



Roj: **STS 4356/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:4356**

Id Cendoj: **28079110012018100713**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/12/2018**

Nº de Recurso: **1315/2016**

Nº de Resolución: **733/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 733/2018**

Fecha de sentencia: 21/12/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1315/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 29/11/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

Procedencia: Audiencia Provincial de Barcelona, sección 17.<sup>a</sup>

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

Transcrito por: RDG

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1315/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 733/2018**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 21 de diciembre de 2018.

Esta sala ha visto los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 823/2014 por la sección 17.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1179/2013, seguidos ante el Juzgado



de Primera Instancia número 5 de Terrassa, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por el procurador D. Ignacio López Chocarro en nombre y representación de Catalunya Banc S.A., compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén en calidad de recurrente y la procuradora D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Isabel Torres Ruiz en nombre y representación de D.<sup>a</sup> Debora , en calidad de recurrido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**-La procuradora D.<sup>a</sup> Teresa Prat Ventura en nombre y representación de D. Aureliano y D.<sup>a</sup> Debora , interpuso demanda de juicio ordinario, contra Catalunya Banc S.A., bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> Esther Costa Rosell y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

"1.- Se declare el incumplimiento por parte de Catalunya Banc S.A. de sus obligaciones legales de diligencia, lealtad e información en la venta de los instrumentos objeto de la presente demanda, en los términos recogidos en la misma.

"2.- Se condene a Catalunya Banc S.A. a indemnizar en concepto de daños y perjuicios al Sr. Aureliano y a la Sra. Debora en la suma de 47.376,57 € más los intereses legales de dicha cantidad.

"3.- Se condene a Catalunya Banc S.A. al pago de las costas judiciales causadas en la presente instancia".

**SEGUNDO.**- El procurador D. Vicenç Ruiz Amat, en nombre y representación de Catalunya Banc S.A., contestó a la demanda, bajo la dirección letrada de D. Ignasi Fernández Senespleda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

"se desestime íntegramente la misma, imponiendo las costas a D. Aureliano y D.<sup>a</sup> Debora".

**TERCERO.**- Previos los trámites procesales correspondientes y la práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Terrassa, dictó sentencia con fecha 23 de julio de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Que estimando parcialmente la demanda, formulada por D. Aureliano y D.<sup>a</sup> Debora , representados por la procuradora D.<sup>a</sup> Teresa Prat Ventura frente a Catalunya Banc S.A. debo declarar y declaro, haber lugar parcialmente a la misma y condeno a la demandada a indemnizar a la actora por incumplimiento de sus obligaciones, con la cantidad de CUARENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y TRES EUROS CON SESENTA Y UN CÉNTIMOS DE EURO (43.943,61 euros) en concepto de principal más los intereses correspondientes según fundamento jurídico séptimo, con imposición de costas a la demandada".

**CUARTO.**- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de Catalunya Banc S.A., la Sección 17.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó sentencia con fecha 3 de marzo de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Desestimamos el recurso planteado por la representación de Catalunya Banc S.A., con condena en costas al recurrente.

"Estimamos la impugnación formulada por la representación del Sr. Aureliano y la Sra. Debora , revocamos en parte la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Terrassa, el veintitrés de julio de dos mil catorce, y en consecuencia condenamos a Catalunya Banc S.A. a abonar a los actores la cantidad de 47.376,57 €, más los intereses legales desde la interposición de la demanda, y las costas de la primera instancia. No se imponen las costas de la impugnación".

**QUINTO.**- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal la representación procesal de Catalunya Banc S.A. El recurso extraordinario por infracción procesal lo argumentó con apoyo en un único motivo: Art. 469.1.4.º LEC y art. 24 CE. El recurso de casación lo argumentó con un único motivo: Art. 1101 CC.

**SEXTO.**- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 6 de junio de 2018 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, la procuradora D.<sup>a</sup> María Isabel Torres Ruiz, en nombre y representación de D. Damaso y D.<sup>a</sup> Debora presentó escrito de impugnación al mismo.

**SÉPTIMO.**- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 29 de noviembre del 2018, en que tuvo lugar.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1. En el periodo de 2001 a 2011, D. Aureliano y D.<sup>a</sup> Debora adquirieron obligaciones subordinadas de la 6.<sup>a</sup> emisión de Catalunya Caixa (más adelante, Catalunya Banc y en la actualidad BBVA S.A.), así como participaciones preferentes de la serie A y B de la citada entidad por importe global de 75.000 €.

Tras la realización del canje obligatorio ordenado por el FROB, con fecha de 7 de junio de 2013, los clientes se acogieron a la oferta de adquisición de nuevas acciones instada por el FGD y obtuvieron por la venta de dichas acciones un importe global de 27.623,43 €. Por lo que la pérdida de la inversión realizada ascendió a 47.376,57 €. Por su parte, los rendimientos generados por los citados títulos hasta su posterior canje ascendieron a la cantidad de 3.432,96 €.

En este contexto, los clientes interpusieron una demanda contra Catalunya Banc S.A. en la que solicitaron el pago de los 27.623,43 € en concepto de indemnización por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones de información de la entidad financiera.

La entidad financiera se opuso la demanda.

2. La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda. Consideró que la entidad financiera había incumplido sus deberes de información, pero descontó de la indemnización solicitada los rendimientos obtenidos por los clientes (3.432,96 €.).

3. Interpuesto recurso de apelación por la demandada e impugnación por los demandantes, la sentencia de la Audiencia desestimó el recurso de apelación de Catalunya Banc S.A. y estimó la impugnación de los demandantes.

Consideró que no procedía descontar el importe de los rendimientos percibidos por los clientes, puesto que, en todo caso, les hubiera correspondido percibir dichos rendimientos por su "depósito" en la entidad demandada. Por lo que condenó a Catalunya Banc S.A. al pago de la indemnización reclamada, esto es, a la cantidad de 47.376,57 €.

4. Frente a la sentencia de apelación, la demandada interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Recurso extraordinario por infracción procesal

**SEGUNDO.-** 1. La recurrente, al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC, interpone recurso extraordinario por infracción procesal que articula en un único motivo.

En dicho motivo, la recurrente denuncia error en la valoración de la prueba que afecta al derecho de la tutela judicial efectiva reconocida en el art. 24 CE.

En el desarrollo del motivo argumenta que, de la prueba practicada, la sentencia recurrida debió haber apreciado la detracción de los rendimientos obtenidos por los clientes de la indemnización reclamada.

2. El motivo debe ser desestimado. La recurrente, tanto en el encabezamiento del motivo, como en el desarrollo del mismo, plantea una cuestión de índole sustantiva que es propia del recurso de casación y no de este recurso extraordinario por infracción procesal ( art. 473.1 LEC, en relación con el art. 469.1 LEC).

Recurso de casación

**TERCERO.-** *Adquisición de obligaciones subordinadas y participaciones preferentes. Determinación del daño indemnizable. Descuento de los rendimientos económicos obtenidos por los clientes con dicha adquisición*

1. La recurrente, al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC, interpone recurso de casación que articula en un único motivo.

En dicho motivo la recurrente denuncia la infracción del art. 1101 CC y de la jurisprudencia que lo interpreta contenida en la sentencia de esta sala núm. 754/2014, de 30 de diciembre.

En el desarrollo del motivo argumenta que los rendimientos obtenidos por los clientes de los productos financieros deben ser deducidos a la hora de la determinación del daño interminable.

2. El motivo debe ser estimado. La cuestión jurídica de la extensión o alcance de la indemnización por responsabilidad contractual por un defectuoso asesoramiento en la comercialización de productos financieros complejos, como las obligaciones subordinadas y participaciones preferentes aquí enjuiciadas, ha sido tratada recientemente por esta sala en las sentencias 613/2017, de 16 de noviembre; 81/2018, de 14 de febrero; 165/2018, de 22 de marzo; 427/2018, de 9 de julio y 547/2018, de 5 de octubre. En dichas sentencias hemos



declarado que para la determinación del daño indemnizable derivado del incumplimiento de las obligaciones de información de la entidad financiera ( art. 1101 CC), hay que tener en cuenta no solo la pérdida del capital invertido, sino también los eventuales rendimientos económicos obtenidos por los clientes con relación al producto financiero de inversión de que se trate.

En el presente caso, la sentencia recurrida contradice esta reiterada jurisprudencia, por lo que procede estimar el recurso de casación.

3. Al asumir la instancia, por los mismos fundamentos expuestos, procede, en primer lugar, desestimar la impugnación de la sentencia recurrida interpuesta por los demandantes, D. Aureliano y D.<sup>a</sup> Debora .

4. En segundo lugar, procede examinar la alegación quinta del recurso de apelación de Catalunya Banc S.A., que cuestiona su condena a las costas de primera instancia.

La apelante muestra su rechazo a dicha condena pues considera que la deducción de las cantidades percibidas por los clientes, que realiza la sentencia de primera instancia, supone una estimación parcial de la pretensión indemnizatoria solicitada en la cantidad de 43.943, 61 €.

La alegación, así planteada, debe ser desestimada. Como hemos señalado en la sentencia de esta sala 51/2018, de 31 de enero, aunque se ha acordado la devolución de los intereses generados por los rendimientos percibidos por los demandantes, lo que implica que la estimación de la demanda no sea total, debe de aplicarse el criterio de la estimación sustancial. Como recuerda la sentencia 715/2015, de 14 de diciembre, con cita de otras muchas, para la aplicación del principio general del vencimiento ha de considerarse que el ajuste del fallo a lo pedido no ha de ser literal sino sustancial, de modo que, si se entendiera que la desviación en aspectos meramente accesorios deberían excluir la condena en costas, ello sería contrario a la equidad, como justicia del caso concreto, al determinar que tuvo necesidad de pagar una parte de las costas quien se vio obligado a seguir un proceso para ver realizado su derecho. En el presente caso, la desviación económica de lo inicialmente solicitado por los demandantes (3.432,96 € respecto de los 47.376,57 € reclamados), no comporta una variación significativa del ajuste del fallo a lo pedido. Por lo que procede desestimar el recurso de apelación interpuesto por la demandada.

#### **CUARTO.- Depósitos y costas**

1. La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal comportan que se impongan a la parte recurrente las costas causadas por dicho recurso, según dispone el art. 398.1 LEC.

2. La estimación del recurso de casación comporta que no proceda hacer expresa imposición de las costas causadas por el mismo, según dispone el art. 398.2 LEC.

3. Procede imponer las costas del recurso de apelación a la demandada, Catalunya Banc S.A., como parte apelante, según dispone el art. 398.1 LEC. Y las costas de la impugnación de los demandantes, D. Aureliano y D.<sup>a</sup> Debora , a la parte impugnante, según dispone el art. 398.1 LEC.

4. Asimismo, procede ordenar la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y la devolución del constituido para la interposición del recurso de casación, según establece la disposición adicional 15.<sup>a</sup> LOPJ.

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1. Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de Catalunya Banc S.A. contra la sentencia dictada, con fecha 3 de marzo de 2016, por la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 17.<sup>a</sup>, en el rollo de apelación núm. 823/2014.

2. Estimar el recurso de casación interpuesto por la misma representación contra la sentencia citada, que casamos y dejamos sin efecto.

3. Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Catalunya Banc S.A. y la impugnación efectuada por D. Aureliano y D.<sup>a</sup> Debora contra la sentencia 89/2014, de 23 de julio, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Terrassa en el juicio ordinario núm. 1179/2013, que se confirma.

4. Imponer las costas del recurso extraordinario por infracción procesal a la parte recurrente.

5. No hacer expresa imposición de costas del recurso de casación.

6. Imponer las costas de la apelación a la parte apelante. Imponer las costas de la impugnación a la parte impugnante.



7. Ordenar la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y la devolución del constituido para el recurso de casación.

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

Así se acuerda y firma.

Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno

Rafael Saraza Jimena Pedro Jose Vela Torres

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ