez Simón.

4. Esta sala dictó auto de fecha 6 de febrero de 2019 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. (antes Catalunya Banc S.A.) contra la sentencia dictada con fecha 1 de diciembre de 2016, por la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 17.^a), en el rollo de apelación n.º 626/2015 , dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 835/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Manresa".

5. Dado traslado, la representación procesal de Ezequiel y Elsa 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.

En 2001 y 2003, Ezequiel y Elsa suscribieron dos órdenes de compra de participaciones preferentes (serie B) de Caixa Catalunya (luego, Catalunya Banc y, en la actualidad, BBVA), por un importe total de 73.000 euros.

Tras la intervención de la entidad por el FROB, el canje obligatorio de las participaciones preferentes por acciones y su posterior venta, los clientes recuperaron la suma de 28.192,42 euros.

Los rendimientos que Julia y Jon recibieron por las participaciones preferentes suman un total de 23.333,60 euros.

2. Ezequiel y Elsa 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 (73.000 euros) y la cantidad que reconoció como recuperada (28.192,42 euros). No obstante, la demanda en vez de reclamar esta cantidad (44.807,58 euros), en el suplico de su demanda reclamó 44.805,58 euros.

3. El juzgado de primera instancia estimó la demanda y condenó al banco demandado al pago de una indemnización de 44.805,58 euros, más los intereses legales devengados desde la interpelación 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. La sentencia de apelación fue recurrida en casación por el banco demandado.

**SEGUNDO. 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 diferencia entre la inversión realizada y el capital rescatado tras la intervención del FROB fue reconocida en la instancia en la suma de 44.805,58 euros, para determinar el perjuicio sufrido hay que detraer los rendimientos obtenidos durante la vigencia de las preferentes (23.333,60 euros). En consecuencia, procede cifrar el importe de la indemnización en la diferencia, 21.471,98 euros.

3. En consecuencia, estimamos el recurso de casación, y al asumir la instancia, por las mismas razones que acabamos de exponer, estimamos también el recurso de apelación, en el sentido de estimar en parte la demanda y condenar al banco demandado a indemnizar a los demandantes (Ezequiel y Elsa) en la suma de 21.471,98 euros, más los intereses legales desde la interpelación judicial.

TERCERO. Costas

1. Estimado el recurso de casación, no procede hacer expresa condena en costas, de conformidad con lo prescrito en el art. 398.2 LEC.

2. Estimado el recurso de apelación interpuesto por Catalunya Banc, tampoco hacemos expresa condena en costas (art. 398.2 LEC).



3. 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 Estimar el recurso de casación interpuesto por Catalunya Banc, S.A. (hoy, BBVA) contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17.ª) de 1 de diciembre de 2016 (rollo 626/2015).

2.º Estimar el recurso de apelación interpuesto por Catalunya Banc, S.A. (hoy, BBVA) contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Manresa de 18 de marzo de 2015 (juicio ordinario 835/2013), cuya parte dispositiva modificamos en el siguiente sentido.

3.º Estimar la demanda formulada por Ezequiel y Elsa contra Catalunya Banc, S.A. (hoy, BBVA), y condenar a la demandada a indemnizar a los demandantes en la suma de 21.471,98 euros, más los intereses legales devengados desde la interpelación judicial.

4.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.

5.º Se acuerda la devolución del depósito constituido para recurrir en 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.