

# Sentencia Tribunal Supremo 12/11/2020

Tribunal Supremo , 12-11-2020 , nº 604/2020, rec.934/2018,

Pte: Sancho Gargallo, Ignacio

ECLI: ES:TS:2020:3694

## ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

1. La procuradora María Francesca Bordell Sarro, en nombre y representación de Coral, Debora, Gabino, Edurne, Elisabeth, Gregorio, Gustavo y Eutimio, interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 23 de Barcelona, contra la entidad Catalunya Banc S.A., para que se dictase sentencia por la que:

"en la que se declare:

"A) Con carácter principal:

"a) Que se declare el incumplimiento doloso o, en su caso, negligente, de la demandada, de sus obligaciones legales de diligencia, lealtad e información, en la venta de las sucesivas emisiones de obligaciones subordinadas a los actores;

"b) Que se condene a la demandada a pagar en concepto de indemnización de daños y perjuicios las siguientes sumas:

"- A Dña Coral, Don Gabino, Don Gustavo y Don Eutimio, la suma de dieciséis mil ciento cuarenta y cinco euros y sesenta y ocho céntimos (16.145,68 €), más los intereses legales de dicha suma desde la fecha de 25/06/2013 (fecha de la venta de las acciones al FGD).

"- A Dña. Coral, Dña. Debora, Doña Laura, Dña. Edurne, Dña. Elisabeth, y Don Gregorio, la suma de dieciséis mil ciento cuarenta y cuatro euros y doce céntimos (16.144,12 €), más los intereses legales de dicha suma desde la fecha de 25/06/2013 (fecha de la venta de las acciones al FGD).

"B) Subsidiariamente, para el negado supuesto de que se estime que no procede la acción contenida en el art. 1101 del Código Civil, interesa que se declare la anulación de los contratos de depósito o administración de valores suscritos por mis representadas, junto con las sucesivas órdenes de suscripción de obligaciones subordinadas que figuran en las libretas acompañadas como Documentos Números uno y dos con la demanda, por importe total de 72.000 €, así como el canje de obligaciones subordinadas en acciones de Catalunya Banc, S.A y simultánea venta de acciones al Fondo de Garantía de Depósitos efectuados en fecha 25/06/09, condenándose a la demandada a restituir

"- A Dña Coral, Don Gabino, Don Gustavo y don Eutimio, la diferencia entre el capital invertido (72.000 €) y el precio obtenido por la venta al FGD (55.854,32 €), esto es, la suma de dieciséis mil ciento cuarenta y cinco euros y sesenta y ocho céntimos (16.145,68 €), más los intereses legales devengados por los capitales invertidos en las sucesivas suscripciones que figuran en el Documento Número uno de la demanda, hasta el 25/06/13, y los

intereses legales de esta última suma (16.145,68 €), desde el 26/06/13 hasta su completo pago; y simultánea devolución por parte de mis representados Dña Coral, Don Gabino, Don Gustavo y don Eutimio, de todos los importes percibidos de la demandada en concepto de cupones, debiéndose proceder a la compensación de las cantidades adeudadas recíprocamente en ejecución de sentencia.

"- A Dña, Coral, Dña. Debora, Doña Laura, Dña, Edurne, Dña, Elisabeth, y Don Gregorio, la diferencia entre el capital invertido (72.000 €) y el precio obtenido por la venta al FGD (55.855,88 €), esto es, la suma de dieciséis mil ciento cuarenta y cuatro euros y doce céntimos (16.144,12 €), más los intereses legales devengados por los capitales invertidos en las sucesivas suscripciones que figuran en el Documento Número uno de la demanda, hasta el 25/06/13, y los intereses legales de esta última suma (16,144,12 €), desde el 26/06/13 hasta su completo pago; y simultánea devolución por parte de mis representados Dña. Coral, Dña. Debora, Doña Laura, Dña. Edurne, Dña. Elisabeth, y Don Gregorio, de todos los importes percibidos de la demandada en concepto de cupones, debiéndose proceder a la compensación de las cantidades adeudadas recíprocamente en ejecución de sentencia.

"C) En cualquiera de ambos casos, se interesa la condena en costas de la demandada".

2. El procurador Ignacio López Chocarro, en representación de la entidad Catalunya Banc S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

"desestimando íntegramente la demanda con expresa imposición de costas a la parte actora".

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 23 de Barcelona, dictó sentencia con fecha 24 de febrero de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Estimando totalmente la demanda por la procuradora d<sup>a</sup> María Francesca Bordell Sarro en representación de D<sup>a</sup> Coral, D<sup>a</sup> Debora, D. Gabino, D<sup>a</sup> Edurne, D<sup>a</sup> Elisabeth, D. Gregorio, D. Gustavo y D. Eutimio contra Catalunya Banc, S.A. debo declarar y declaro el incumplimiento negligente de la demandada, de sus obligaciones legales de diligencia, lealtad e información, en la venta de las sucesivas emisiones de obligaciones subordinadas a los actores y debo condenar y condeno a la demandada a pagar en concepto de indemnización de daños y perjuicios las siguientes sumas:

"-a D<sup>a</sup> Coral, D. Gabino, D. Gustavo y D. Eutimio, la suma de dieciséis mil ciento cuarenta y cinco euros con sesenta y ocho céntimos (16.145,68 euros), más los intereses legales de dicha suma desde la fecha de 26/06/2013 (fecha de venta de las acciones al FGD) y

"-a D<sup>a</sup> Coral, D<sup>a</sup> Debora, D<sup>a</sup> Laura, D<sup>a</sup> Edurne, D<sup>a</sup> Elisabeth y D. Gregorio la suma de dieciséis mil ciento cuarenta y cuatro euros con doce céntimos (16.144,12 euros), más los intereses legales de dicha suma desde el 25/06/2013 (fecha de la venta de las acciones al FGD) y

"-a satisfacer las costas del procedimiento.

Tramitación en segunda instancia

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Catalunya Banc S.A.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 17.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona mediante sentencia de fecha 23 de octubre de 2017, con la siguiente parte dispositiva:

"Fallamos: Desestimar el recurso planteado por la representación de Catalunya Banc, S.A. contra la sentencia de

24 de febrero de 2016 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 23 de Barcelona y confirmar dicha resolución con condena en costas en esta alzada al recurrente"

Interposición y tramitación del recurso de casación

1. El procurador Ignacio López Chocarro, en representación de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. (antes 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) Infracción del art. 1101 CC".

2. Por diligencia de ordenación de 7 de febrero de 2018, 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 la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. (antes Catalunya Banc S.A.), representada por la procuradora Ana Llorens Pardo; y como parte recurrida Gregorio, Elisabeth, Edurne y Laura; Eutimio y Gustavo; Coral y Debora y la herencia yacente de Gabino, representados por la procuradora Ana Isabel Arranz Grande.

4. Esta sala dictó auto de fecha 3 de junio de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de BBVA, S.A., sucesora por fusión por absorción de Catalunya Banc, S'A. contra la sentencia dictada el 23 de octubre de 2017 por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17.ª) en el rollo de apelación n.º 813/2016, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 48/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 23 de Barcelona".

5. Dado traslado, la representación procesal de Gregorio, Elisabeth, Edurne y Laura; Eutimio y Gustavo; Coral y Debora 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 29 de octubre de 2020, en que ha tenido lugar.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

Entre el 21 de enero 2002 y 15 de febrero de 2005, Coral suscribió a su nombre y en el de Gabino, Gustavo y Eutimio, obligaciones subordinadas de Caixa Catalunya (luego, Catalunya Banc y, en la actualidad, BBVA), por un importe total de 72.000 euros. Tras la intervención de la entidad por el FROB, el canje obligatorio de las obligaciones de deuda subordinada por acciones y su posterior venta, los titulares de estas subordinadas recuperaron la suma de 55.854,32 euros.

Entre el 20 de enero 2005 y 22 de octubre de 2008, Coral suscribió su nombre y en el de Debora, Edurne, Laura, Elisabeth, Gregorio, obligaciones subordinadas de Caixa Catalunya (luego, Catalunya Banc y, en la actualidad, BBVA), por un importe total de 72.000 euros. Tras la intervención de la entidad por el FROB, el canje

obligatorio de las obligaciones de deuda subordinada por acciones y su posterior venta, los titulares de estas subordinadas recuperaron la suma de 55.855,88 euros.

2. Coral, Gabino, Debora, Edurne, Laura, Elisabeth, Gregorio, Gustavo y Eutimio 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, 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: 16.145,68 euros a favor de Coral, Gabino, Gustavo y Eutimio; y 16.144,12 euros, a favor de Coral, Debora, Edurne, Laura, Elisabeth, Gregorio; en ambos casos, más los intereses devengados desde el 26 de junio de 2013.

3. El juzgado de primera instancia estimó la demanda y condenó al banco demandado al pago de una indemnización de: 16.145,68 euros a favor de Coral, Gabino, Gustavo y Eutimio; y 16.144,12 euros, a favor de Coral, Debora, Edurne, Laura, Elisabeth, Gregorio; en ambos casos, más los intereses devengados desde el 25 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 las sumas contenidas en el fallo de la sentencia de primera instancia.

5. Frente a la sentencia de apelación, el banco demandado interpuso recurso de casación, sobre la base de un único motivo.

#### 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 2, 3 y 4), los rendimientos percibidos durante la vigencia de los dos paquetes de subordinadas objeto de este litigio fueron respectivamente 11.449,72 euros y 11.498,90 euros, que deberán descontarse de las correspondientes sumas inicialmente reconocidas a los demandantes (16.145,68 euros y 16.144,12 euros). De este modo la indemnización se cifra en 4.695,96 euros y 4.645,22 euros, y sobre estas sumas debe aplicarse el interés legal desde la interpelación judicial.

#### 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 17.ª) de 23 de octubre de 2017 (rollo 813/2016).

2.º Estimar el recurso de apelación interpuesto por Catalunya Banc, S.A. (hoy, BBVA), contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 23 de Barcelona de 24 de febrero de 2016 (juicio ordinario 48/2015) en el siguiente sentido.

3.º Estimar en parte la demanda formulada por Coral, Gabino, Debora, Edurne, Laura, Elisabeth, Gregorio, Gustavo y Eutimio contra Catalunya Banc, S.A. (hoy, BBVA), y condenar a la demandada a indemnizar: 4.695,96 euros a Coral, Gabino, Gustavo y Eutimio; y 4.645,22 euros, a favor de Coral, Debora, Edurne, Laura, Elisabeth, Gregorio; más, en ambos casos, 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 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.