



Roj: **STS 1919/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1919**

Id Cendoj: **28079110012019100304**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/06/2019**

Nº de Recurso: **287/2017**

Nº de Resolución: **309/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 13631/2016,**
STS 1919/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 309/2019

Fecha de sentencia: 03/06/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 287/2017

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 287/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo**

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 309/2019

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 extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos 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. 57 de Barcelona. Los recursos fueron interpuestos por la entidad Catalunya Banc S.A. (hoy Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A.), representada por la procuradora Ana María Llorens Pardo y bajo la dirección letrada de Ignasi Fernández de Senespleda. Son partes recurridas Tomasa y Abel , representados por el procurador Álvaro Ferrer Pons y bajo la dirección letrada de Albert García Borrás.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Tramitación en primera instancia

1. El procurador Juan Álvaro Ferrer Pons, en nombre y representación de Tomasa y Abel , interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 57 de Barcelona, contra Catalunya Banc S.A., para que dictase sentencia por la que:

"[...] 1.1.- Se declare la nulidad de los contratos de compra de las participaciones preferentes celebrados en los años 2001 y 2002, por error en el consentimiento y en el objeto.

"Y, declarada esa nulidad, se restituyan las prestaciones de conformidad con la Ley.

"1.2.- Y se restituya a Don Abel y Doña Tomasa el capital de la inversión inicial en las compras de las preferentes (72.000 €), con deducción de los intereses percibidos, descontando también la cantidad recuperada por la venta de las acciones, y además sobre el capital invertido se deberá liquidar a mis mandantes los intereses legales desde la fecha de los contratos.

"2.- Subsidiariamente, se declare la nulidad absoluta por causa ilícita y falsa de los contratos de compra con la demandada, y, declaradas esas nulidades, se restituyan en la forma y cuantías del punto anterior.

"3.- Declaradas esas nulidades, ya sea por la acción de anulabilidad del apartado 1 o por la acción de nulidad absoluta y radical del apartado 2, se declare, por propagación de la nulidad, por el efecto cascada, la nulidad del canje efectuado por la demandada sin el consentimiento de mis mandantes, y se restituyan las prestaciones en la forma indicada, restableciéndose a mis poderdantes a la situación que tenían con anterioridad a las compras, con restitución de lo percibido por intereses y por capital en las operaciones de canje y venta de las acciones.

"4.- Solo para el caso de que no se estimaran las nulidades anteriores, se solicita la acción de resarcimiento por **daños** y perjuicios en la cantidad de 48.043,78 €, que es la cantidad todavía en poder de la demandada que es exactamente el montante del perjuicio causado por la comercialización de las participaciones preferentes de autos, y por la resolución unilateral de los contratos, más los intereses legales desde la venta de las acciones".

2. El procurador Ignacio López Chocarro, en representación de 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. 57 de Barcelona dictó sentencia con fecha 2 de febrero de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Que estimando parcialmente como estimo la demanda formulada por la representación procesal de D. Abel y Doña Tomasa contra Catalunya Banc, S.A., debo condenar y condeno a Catalunya Banc, S.A., a abonar a los actores la cantidad de veintiséis mil ochocientos noventa y un euros con noventa y ocho céntimos (26.891,98 euros), que devengará el interés legal desde la interpelación judicial, incrementando en dos puntos desde la fecha de la presente resolución y hasta su completo pago; absolviéndose a la demandada en lo demás.

"No se hace expresa imposición de las costas causadas en el 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 17 de noviembre de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por Catalunya Banc, S.A. y con estimación de la impugnación formulada por Don Abel y Doña Tomasa , ambos contra la Sentencia dictada



en fecha 2 de febrero de 2015 por el Juzgado de Primera Instancia nº 57 de Barcelona en el juicio ordinario registrado con el nº 1340/2016 seguido a instancia de Don Abel y Doña Tomasa contra Catalunya Banc, S.A., sobre nulidad de contrato y reclamación de cantidad, y subsidiariamente **indemnización de daños** y perjuicios, debemos revocar y revocamos dicha resolución y, en su lugar, estimamos la demanda y condenamos a la demandada a pagar a los actores la cantidad de 48.043,78 €, más el interés legal de dicha cantidad desde la interpelación judicial, incrementando en dos puntos la cantidad de 26.891,98 € desde la fecha de esta sentencia la total **indemnización**, es decir, los 48.043,78 €, hasta su completo pago; con condena en las costas causadas en la primera instancia a la parte demandada. Y con condena en las costas causadas por el recurso de apelación a la apelante, y sin hacer especial condena en las costas causadas por la impugnación"

TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1. El procurador Ignacio López Chocarro, en representación de Catalunya Banc S.A., interpuso recurso extraordinario de infracción procesal y recurso de casación ante la Sección 17.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

"1º) Infracción del art. 24 de la Constitución Española".

El motivo del recurso de casación fue:

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

2. Por diligencia de ordenación de 11 de enero de 2017, 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 Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., como sucesora procesal de Catalunya Banc S.A., representada por la procuradora Ana María Llorens Pardo; y como parte recurrida Abel y Tomasa representados por el procurador Álvaro Ferrer Pons.

4. La representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. presentó escrito solicitando se le tuviera por desistido del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto, sin imposición de costas. Por decretos de 18 y 20 de febrero de 2019 se acordó el desistimiento solicitado.

5. Esta sala dictó auto de fecha 13 de marzo de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de BBVA, S.A. contra la sentencia de dictada con fecha 17 de noviembre de 2016 por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17.ª, en el rollo de apelación n.º 564/2015, dimanante del juicio ordinario n.º 1340/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 57 de Barcelona."

6. Dado traslado, la representación procesal de Tomasa y Abel presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

7. 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.

Abel y Tomasa realizaron dos suscripciones de participaciones preferentes de Caixa Catalunya (luego, Catalunya Banc y, en la actualidad, BBVA): el 2 de abril de 2001, por un importe de 33.000 euros; y el 14 de junio de 2002, por un importe de 39.000 euros. El importe total invertido fue de 72.000 euros.

Tras la intervención de la entidad por el FROB, el canje obligatorio de las participaciones preferentes por acciones y su venta, los clientes recuperaron la suma de 23.966,12 euros.

Los rendimientos que Abel y Tomasa recibieron por las participaciones preferentes suman un total de 21.141,90 euros.

2. Abel y Tomasa interpusieron una demanda contra Catalunya Banc, S.A. en la que, pedían la nulidad de las dos adquisiciones de las participaciones preferentes por error vicio derivado del incumplimiento de los



deberes de información, y la condena de la demandada a restituir el precio pagado por las participaciones preferentes (72.000 euros), menos la cantidad recuperada tras el canje obligatorio en acciones y su posterior venta (23.966,12 euros). Subsidiariamente, fundaban la declaración de nulidad con el mismo efecto restitutorio en la falsedad de la causa. Y, también subsidiariamente, ejercitaban la acción de **indemnización de daños** y perjuicios basada en el incumplimiento por el banco de sus obligaciones, en relación con el asesoramiento en materia de inversión. El importe del perjuicio objeto de **indemnización** era la pérdida de la inversión realizada: la diferencia entre el precio pagado por las participaciones preferentes (72.000 euros) y la cantidad recuperada (23.966,12 euros).

3. El juzgado de primera instancia desestimó la acción de nulidad por error vicio y la de nulidad por falsedad de la causa, y estimó la acción de **indemnización de daños** y perjuicios por incumplimiento contractual. Para determinar el perjuicio, el juzgado entendió que a la cantidad inicialmente invertida (72.000 euros) había que descontar no sólo la suma recuperada tras el canje obligatorio y venta (23.966,12 euros), sino también los rendimientos obtenidos de las preferentes (21.141,90 euros). De tal forma que condenó al banco a indemnizar a los demandantes en 26.891,98 euros, más los intereses legales desde la interposición judicial.

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por el banco demandado e impugnada por los demandantes. La Audiencia desestimó el recurso del banco y estimó la impugnación de los demandantes, al considerar que para calcular el perjuicio sufrido resultaba improcedente descontar los rendimientos obtenidos por los clientes demandantes de las participaciones. Por eso cifró la **indemnización** en 48.043,78 euros.

5. Frente a la sentencia de apelación el banco formuló recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. Del recurso extraordinario por infracción procesal desistió.

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, 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 72.000 euros, el capital rescatado tras la intervención del FROB de 23.966,12 euros y los rendimientos obtenidos de 21.141,90 euros, el perjuicio sufrido ha de cifrarse en 26.891,98 euros. más los intereses legales desde la interpelación judicial.

3. Procede por ello estimar el recurso de casación y, al asumir la instancia, modificar la sentencia de apelación en el sentido de desestimar la impugnación formulada por 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. Desestimada la impugnación de la sentencia de primera instancia formulada por los demandantes, imponemos a estos últimos las costas generadas con su impugnación (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, S.A. (hoy, BBVA) contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17ª) de 17 de noviembre de 2016 (rollo 564/2015), que modificamos en el sentido de tener por desestimada la impugnación de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 57 de Barcelona de 2 de febrero de 2015 (juicio ordinario 1340/2013), cuya parte dispositiva confirmamos.

2.º No hacer expresa condena respecto de las costas de la casación e imponer las costas de la impugnación a Abel y Tomasa .

3.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.