



Roj: **STS 4168/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:4168**

Id Cendoj: **28079110012019100663**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/12/2019**

Nº de Recurso: **2451/2017**

Nº de Resolución: **700/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 700/2019

Fecha de sentencia: 20/12/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2451/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 28/11/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1.ª

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

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 2451/2017

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. 700/2019

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres

D. Juan Maria Diaz Fraile

En Madrid, a 20 de diciembre de 2019.



Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 34 de Barcelona. El recurso fue interpuesto por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representado por la procuradora Ana María Llorens Pardo y bajo la dirección letrada de Mónica del Collado Picó. Es parte recurrida Carlos Antonio representado por el procurador Óscar Bagán Catalán y bajo la dirección letrada de Fernando Panadero Ramírez.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. El procurador Óscar Bagán Catalán, en nombre y representación de Carlos Antonio, interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 34 de Barcelona, contra Catalunya Banc S.A., para que dictase sentencia por la que:

"A) Se declare la nulidad radical de los contratos de compra de las obligaciones subordinadas de mi mandante descritos en el hecho primero de la demanda por nulidad de pleno derecho del asesoramiento de inversión realizado y en flagrante contradicción con lo que disciplinan la información que deben recibir los consumidores y usuarios en la adquisición de estos productos.

"B) Se declare la nulidad de los contratos de compra de las obligaciones subordinadas de mi mandante descritos en el hecho primero de la demanda por error en el consentimiento en el objeto y también por dolo omisivo.

"Y declarada esa nulidad se condene a la demandada, en estos dos supuestos a abonar a mi mandante, la cantidad de 10.090,07 €, que es el importe del capital que no se le ha restituido, más el interés legal del dinero devengado desde la fecha de la compraventa de las obligaciones subordinadas sobre la totalidad del capital con la deducción de los intereses percibidos desde la fecha del contrato de compra.

"Como tercera acción, subsidiariamente:

"C) Se declare el resarcimiento de los daños y perjuicios dimanantes de los contratos de compra de las obligaciones subordinadas de mi mandante descritos en el hecho primero por:

"1.-Incumplimiento del deber de información de la entidad financiera

"2.-Incumplimiento contractual derivado del canje forzoso, y de la comercialización de las obligaciones subordinadas, y del abuso de derecho practicado por la demandada y de la mala fe negocial, y del dolo reticente.

"Consistente en ambos casos en el importe del principal no restituido 10.090,07€ más los intereses legales desde la fecha de la interposición de la presente demanda.

"Y todo ello con expresa imposición de costas a la parte 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. 34 de Barcelona dictó sentencia con fecha 20 de marzo de 2015 cuya parte dispositiva es como sigue:

"Que estimo íntegramente la demanda presentada a instancia de D. Carlos Antonio, representado por el procurador de los tribunales D. Óscar Bagán Catalán y asistido por el letrado D. Fernando Panadero Ramírez, contra la Catalunya Banc S.A., representada por el procurador de los tribunales D. Ignacio López Chocarro, y asistida por el letrado D. Ignasi Fernández de Senesplada y, en consecuencia, declaro el incumplimiento de la parte demandada de sus obligaciones de diligencia, información y lealtad en la venta de los productos de deuda subordinada y, en consecuencia, condeno a la entidad demandada, Catalunya Banc S.A., a indemnizar a la parte actora, por los daños y perjuicios que ha sufrido la misma, en la cantidad de 10.090,07.- euros no restituidos, más los intereses legales correspondientes desde la fecha de la interposición de la demanda y las costas causadas como consecuencia de la tramitación del 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. La representación de Carlos Antonio se opuso al recurso interpuesto de contrario impugnando, a su vez, la sentencia y la representación de Catalunya Banc S.A. se opuso a la impugnación.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, mediante sentencia de 24 de abril de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Catalunya Banc S.A., contra la sentencia de 20 de marzo de 2015 dictada por la Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia número 34 de Barcelona que confirmamos, siendo de cargo recurrente el pago de las costas de esta alzada".

TERCERO. Tramitación e interposición del recurso de casación

1. El procurador Ignacio de Anzizu Pigem, se personó en nombre de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. (BBVA), en calidad de sucesora procesal por absorción de Catalunya Banc S.A., e interpuso recurso de casación ante la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona.

El motivo del recurso de casación fue:

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

2. Por diligencia de ordenación de fecha 29 de mayo de 2017, la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1.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.

4. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representada por la procuradora Ana María Llorens Pardo; y como parte recurrida Carlos Antonio representado por el procurador Óscar Bagán Catalán.

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

"1.º) 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 24 de abril de 2017 por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Primera, en el rollo de apelación n.º 667/2015, dimanante de los autos del juicio ordinario n.º 1432/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 34 de Barcelona".

6. Dado traslado, la representación procesal de Carlos Antonio 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 28 de noviembre 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.

El 20 de julio de 2006, Carlos Antonio y su esposa Luz adquirieron obligaciones de deuda subordinada de Caixa Catalunya (luego, Catalunya Banc y, en la actualidad, BBVA), por un importe total de 45.000 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, el cliente recuperó la suma de 34.909,93 euros.

2. Carlos Antonio interpuso una demanda contra Catalunya Banc, S.A. en la que pedía: en primer lugar, la nulidad del contrato de adquisición de las obligaciones de deuda subordinada por incumplimiento de las obligaciones de información y por error vicio y dolo omisivo, y, en su consecuencia, pedía la condena del banco demandado a pagar la suma de 10.090,07 euros, que es la parte de la inversión no recuperada; y, de forma subsidiaria, pedía el resarcimiento de daños y perjuicios basada en el incumplimiento por el banco de sus obligaciones de asesoramiento e información, que también se cuantificaba en la suma de 10.090,07 euros. Respecto de las cantidades objeto de condena se pedía el devengo de intereses desde la demanda.

3. El juzgado de primera instancia entró a analizar en primer lugar las acciones basadas en la nulidad del contrato, y las desestimó expresamente. Luego, entró a analizar la acción de indemnización de daños y perjuicios, que se había ejercitado con carácter subsidiario, la estimó íntegramente y condenó al banco demandado al pago de una indemnización de 10.090,07 euros, más los intereses legales devengados desde la demanda.



4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por el banco demandado y el demandante, al recibir traslado de la apelación, además de oponerse al recurso del banco, impugnó el único extremo de la sentencia de primera instancia que le era desfavorable, la desestimación de las acciones de nulidad.

La sentencia de la Audiencia se limita a analizar el recurso del banco, que desestima al no apreciar ninguna de las objeciones planteadas por el banco, tampoco las relativas a la procedencia de que se tuvieran en consideración los rendimientos obtenidos por el cliente de las obligaciones de deuda subordinada para apreciar y, en su caso, calcular la indemnización de daños y perjuicios. Consiguientemente, la Audiencia confirma la sentencia de primera instancia.

La sentencia de apelación no se pronuncia sobre la impugnación de la sentencia de primera instancia formulada por el demandante, que por venir referida al pronunciamiento que desestima la acción de nulidad, ejercitada con carácter preferente a la indemnización de daños y perjuicios.

5. La sentencia de apelación fue recurrida en casación por el banco demandado y su recurso tan sólo afecta al pronunciamiento que confirma la estimación de la acción de indemnización de daños y perjuicios.

El demandante que no consta hubiera pedido el complemento de la sentencia de apelación, no formuló ningún recurso contra el pronunciamiento sobre la impugnación de la desestimación de las acciones de nulidad (o la falta de pronunciamiento que equivale a su desestimación).

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 subordinadas y la sentencia de apelación no siguió este criterio, procede casar la sentencia y asumir la instancia.

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 desestimar la demanda, al no haber quedado acreditada la existencia de perjuicio. De acuerdo con las liquidaciones aportadas con la contestación a la demanda, los rendimientos obtenidos por las subordinadas fueron 11.677,24 euros. La suma de esta cantidad y el capital rescatado tras la intervención del FROB es superior al importe de la inversión realizada con la adquisición de las obligaciones de deuda subordinada.

4. El demandante ahora recurrido en casación, en su escrito de oposición al recurso de casación, después de mostrarse conforme con la casación de la sentencia, a la vista de la jurisprudencia de esta sala, pide que el tribunal al asumir la instancia se pronuncie sobre la impugnación que presentó frente a la sentencia de primera instancia en el trámite de oposición al recurso de apelación.

No es posible atender a esta pretensión por las razones siguientes. En primer lugar, porque la cuestión relativa a la desestimación por el juzgado de primera instancia de las acciones de nulidad, que de forma preferente se habían ejercitado en la demanda, devino firme cuando se dictó la sentencia de apelación y el demandante no solicitó el complemento de sentencia ni después el consiguiente recurso extraordinario ante el Tribunal Supremo.

Las peticiones de nulidad del contrato de adquisición de deuda subordinada y la de indemnización de daños y perjuicios son contradictorias, pues el segundo presupone la validez del contrato, razón por la cual esta última se pidió de forma subsidiaria a la petición de nulidad. De hecho el juzgado se pronunció primero sobre la nulidad y, al rechazar la nulidad, entró a resolver sobre la acción de indemnización de daños y perjuicios. Bajo esta misma lógica, el demandante impugnó lo que consideraba era el único extremo que le perjudicaba de la sentencia de primera instancia (la desestimación de las acciones de nulidad), aprovechando el recurso de apelación del banco, que impugnaba la estimación de la acción de indemnización de daños y perjuicios.

La Audiencia debía haber entrado a analizar en primer lugar la impugnación del demandante, porque afectaba a la acción ejercitada con carácter principal en la demanda, y no lo hizo. Entró directamente a analizar el recurso del banco que afectaba al pronunciamiento estimatorio de la acción de indemnización de daños y perjuicios.

La cuestión relativa a la desestimación de las acciones de nulidad quedó firme después de la sentencia de apelación, porque el demandante no pidió el complemento de sentencia ni, ligado a lo anterior, interpuso los recursos extraordinarios correspondientes.

El único que ha recurrido en casación es el banco. Su recurso afecta sólo al pronunciamiento sobre la acción de indemnización de daños y perjuicios. Como consecuencia de la estimación del recurso de casación, se asume la instancia para resolver el recurso de apelación del banco, que se estima al apreciarse que no ha habido perjuicio, lo que supone desestimar la acción de indemnización de daños y perjuicios.

Una vez desestima esta acción de indemnización de daños y perjuicios no procede entrar a analizar la cuestión sobre la nulidad porque quedó firme, ya que la Audiencia no se pronunció sobre la impugnación presentada por el demandante y éste no solicitó el complemento, lo que supuso a todos los efectos su desestimación. Y, además, las acciones de nulidad eran principales y fueron desestimadas por el juzgado antes de entrar a analizar la acción de indemnización de daños y perjuicios. Por esta razón, al no ser las acciones de nulidad subsidiarias a la acción de indemnización de daños y perjuicios, la desestimación de esta última, no obliga a entrar a resolver sobre la nulidad del contrato.

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 las pretensiones del demandante, procede su condena al pago de las costas generadas en 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 1.ª) de 24 de abril de 2017 (rollo 667/2015), que modificamos en el siguiente sentido.

2.º Estimar el recurso de apelación interpuesto por Catalunya Banc, S.A. (hoy, BBVA) contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona núm. 34 de 20 de marzo de 2015 (juicio ordinario 1432/2013), cuya parte dispositiva modificamos en el siguiente sentido.

3.º Desestimar la demanda formulada por Carlos Antonio contra Catalunya Banc, S.A. (hoy, BBVA), y absolver al banco demandado de las pretensiones contra él ejercitadas.

4.º No hacer expresa condena de las costas generadas por los recursos de casación y apelación; e imponer las costas de primera instancia al demandante.

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.