



Roj: **STS 4246/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:4246**

Id Cendoj: **28079110012018100694**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/12/2018**

Nº de Recurso: **2187/2016**

Nº de Resolución: **723/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GI 617/2016,**  
**STS 4246/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 723/2018**

Fecha de sentencia: 19/12/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2187/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/12/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Procedencia: Audiencia Provincial de Gerona, Sección 2.<sup>a</sup>.

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

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2187/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 723/2018**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz



D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 19 de diciembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 12 de mayo de 2016, dictada en recurso de apelación 117/2016, de la Sección 2.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Gerona sentencia de fecha 12 de mayo de 2016, dictada en recurso de apelación 117/2016, de la Sección 2.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Gerona , dimanante de autos de juicio ordinario 1551/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Gerona; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por la entidad Catalunya Banc S.A., representada en las instancias por la procuradora Dña. Mercé Canal Piferrer, bajo la dirección letrada de D. Ignasi Fernández de Senespleda, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona Dña. Leonor , Dña. Loreto y Dña. Margarita , representadas por la procuradora Dña. Ana María Aparicio Carol, bajo la dirección letrada de D. Antoni Blanch Brugarolas.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-1.-** Dña. Leonor , Dña. Margarita y Dña. Loreto , representadas por el procurador D. Carlos Javier Sobrino Cortés y asistidas del letrado D. Andrés Ruiz Vera y D. Antonio Blanch Brugarolas, interpusieron demanda de juicio ordinario contra Catalunya Banc S.A. y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideraron de aplicación, terminaron suplicando al juzgado se dictara sentencia:

"Por la que declare la responsabilidad de Catalunya Banc, S.A., por incumplimiento negligente del deber y obligación de información, lealtad y transparencia hacia los Sres. Loreto y Leonor , y se le condene a indemnizar a la Sra. Leonor en el importe de 33.777,01.-€, la Sra. Margarita en el importe de 2.467,33.-€ y la Sra. Loreto en el importe de 2.803,93.-€, más los intereses legales, y con expresa imposición de las costas procesales causadas a esta parte".

**2.-** El demandado entidad Catalunya Banc S.A., representado por la procuradora Dña. María de la Mercé Canal Piferrer y bajo la dirección letrada de D. Ignasi Fernández de Senespleda, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

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

**3.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Gerona se dictó sentencia, con fecha 14 de diciembre de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo. Que estimando la demanda interpuesta por Dña. Leonor , Dña. Margarita y Dña. Loreto debo condenar y condeno a Catalunya Banc S.A. a indemnizar a la parte actora las siguientes cantidades:

"-33.777,01.-€ en el caso de Dña. Leonor .

"-2.467,33.-€ en el caso de Dña. Margarita .

"-2.803,93.-€ en el caso de Dña. Loreto .

"En todos los casos, más el interés legal del dinero desde la fecha del emplazamiento.

"Se imponen las costas a Catalunya Banc S.A.".

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la Sección 2.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Gerona dictó sentencia, con fecha 12 de mayo de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Que desestimamos el recurso de apelación formulado por la procuradora Dña. Mercé Canal Piferrer, en nombre y representación de Catalunya Banc, S.A., contra la sentencia de fecha 14 de diciembre de 2015, del Juzgado Primera Instancia núm. 5 de Girona (Ant. CL-5) dictada en los autos de procedimiento ordinario núm. 1551/2014, de los que el presente rollo dimana, y confirmamos dicha resolución, con imposición a la parte recurrente de las costas de esta apelación".

**TERCERO.- 1.-** Por Catalunya Banc S.A. se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El recurso extraordinario por infracción procesal basado en el siguiente motivo:



Motivo único.- Al amparo del art. 469.1.4.º de la LEC, por error de derecho en la valoración de la prueba. Error patente y arbitrariedad que afecta al derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la CE ( SSTS de 9-12-2013, 18-6-2006, 28-11-2008, 8-7-2009, 10-9-2009, 19-10-2009, 13-11-2012, etc).

El recurso de casación basado en:

Motivo único.- Existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales en materia de cuantificación del daño en caso de estimarse la acción indemnizatoria del art. 1101 del Código Civil en relación al incumplimiento de deberes de información.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 27 de junio de 2018, se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitidos los recursos y evacuado el traslado conferido la procuradora Dña. Ana María Aparicio Carol, en nombre y representación de Dña. Leonor , Dña. Loreto y Dña. Margarita , presentó escrito de oposición a los mismos.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 12 de diciembre de 2018, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Antecedentes.*

Por Dña. Leonor , Dña. Margarita y Dña. Loreto se interpuso una demanda de juicio ordinario frente a Catalunya Banc, S.A., hoy recurrente, en la que ejercitaban la acción de indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento de la demandada de sus obligaciones legales de diligencia, lealtad e información en el contrato de adquisición de obligaciones subordinadas y participaciones preferentes suscritos por las partes. Reclaman la cantidad correspondiente al importe del capital invertido no recuperado tras el canje forzoso y venta de acciones.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda. Entendió que el perjuicio sufrido se concretaba en la pérdida del capital invertido, y que no debían deducirse los rendimientos que los productos en cuestión les hubiesen proporcionado a las demandantes.

La sentencia fue recurrida en apelación por la demandada, y la Audiencia Provincial, por sentencia de 12 de mayo de 2016, desestimó el recurso.

La Audiencia razona que no debe descontarse el importe rendimientos percibidos por las demandantes, ya que les hubiera correspondido, en todo caso, percibir rendimiento si hubieran invertido en otros productos; y que la entidad financiera no habría demostrado que los rendimientos que ha abonado a las demandantes eran superiores a los que podrían haber obtenido mediante la contratación de otro producto similar.

Contra la anterior sentencia, la demandada apelante ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC.

El recurso extraordinario por infracción procesal contiene un único motivo que se formula al amparo del art. 469.1.4.º LEC, por error en la valoración de la prueba. Se alega que debía de haberse descontado el importe de los rendimientos acreditados, correspondiendo a la demandante la carga de la prueba del lucro cesante.

El recurso de casación se funda en la infracción del art. 1101 CC, y se basa en la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales en materia de cuantificación de los daños en el caso de estimarse la acción indemnizatoria por incumplimiento de los deberes de información. Entiende que el criterio que deber prevalecer es el de considerar que los rendimientos percibidos por razón de la tenencia de los productos deben tenerse en cuenta a la hora de determinar la indemnización.

También cita la sentencia de esta sala 754/2014, de 30 de diciembre.

### Recurso extraordinario por infracción procesal.

#### SEGUNDO.- *Motivo único.*

Motivo único.- Al amparo del art. 469.1.4.º de la LEC, por error de derecho en la valoración de la prueba. Error patente y arbitrariedad que afecta al derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la CE ( SSTS de 9-12-2013, 18-6-2006, 28-11-2008, 8-7-2009, 10-9-2009, 19-10-2009, 13-11-2012, etc).

Se desestima el motivo.



Se alega error notorio en la valoración de la prueba, cuando en realidad se plantea un error en la carga de la prueba, pese a lo que no se invoca el art. 217 LEC.

Junto con ello, no podemos entender que concorra error en la valoración del lucro cesante, pues como se determina en la sentencia de apelación no se reclama el mismo en la demanda, unido ello, a que se está planteando una cuestión de concepto y no de cantidad, como veremos en los próximos fundamentos de derecho, cuestión sustantiva que no tiene cabida en este recurso y que se analizará en el de casación ( art. 477 LEC).

#### **Recurso de casación.**

##### **TERCERO.-** *Motivo único.*

Motivo único.- Existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales en materia de cuantificación del daño en caso de estimarse la acción indemnizatoria del art. 1101 del Código Civil en relación al incumplimiento de deberes de información.

Se estima el motivo.

Entiende el recurrente que el criterio que deber prevalecer es el de considerar que los rendimientos percibidos por razón de la tenencia de los productos deben tenerse en cuenta a la hora de determinar la indemnización.

Sobre la presente cuestión esta sala se ha pronunciado entre otras en sentencias 81/2018, de 14 de febrero, y 165/2018, de 2 de marzo, en el sentido de que:

"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".

A la vista de lo expuesto procede estimar parcialmente el recurso de casación en el sentido de que se proceda a descontar de la indemnización de los daños y perjuicios los rendimientos del producto financiero que han sido percibidos por los demandantes ( sentencia 613/2017, de 16 de noviembre).

**CUARTO.-** Se imponen al recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal, con pérdida del depósito constituido. No procede imposición en las costas de la casación, con devolución del depósito constituido ( arts. 394 y 398 LEC).

No procede expresa imposición de costas en primera y segunda instancia, al estimarse parcialmente las peticiones del banco.

#### **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 parcialmente el recurso de casación y desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Catalunya Banc S.A. contra sentencia de 12 de mayo de 2016 de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Gerona.

**2.º-** Casar parcialmente la sentencia recurrida en el sentido de que se proceda a descontar de la indemnización de los daños y perjuicios los rendimientos del producto financiero que han sido percibidos por los demandantes.

**3.º-** Se imponen al recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal, con pérdida del depósito constituido. No procede imposición en las costas de la casación, con devolución del depósito constituido.

**4.º-** No procede expresa imposición de costas en primera y segunda instancia.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.