



Roj: **STS 1965/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1965**

Id Cendoj: **28079110012019100313**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/06/2019**

Nº de Recurso: **822/2017**

Nº de Resolución: **313/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 4780/2017,**
STS 1965/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 313/2019

Fecha de sentencia: 03/06/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 822/2017

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.: 822/2017

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. 313/2019

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. 33 de Barcelona. El recurso fue interpuesto por la entidad Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representada por la procuradora Ana María Llorens Pardo y bajo la dirección letrada de Ignasi Fernández de Senespleda. Es parte recurrida Tomasa y Teodosio, representados por la procuradora María Torres Ruiz y bajo la dirección letrada de Óscar Serrano Castells.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. El procurador Pedro Moratal Sendra, en nombre y representación de Tomasa y Teodosio, interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 33 de Barcelona, contra Catalunya Banc S.A., para que dictase sentencia por la que:

"1.- Se declare el incumplimiento por parte de Catalunya Banc S.A. de sus obligaciones legales de diligencia, lealtad e información en la venta de los instrumentos objeto de a presente demanda, en los términos recogidos en la misma.

"2.- Se condene, a Catalunya Banc S.A. a indemnizar en concepto de daños y perjuicios a los actores en la suma de 16.679,71 €, más los intereses que correspondan.

"Se condene a Catalunya Banc S.A. al pago de las costas judiciales causadas en la presente instancia".

2. El procurador Ignasi López Chocarro, 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. 33 de Barcelona dictó sentencia con fecha 7 de mayo de 2015 cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Que estimando la demanda formulada por el procurador de los Tribunales don Pedro Moratal Sendra, actuando en nombre y representación de Doña Tomasa y Don Teodosio, frente a Catalunya Banc S.A., representada por el procurador de los Tribunales Don Ignacio López Chocarro se declara que la entidad demandada incumplió sus obligaciones legales de diligencia, lealtad e información, en la venta de participaciones preferentes al actor, en fecha 2007 y 2009 se condena a la demandada a indemnizar a la actora, en concepto de daños y perjuicios en la cantidad de 16.679,71 euros (dieciséis mil setecientos setenta y nueve euros y setenta y un céntimos), más los intereses legales previstos en el fundamento undécimo de esta resolución, con expresa imposición de costas a la demandada".

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 12 de enero de 2017, 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 7 de mayo de 2015 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 33 de Barcelona en autos de juicio ordinario n.º 503/2014, 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 artículo 1.101 del Código Civil".



2. Por diligencia de ordenación de 20 de febrero de 2017, la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17.^a, tuvo por interpuesto 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, comparece como parte recurrente el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. sucesora por fusión por absorción de Catalunya Banc S.A., representado por la procuradora Ana María Llorens Pardo; y como parte recurrida Tomasa y Teodosio representados por la procuradora María Torres Ruiz.
4. Esta sala dictó auto de fecha 27 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 12 de enero de 2017, por la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 17.^a), en rollo de apelación n.º 744/2015 , dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 603/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 33 de Barcelona".
5. Dado traslado, la representación procesal de Tomasa y Teodosio 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 2007 y 2009, Tomasa y Teodosio suscribieron dos órdenes de compra de participaciones preferentes (series A y B) de Caixa Catalunya (luego, Catalunya Banc y, en la actualidad, BBVA), por un importe total de 25.000 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 8.320,29 euros.

Los rendimientos que Tomasa y Teodosio recibieron por las participaciones preferentes suman un total de 7.538,43 euros.

2. Tomasa y Teodosio 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 (25.000 euros) y la cantidad recuperada (8.320,29 euros), en total 16.679,71 euros.

3. El juzgado de primera instancia estimó íntegramente la demanda y condenó al banco demandado al pago de una indemnización de 16.679,71 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 inversión fue de 25.000 euros, el capital rescatado tras la intervención del FROB de 8.320,29 euros y los rendimientos obtenidos de 7.538,43 euros, el perjuicio sufrido ha de cifrarse en 9.141,28 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 (Tomasa y Teodosio) en la suma de 9.141,28 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 17ª) de 12 de enero de 2017 (rollo 744/2015).

2.º Estimar el recurso de apelación interpuesto por Catalunya Banc, S.A. (hoy, BBVA) contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 33 de Barcelona de 7 de mayo de 2015 (juicio ordinario 603/2014), cuya parte dispositiva modificamos en el siguiente sentido.

3.º Estimar la demanda formulada por Tomasa y Teodosio contra Catalunya Banc, S.A. (hoy, BBVA), y condenar a la demandada a indemnizar a los demandantes en la suma de 9.141,28 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ