



Roj: **STS 4061/2020 - ECLI:ES:TS:2020:4061**

Id Cendoj: **28079110012020100620**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/12/2020**

Nº de Recurso: **596/2018**

Nº de Resolución: **650/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 10137/2017,**  
**STS 4061/2020**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 650/2020**

Fecha de sentencia: 01/12/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 596/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/11/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 596/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 650/2020**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

En Madrid, a 1 de diciembre de 2020.



Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 16.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Vilanova I la Geltrú. Es parte recurrente la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representada por la procuradora Ana María Llorens Pardo y bajo la dirección letrada de Marta Rius Alcaraz. Son parte recurrida Bernardo y Gloria, representados por la procuradora Rosalía Rosique Samper y bajo la dirección letrada de Lluís Guxens Galofré.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO. Tramitación en primera instancia

1. La procuradora Nuria Fraile Antolín, en nombre y representación de Bernardo y Gloria, interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Vilanova I la Geltrú, contra la entidad Catalunya Banc S.A., para que dictase sentencia por la que:

"[...] contingui els pronunciaments següents:

" 1.- Que declari l'existència d'error en el consentiment a l'hora de contractar la subscripció d'obligacions de deute subordinat, 8ª emissió, en els actors Bernardo, i Gloria, i per tant declari:

" a. La nul.litat de les ordres de subscripció de deute subordinat, 8ª emissió, de Catalunya Caixa-Catalunya Banc SA, per un import de 105.000 € i 27.000 €, respectivament, dels quals 105.000 € titularitat de Bernardo i 27.000 € d'aquest i Gloria, núms. d'operació NUM000 i NUM001, respectivament.

" b. La nul.litat de les llibretes on consten les obligacions de deute subordinat dites, núms NUM002 i NUM003, de 14-11-2008.

" c. La nul.litat del contracte de custodia i administració de valors núm. NUM003 subscrit coetàniament o de qualsevol altre subscrit amb posterioritat.

" d. La nul.litat de les operacions de bescanvi per accions i la seva recompra i qualsevol altre contracte o producte que en derivi.

" 2. Que, en compliment de l'obligació recíproca de restitució de les prestacions, es condemni la demandada a restituir la quantitat inicial de 105.000 € i 27.000 € en total 132.000 € de principal als actors, respectivament en les parts ja dites, més les comissions cobrades per la gestió del contracte de custòdia i administració de valors, més l'interés legal des del 14-11-2008, data del contracte o ordre de compra, més l'interés de l' art. 576 de la LEC des de la sentència fins al pagament complet.

" 3. Que es descompti del principal la quantitat de 102.404,54 € ja percebuda pels actors del FGD i els interessos rebuts durant la durada del contracte i per tant, condemni la demandada a retornar la quantitat de 29.595,46 € més els interessos en la manera ja demandada.

" 4. Que, execució de Sentència, es facin les compensacions que corresponguin a l'efecte d'assolir els pronunciaments anteriors.

" 5. Subsidiàriament, per al cas que no s'estimés l'existència de la nul.litat i que la demandada actués com a intermediària, que declari la resolució del contracte de intermediació en l'adquisició de les obligacions de deute subordinat esmentades per falta d'informació sobre l'objecte del contracte, en aplicació de l' art 1.124 del Codi civil, amb el dret dels actors a la indemnització dels danys i perjudicis soferts ex art. 1.101 del Codi civil, que es quantifiquen en el capital no recuperat de 29.595,46 €, més els interessos legals des de la subscripció del producte menys els ja percebuts pels actors, a compensar en execució de sentència.

" 6. Que, en qualsevol dels supòsits, condemni Catalunya Caixa-Catalunya Banc, SA a pagar les costes del judici per la seva temeritat i male fe".

2. La procuradora Raimonda Marigo Cusine, en representació 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. 3 de Vilanova I La Geltrú dictó sentencia de 7 de octubre de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:



"Fallo: Que estimo la demanda interpuesta por Don Bernardo y Doña Gloria representados por la Procuradora de los Tribunales Doña Nuria Fraile Antolín, contra Catalunya Banc S.A., representados por la Procuradora de los Tribunales Doña Raimunda Marigó Cusiné, condenado por tanto a esta última al abono a la actora de la cantidad de 29.595,46 euros más intereses legales desde el 27 de junio de 2013 hasta la fecha, con imposición de costas a la parte demandada".

**SEGUNDO.** *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Catalunya Banc S.A. La representación de Bernardo y Gloria se opuso al recurso interpuesto 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 9 de octubre de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Desestimamos el recurso de apelación de Catalunya Banc, S.A., contra la sentencia dictada, el 7 de octubre de 2015 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Vilanova i La Geltrú, en el juicio ordinario número 359/2014, instado por Bernardo y Gloria contra Catalunya Banc SA. Confirmamos íntegramente la sentencia del juzgado.

"Se imponen a Catalunya Banc, S.A. las costas de la segunda instancia, con pérdida del depósito prestado para recurrir"

**TERCERO.** *Tramitación e interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación*

1. El procurador Ignacio López Chocarro, en representación de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. (sucesora por fusión por absorción de Catalunya Banc S.A.), interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Sección 16.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

"1º) Al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 de la LEC, se denuncia la infracción del art. 24.1 de la CE".

El motivo del recurso de casación fue:

"1º) Cumplimiento de los artículos 79 bis y 27 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores".

2º) Infracción del art. 1101 del Código Civil."

2. Por diligencia de ordenación de 30 de enero de 2018, la Audiencia Provincial de Barcelona tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y 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, comparecen como parte recurrente la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representada por la procuradora Ana María Llorens Pardo; y como parte recurrida Bernardo y Gloria representados por la procuradora Rosalía Rosique Samper.

4. Esta sala dictó auto de fecha 1 de julio de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1.º No admitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., contra la sentencia dictada el 9 de octubre de 2017 por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16.<sup>a</sup>), en el rollo de apelación n.º 50/2016, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 359/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Vilanova i la Geltrú, con condena en costas y pérdida del depósito constituido.

" 2.º No admitir el motivo primero del recurso de casación interpuesto por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. contra anterior sentencia.

" 3.º Admitir el motivo segundo del recurso de casación.

" 4.º Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición al motivo segundo del recurso de casación. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría.

" De acuerdo con lo dispuesto en los arts. 483.5 y 473.3 LEC, contra esta resolución no cabe recurso alguno".

5. Dado traslado, la representación procesal de Bernardo y Gloria 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 19 de noviembre de 2020, 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.

El 13 de noviembre de 2008, Bernardo y Gloria adquirieron obligaciones subordinadas de Caixa Catalunya (luego, Catalunya Banc y, en la actualidad, BBVA), por un importe total de 132.000 euros: 105.000 euros a nombre de Bernardo y 27.000 euros conjuntamente.

Tras la intervención de la entidad por el FROB, el canje obligatorio de las obligaciones de deuda subordinada por acciones y su posterior venta, Bernardo recuperó la suma de 81.458 euros de las que era titular único, y Bernardo y Gloria recuperaron 20.945,96 euros de las que eran titularidad de ambos.

2. En lo que ahora interesa, Bernardo y Gloria interpusieron una demanda contra Catalunya Banc, S.A. en la que ejercitaban, entre otras acciones, la 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, representada por la diferencia entre el precio pagado por las subordinadas y la cantidad recuperada tras la intervención del FROB, que la demanda cifraba en 29.595,46 euros.

3. El juzgado de primera instancia estimó la demanda y condenó al banco demandado al pago de una indemnización de 29.595,46 euros, más los intereses devengados desde el 27 de junio de 2013.

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por el banco demandado. La Audiencia desestima el recurso. Desatiende, entre otras, la objeción formulada por el banco apelante de que se descontaran los rendimientos obtenidos durante la vigencia de los productos financieros y confirma la condena a indemnizar en la suma de 29.595,46 euros.

5. Frente a la sentencia de apelación, el banco demandado interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, sobre la base de dos motivos.

El recurso extraordinario por infracción procesal fue inadmitido, como también lo fue el motivo primero de casación.

Los demandantes en su escrito de oposición al recurso, aducen la concurrencia de causas de inadmisión del segundo motivo de casación, que se desatienden. El encabezamiento del motivo admitido identifica el precepto legal infringido, el art. 1101 CC. En cuanto a la justificación del interés casacional, lo que inicialmente podía ser una contradicción entre audiencias provinciales (cuando se interpuso el recurso), en la actualidad constituye una vulneración de la jurisprudencia ya consolidada. Y el denunciado defecto en la correlación lógica entre el encabezamiento y el desarrollo del motivo resulta irrelevante, pues no impide conocer el motivo del recurso y su justificación.

### 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 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, 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 la medida en que para la determinación del perjuicio y, en su caso, cálculo de la indemnización es necesario descontar los rendimientos obtenidos durante la vigencia de las obligaciones subordinadas y la sentencia de apelación no siguió este criterio, procede casar la sentencia y asumir la instancia.

**3.** Al asumir la instancia, por las mismas razones que acabamos de exponer, estimamos en parte el recurso de apelación, en el sentido de estimar en parte la demanda y condenar al banco demandado a indemnizar a los demandantes en la diferencia entre el capital invertido, por un lado, y, por otro, el rescatado y los rendimientos obtenidos durante la vigencia de las obligaciones subordinadas.

Según consta de las liquidaciones aportadas con la contestación a la demanda (documentos 7 y 7 bis), los rendimientos percibidos durante la vigencia de las subordinadas fueron 28.119,52 euros (22.367,80 euros el Sr. Bernardo , y 5.751,72 el Sr. Bernardo y la Sra. Gloria conjuntamente), que deberá descontarse de la suma inicialmente reconocida a los demandantes (29.595,46 euros). De este modo la indemnización se cifra en 1.475,94 euros y sobre esta suma debe aplicarse el interés legal 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 y acordamos la devolución del depósito constituido para recurrir en casación, de conformidad con la Disposición Adicional 15.ª, apartado 8.ª, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

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

**3.** Desestimadas en parte 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 16.ª) de 9 de octubre de 2017 (rollo 50/2016).

**2.º** Estimar el recurso de apelación interpuesto por Catalunya Banc, S.A. (hoy, BBVA), contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Vilanova i la Geltrú de 7 de octubre de 2015 (juicio ordinario 359/2014) en el siguiente sentido.



3.º Estimar en parte la demanda formulada por Bernardo y Gloria contra Catalunya Banc, S.A. (hoy, BBVA), y condenar a la demandada a indemnizar a los demandantes en la suma 1.475,94 euros, más el interés legal 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 Acordar 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