



Roj: **STS 2829/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2829**

Id Cendoj: **28079110012019100461**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/09/2019**

Nº de Recurso: **1849/2017**

Nº de Resolución: **483/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 2051/2017,**  
**STS 2829/2019**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 483/2019**

Fecha de sentencia: 20/09/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1849/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 04/09/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 16.<sup>a</sup>

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

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 1849/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 483/2019**

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres



En Madrid, a 20 de septiembre de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 16.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Barcelona. Es parte recurrente la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, representada por la procuradora Ana Llorens Pardo. Es parte recurrida Landelino y Ana María, representados por la procuradora M.<sup>a</sup> Isabel Torres Ruiz.

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 Landelino y Ana María, interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Barcelona, contra Catalunya Banc SA, 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 la 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 demandantes en la suma de 27.704,00 € más los intereses que correspondan.

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

2. El procurador Ignacio de Anzizu Pigem, en representación de la entidad Catalunya Banc SA, 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. 9 de Barcelona dictó sentencia con fecha 11 de marzo de 2015 cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Que estimo parcialmente la demanda interpuesta por D. Pedro Moratal Sendra en nombre y representación de D. Landelino y Dña. Ana María contra Catalunya Banc S.A., y en su virtud condeno a Catalunya Banc S.A., a pagar a D. Landelino y a Dña. Ana María la cantidad de 18.141,08 €, más los intereses legales devengados desde el 23 de abril de 2014.

"Cada una de las partes deberá pagar 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 ambas partes. La representación de Landelino y Ana María presentó escrito formulando recurso de apelación. La representación de Catalunya Banc SA interpuso recurso de apelación. Constan sendos escritos de oposición a los recursos interpuestos de contrario.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 16.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona, mediante sentencia de 16 de marzo de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por Dña. Ana María y Landelino y desestimando el de Catalunya Banc S.A., contra la sentencia de fecha 11 de marzo de 2015, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 9 de Barcelona en el proceso mencionado en el encabezamiento, revocamos dicha sentencia únicamente en cuanto (1) al principal cuyo pago impuso a dicha sociedad, que fijamos en 27.705,52 euros, que devengará el mismo interés establecido en la sentencia apelada, con la precisión hecha en el último párrafo de los fundamentos jurídicos en cuanto al dos por ciento adicional a que se refiere el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y (2) a las costas de la primera instancia, que se imponen a Catalunya Banc S.A. Confirmamos en lo demás la sentencia apelada. Se imponen a dicha sociedad las costas de su recurso, con pérdida del depósito que constituyó para recurrir y no se hace especial pronunciamiento respecto a las del recurso de los demandantes, a los que se devolverá dicho depósito".

### TERCERO. *Tramitación e interposición del recurso de casación*

1. El procurador Ignacio de Anzizu Pigem, en representación de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, sucesora por fusión por absorción de Catalunya Banc SA, interpuso recurso de casación ante la Sección 16.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona.



El motivo del recurso de casación fue:

"1º) Infracción del artículo 1101 del Código Civil".

2. Por diligencia de ordenación de 26 de abril de 2017, la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16.ª, tuvo por interpuesto el respectivo 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 la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (anteriormente Catalunya Banc SA), representada por la procuradora Ana María Llorens Pardo; y como parte recurrida Landelino y Ana María representados por la procuradora María Isabel Torres Ruiz.

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

"1.º Admitir el recurso de casación interpuesto por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., como sucesora de Catalunya Banc S.A., contra la sentencia dictada el 16 de marzo de 2017 por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16.ª) en el rollo de apelación n.º 576/2015, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 511/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Barcelona".

5. Dado traslado, la representación procesal de Landelino y Ana María 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 4 de septiembre 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.

Entre los años 1999 y 2010, Landelino y Ana María adquirieron participaciones preferentes y obligaciones de deuda subordinada de Caixa Catalunya (luego, Catalunya Banc y, en la actualidad, BBVA), por un importe total de 48.500 euros (38.000 euros de preferentes y 10.500 euros de subordinadas).

Tras la intervención de la entidad por el FROB, el canje obligatorio de las preferentes y de las subordinadas por acciones y su posterior venta, los clientes recuperaron la suma de 20.794,48 euros (12.649,09 por las preferentes y 8.145,39 euros por las subordinadas).

Los rendimientos que estas participaciones preferentes y subordinadas generaron suman un total de 9.564,44 euros.

2. Landelino y Ana María interpusieron una demanda contra Catalunya Banc, SA 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 las obligaciones subordinadas (48.500 euros) y la cantidad recuperada (20.794,48 euros), en total 27.705,52 euros.

3. El juzgado de primera instancia estimó la acción de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual. Pero, al determinar el perjuicio, entendió que a la cantidad inicialmente invertida (48.500 euros) había que descontar no sólo la suma recuperada tras el canje obligatorio y venta (20.794,48 euros), sino también los rendimientos obtenidos de las participaciones preferentes y las obligaciones subordinadas (9.564,44 euros). Y condenó al banco a indemnizar a los demandantes en la suma de 18.141,08 euros más los intereses legales devengados desde el 23 de abril de 2014.

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por ambas partes. La Audiencia desestimó el recurso de la demandada y estimó el de la demandante. Consideró que para calcular el perjuicio sufrido resultaba improcedente descontar los rendimientos obtenidos por los clientes demandantes de las participaciones preferentes y subordinadas. Por eso cifró la indemnización en 27.705,52 euros, más los intereses legales.

5. Frente a la sentencia de apelación el banco formuló recurso de casación.

### 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 se 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 fue 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 y obligaciones de deuda subordinada, 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 minoración 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, para la determinación del perjuicio hemos de descontar de la suma invertida de 48.500 euros, no solo el capital rescatado tras la intervención del FROB (20.794,48 euros), sino también los rendimientos obtenidos (9.564,44 euros).

3. Procede por ello estimar el recurso de casación y, al asumir la instancia, desestimar el recurso de apelación de los demandantes y confirmar la sentencia de primera instancia.

#### **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. Desestimado el recurso de apelación de los demandantes, les imponemos las costas generadas con su recurso ( art. 398.1 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, SA (hoy, BBVA) contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16.ª) de 16 de marzo de 2017 (rollo 576/2015), que modificamos en el sentido de tener por desestimada la apelación de la sentencia del Juzgado de Primera núm. 9 de Barcelona de 11 de marzo de 2015 (juicio ordinario 511/2014), cuya parte dispositiva confirmamos.

2.º No hacer expresa condena respecto de las costas de la casación.

3.º Imponer a Landelino y Ana María las costas de su recurso de apelación; y confirmamos la desestimación del recurso de apelación de la demandada y su condena al pago de las costas generadas por su recurso.

4.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