



Roj: **STS 2207/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2207**

Id Cendoj: **28079119912019100021**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **02/07/2019**

Nº de Recurso: **501/2017**

Nº de Resolución: **382/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP IB 2169/2016,**  
**STS 2207/2019**

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 501/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Civil**

**PLENO**

**Sentencia núm. 382/2019**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Eduardo Baena Ruiz

D. Pedro José Vela Torres

D.<sup>a</sup> M. Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 2 de julio de 2019.

Esta sala ha visto , en pleno, el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por Ferrer Morell S.A., representada por la procuradora D.<sup>a</sup> María del Carmen Giménez Cardona, bajo la dirección letrada de D. Cristóbal Mora Pons, contra la sentencia núm. 393/2016, de 1 de diciembre, dictada por la Sección 3.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, en el recurso de apelación núm. 441/2016 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 670/2015, del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Palma de Mallorca. Ha sido parte recurrida Bankia S.A., representada por el procurador D. Francisco Arbona Casasnovas y bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> Sandra Aparicio Jabaloyas.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.



## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- El procurador D. Alejandro Silvestre Benedicto, en nombre y representación de Ferrer Morell S.A., interpuso demanda de juicio ordinario contra Bankia S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia:

"por la que se declare:

"1º.- que BANKIA, incurrió primero como Bancaja y posteriormente ya como Bankia en negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia, lealtad, deberes de información y salvaguarda de los intereses de la actora que se concretan entre otros hechos y actuaciones, esencialmente en: a) omisión y no reflejo fiel de la situación financiera y económica en las cuentas de Bancaja y Bankia. b) ocultación u omisión de la precaria situación de la entidad bancaria ofreciendo unos resultados y situación patrimonial muy saneada y de solvencia que fue irreal e incierta c) Incumplimiento al efectuar la recompra y amortización de las obligaciones y participaciones conforme el folleto informativo y su oferta de recompra, esto es, amortización a la par, es decir por su valor nominal. d) El valor de las participaciones/obligaciones emitidas por Bancaja se colocaron a precios superiores a su valor razonable. e) El valor de las acciones entregadas como canje de amortización de la inversión no se ajustó a su valor real. f) Falta absoluta de información veraz para que la parte actora pudiera tomar en todo momento sus decisiones de inversión o desinversión con conocimiento de causa b) Vulneración en perjuicio del actor de la situación de conflicto de intereses entre Entidad financiera y cliente.

"2º.- BANKIA es responsable de los daños y perjuicios irrogados a la parte actora a tenor de lo dispuesto en el art. 1.101 del C.C. y en consecuencia deberá indemnizarla por el importe de la pérdida sufrida, **1.519.574,63 Eu., UN MILLÓN QUINIENTOS DIECINUEVE MIL QUINIENTOS SETENTA Y CUATRO EUROS CON SESENTA Y TRES**, diferencia entre la cantidad invertida y lo obtenido por la venta de las acciones entregadas vía canje por Bankia. Dicha suma se incrementará con los intereses legales desde el 18 de Noviembre de 2013 o subsidiariamente desde la interposición de la demanda.

"3º.- Se condena a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones, al pago de las cantidades que por principal e intereses se solicitan todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada."

2.- La demanda fue presentada el 3 de junio de 2015 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Palma de Mallorca, se registró con el núm. 670/2015. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- El procurador D. Francisco Arbona Casasnovas, en representación de Bankia S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación de la demanda y la condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Palma de Mallorca dictó sentencia de fecha 16 de junio de 2016, con la siguiente parte dispositiva:

"Se **ESTIMA ÍNTEGRAMENTE LA DEMANDA** interpuesta por la entidad "**FERRER MORELL SA**", representada por el Procurador de los Tribunales don Alejandro Silvestre Benedicto, contra la entidad "**BANKIA, S.A.**", representada por el Procurador de los Tribunales don Francisco Arbona Casasnovas, y, en consecuencia, se adoptan los siguientes pronunciamientos:

"1.- Se declara que "**BANKIA, S.A.**" incurrió, primero como Bancaja, y posteriormente ya como Bankia en negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia, lealtad, deberes de información y salvaguarda de los intereses de la actora.

"2.- Que "**BANKIA S.A.**" es responsable de los daños y perjuicios irrogados a la parte actora y en consecuencia deberá indemnizarla por el importe de la pérdida sufrida, **1.519.574,63 euros**, diferencia entre la cantidad invertida y lo obtenido por la venta de las acciones entregadas vía canje por Bankia. Dicha suma se incrementará con los intereses legales desde la interposición de la demanda.

"3.- Se condena a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones., al pago de las cantidades que por principal e intereses se solicitan.

"4.- Se hace expresa imposición de costas en esta instancia a la entidad demandada".

### SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Bankia S.A.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que lo tramitó con el número de rollo 441/2016 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 1 de diciembre de 2016, cuya parte dispositiva dice:



"1º Se estima el recurso de apelación interpuesto por el procurador de los tribunales don Francisco Arbona Casanovas en nombre y representación de Bankia S.A. contra la sentencia dictada el 16 de junio del año en curso por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Palma en el juicio ordinario del que el presente rollo dimana.

"2º Se revoca y deja sin efecto dicha resolución.

"3º Se desestima la demanda interpuesta por el procurador de los tribunales don Alejandro Silvestre Benedicto, en nombre y representación de Ferrer Morell, S.A. contra Bankia, S.A., a quien se absuelve de los pedimentos formulados en su contra.

"4º Se condena a la demandante al pago de las costas de la primera instancia.

"5º No se hace pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

"6º Se acuerda la devolución del depósito constituido para recurrir".

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

1.- El procurador D. Alejandro Silvestre Benedicto, en representación de Ferrer Morell S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero.- Al amparo del ordinal 4º del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fundado en la infracción del artículo 24 de la Constitución Española, al haber realizado la Sentencia *a quo* una interpretación irracional ilógica y arbitraria de las pruebas obrantes en autos, al entender que no se ha acreditado el nexo causal entre el incumplimiento de información por parte de BANKIA en su folleto informativo y los perjuicios reclamados.

"Segundo.- Se formula con carácter subsidiario al anterior Motivo primero de infracción procesal. Al amparo del ordinal 2º del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fundado en la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, en concreto del artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al haberse dictado un Fallo carente de motivación. [...]"

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Único.- Amparado en el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y fundado en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso en concreto, infracción de lo dispuesto en los artículos 1.101 y 1.104 del Código Civil, y la jurisprudencia que los interpreta, ya que concurren en los autos todos los requisitos que la acción indemnizatoria precisa para ser estimada".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 6 de febrero de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de Ferrer Morell, S.A. contra la sentencia con fecha 1 de diciembre de 2016 por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Tercera, en el rollo de apelación n.º 441/2016, dimanante del juicio ordinario n.º 670/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Palma de Mallorca".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 10 de mayo de 2019 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos por el pleno de la Sala, señalándose para votación y fallo el día 12 de junio de 2019, en que ha tenido lugar. El magistrado D. Francisco Javier Orduña Moreno no intervino en la deliberación, al haber sido admitida su abstención.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- Ferrer Morell, S.A., es una empresa dedicada a la urbanización, explotación, compraventa o arrendamiento de terrenos o propiedades de cualquier clase, la construcción de edificaciones y la promoción inmobiliaria.

Durante años, en el ámbito de su actividad mercantil, llevó a cabo diversas operaciones de financiación de crédito hipotecario y personal con Bancaja, después Bankia S.A., para el desarrollo de sus proyectos inmobiliarios.



2.- Entre 2002 y 2008, Ferrer Morell adquirió productos financieros de la mencionada entidad financiera y fue titular de participaciones preferentes y deuda y obligaciones subordinadas, por un importe total de 1.634.800 €.

3.- El 13 de marzo de 2012 Bankia ofreció a Ferrer Morell canjear las participaciones preferentes, la deuda y las obligaciones subordinadas, por acciones de la propia Bankia. Lo que fue aceptado por la inversora al día siguiente, mediante la suscripción de las correspondientes órdenes.

La oferta de canje se basó en un folleto denominado de "recompra y suscripción", que acompañaba la información financiera de la entidad (Grupo Bankia), consolidada a diciembre de 2011, con unos beneficios antes de impuestos de 384 millones de euros y, después de impuestos, de 307 millones de euros; e incluía, igualmente, información de los resultados contables de los ejercicios 2009 y 2010, con importantes beneficios declarados.

Previamente, el 8 de marzo de 2012, Bankia había depositado en la CNMV un documento titulado "Oferta de Recompra de Banco Financiero y de Ahorros, S.A. ("BFA") y Oferta Pública de Suscripción de Bankia, S.A. ("Bankia")", en el que se establecían los mecanismos de cálculo del precio de canje título/acción.

4.- Los días 18 de octubre y 15 de noviembre de 2013, Ferrer Morell vendió en el mercado secundario sus acciones de Bankia por un precio de 115.225,37 €.

5.- Ferrer Morell interpuso una demanda contra Bankia en la que ejercitó una acción de responsabilidad por incumplimiento de los deberes de diligencia, lealtad e información, y solicitó que se la condenara a indemnizarla en la suma de 1.519.574,63 €, diferencia entre la cantidad invertida y lo obtenido por la venta de las acciones entregadas, vía canje, por Bankia.

6.- La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda, al considerar, resumidamente, que la suscripción de acciones se llevó a cabo en un período de tiempo durante el cual la contabilidad de Bankia no reflejaba su imagen fiel y, por ende, con contravención de su obligación de prestar a sus clientes una información veraz. Condenó a Bankia a indemnizar a la demandante en la cantidad resultante de restar al importe de la inversión inicial en participaciones preferentes, obligaciones y deuda subordinada, lo obtenido por Ferrer Morell cuando, tras su canje por acciones de Bankia, vendió estos últimos títulos en 2013.

7.- Recurrída en apelación la sentencia por Bankia, la Audiencia Provincial estimó el recurso, pues, aunque consideró que podía existir responsabilidad de Bankia, por las inexactitudes del folleto de su salida a Bolsa, contenidas también en el folleto de recompra y suscripción, no apreció la existencia de perjuicio, al no constar que las participaciones preferentes y títulos de obligaciones y deuda subordinada, en el momento de ser canjeadas por acciones de Bankia, valieran más que esas mismas acciones. Por el contrario, consideró que existían sólidas razones para creer que, objetivamente, con independencia de la defectuosa información que en ese momento -marzo de 2012- existía, los productos canjeables estaban fuertemente devaluados por la difícil situación económica de la entidad, que afectaba a todos sus títulos, acciones, participaciones preferentes y deuda y obligaciones subordinadas. Como consecuencia de lo cual, desestimó la demanda.

### **Recurso extraordinario por infracción procesal**

**SEGUNDO.-** *Primer motivo de infracción procesal. Valoración arbitraria e ilógica de la prueba*

*Planteamiento :*

El primer motivo de infracción procesal, formulado al amparo del art. 469.1.4º LEC , alega la infracción del art. 24 CE , al haber realizado la sentencia recurrida una interpretación irracional, ilógica y arbitraria de las pruebas obrantes en autos, al entender que no se había acreditado el nexo causal entre el incumplimiento del deber de información por parte de Bankia en su folleto informativo y los perjuicios reclamados.

*Decisión de la Sala:*

1.- El recurso por infracción procesal no puede convertirse en una tercera instancia. Para que un error en la valoración de la prueba tenga relevancia para la estimación de un recurso de esta naturaleza, con fundamento en el art. 469.1.4º LEC , debe ser de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE . En las sentencias de esta sala 44/2015, de 17 de febrero , 303/2016, de 9 de mayo , 411/2016, de 17 de junio , y 229/2019, de 11 de abril (entre otras muchas), tras reiterar la excepcionalidad de un control, por medio del recurso extraordinario por infracción procesal, de la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de segunda instancia, recordamos que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia a estos efectos, dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1º) que se trate de un error fáctico, -material o de hecho-, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2º) que sea patente , manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.



2.- En el presente caso no concurren tales circunstancias. En primer lugar, la Audiencia Provincial no niega que la demandante fuera defectuosamente informada y asesorada en cuanto a la verdadera situación financiera de Bankia en el momento del canje, sino que considera que para que prospere la acción indemnizatoria no basta con dicho elemento (la responsabilidad), sino que, además, ha de demostrarse el perjuicio. Y, en segundo lugar, en íntima conexión con lo anterior, considera el órgano de apelación que no se ha probado que hubiera un perjuicio económicamente evaluable. Lo que constituye una consideración jurídica y no fáctica, que, en su caso, habrá de ser objeto del recurso de casación y no del extraordinario por infracción procesal.

3.- Como consecuencia de lo expuesto, el primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal debe ser desestimado.

### **TERCERO.- Segundo motivo de infracción procesal. Deber de motivación**

*Planteamiento :*

1.- El segundo motivo de infracción procesal, formulado al amparo del art. 469.1.2º LEC , alega la infracción del art. 218.2 LEC , al haberse dictado un fallo carente de motivación.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente argumenta, resumidamente, que la sentencia recurrida revoca íntegramente la de primera instancia, a pesar de que confirma la declaración de que Bankia había incurrido en negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia, lealtad, deberes de información y salvaguarda de los intereses de la actora.

*Decisión de la Sala :*

1.- Como hemos dicho al resolver el anterior motivo, la Audiencia Provincial no niega la existencia de negligencia, sino que considera que esta no es suficiente, por sí misma, para dar lugar a la acción indemnizatoria ejercitada en la demanda, puesto que no se ha probado la existencia de perjuicio económico efectivo.

La acción declarativa del incumplimiento contractual por parte de Bankia es un mero presupuesto de la de indemnización de daños y perjuicios, que requiere la existencia de un perjuicio patrimonial cuantificable.

2.- En consecuencia, la sentencia no infringe el art. 218.2 LEC , porque ni incurre en falta de motivación, puesto que argumenta razonadamente por qué, pese a apreciar el incumplimiento contractual, no da lugar a la indemnización solicitada, ni tampoco adolece de contradicción interna, por cuanto la expresión de sus razonamientos jurídicos y la consecuencia plasmada en el fallo es plenamente coherente.

3.- Como resultado de lo expuesto, el segundo motivo de infracción procesal también debe ser desestimado.

### **Recurso de casación**

#### **CUARTO.- Único motivo de casación. Existencia de perjuicio**

*Planteamiento :*

1.- El único motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 1101 y 1104 CC y la jurisprudencia que los interpreta.

2.- Al desarrollar el motivo, la parte recurrente aduce, resumidamente, que accedió a llevar a cabo la operación de canje en la confianza de que la información facilitada por Bankia era veraz y reflejaba una imagen fiel de su situación financiera, cuando la realidad es que estaba totalmente falseada. Y por ello, el perjuicio causado (diferencia entre el capital inicialmente invertido y la cantidad obtenida tras la venta de las acciones canjeadas) trae causa directa del incumplimiento de su deber de información por parte de Bankia.

*Decisión de la Sala :*

1.- Para que proceda la indemnización de daños y perjuicios prevista en el art. 1101 CC es imprescindible la prueba y acreditación de la producción de un daño. Es decir, la condena a la indemnización de daños y perjuicios exige la prueba de su existencia, cuya acreditación incumbe a quien los reclama. Fuera de los supuestos excepcionales en que el incumplimiento de la obligación lleva a considerar la existencia de daños producidos *in re ipsa*, la regla general es que es imprescindible probar la existencia de los daños y perjuicios cuya indemnización se reclama ( sentencias 16/2010, de 29 de enero , y 263/2017, de 3 de mayo , y las que en ellas se citan).

De manera que el incumplimiento de un contrato no implica por sí solo la existencia de daños y perjuicios, que han de ser alegados y probados, y han de derivarse del pretendido incumplimiento.

2.- La Audiencia Provincial considera que no consta el perjuicio, porque parte de la base (no cuantificada) de que los títulos canjeados por las acciones - participaciones preferentes, obligaciones subordinadas y deuda

subordinada- carecían prácticamente de valor, por lo que la devaluación de las acciones de Bankia no supuso perjuicio alguno, al haberse producido simplemente un intercambio de títulos ruinosos.

Sin embargo, si atendemos a la propia actuación de Bankia, que fue quien realizó la oferta de canje, la apreciación de la Audiencia Provincial no es correcta, en tanto que Bankia sí dotó de valor económico a los títulos antiguos de Bancaja, al otorgarles un valor nominal a efectos de su intercambio por acciones, coincidente con el precio de adquisición.

**3.-** En la información depositada por Bankia en la CNMV el 8 de marzo de 2012, titulada "Oferta de Recompra de Banco Financiero y de Ahorros, S.A. ("BFA") y Oferta Pública de Suscripción de Bankia, S.A. ("Bankia")", se establecía un precio de 3,10 € como valor del canje título/acción.

**4.-** En consecuencia, si la propia Bankia determinó el precio de los títulos canjeables y el precio de la acción, debe partirse de tales cantidades para calcular si hubo perjuicio patrimonial. Y al no haberlo hecho así la sentencia recurrida, infringe los arts. 1101 y 1104 CC, por lo que el recurso de casación debe ser estimado.

**QUINTO.-** *Asunción de la instancia. Responsabilidad por negligencia contractual. Compensación de lucro y daño. Estimación parcial de la demanda*

**1.-** La estimación del recurso de casación supone que este tribunal deba asumir la instancia, a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por Bankia.

**2.-** Para analizar la responsabilidad de Bankia, debemos partir de nuestras sentencias 23/2016 y 24/2016, ambas de 3 de febrero, en las que concluimos que el folleto informativo regulado en los arts. 26 y ss. de la LMV y 16 y ss. del RD 1310/2005 de 4 de noviembre, con el que Bankia realizó su Oferta Pública de Suscripción (OPS), contenía información económica y financiera que poco tiempo después se reveló gravemente inexacta por la propia reformulación de las cuentas por la entidad emisora y por su patente situación de falta de solvencia. Esto determinó que los pequeños inversores adquirentes de las acciones ofertadas pudieran hacerse una representación equivocada de la solvencia de la entidad y, consecuentemente, de la posible rentabilidad de su inversión, y se encontraron con que realmente habían adquirido valores de una entidad al borde de la insolvencia, con unas pérdidas multimillonarias no confesadas (al contrario, se afirmaba la existencia de beneficios) y que tuvo que recurrir a la inyección de una elevadísima cantidad de dinero público para su subsistencia. Lo que provocó un error excusable en la suscripción de las acciones, que vició su consentimiento.

Pues bien, en el caso que ahora enjuiciamos resulta de especial relevancia que precisamente esas mismas cuentas que sirvieron de base al folleto de la OPS fueron en las que se basó Bankia para ofertar a Ferrer Morell la recompra y amortización de las participaciones preferentes y la deuda y obligaciones subordinadas.

Con fundamento en tales cuentas se realizó el canje y amortización de los títulos preexistentes con un contravalor (el de las acciones entregadas a cambio) que distaba mucho de la realidad. Y ello porque, al intervenir el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), hubo que fijar el valor real de la acción en una suma muy inferior.

**3.-** De la inexactitud de esta información y de las consecuencias perjudiciales que ello tuvo en el patrimonio de la demandante debe responder Bankia, conforme a los arts. 1101 y 1104 CC, como hemos concluido al resolver el recurso de casación, pero no con el alcance pretendido en la demanda y concedido en la sentencia de primera instancia.

En efecto, es jurisprudencia reiterada de esta sala, a partir de las sentencias 613/2017, de 16 de noviembre, y 81/2018, de 14 de febrero, que en la liquidación de los daños indemnizables debe computarse la eventual obtención de ventajas experimentadas por parte del acreedor, junto con los daños sufridos, todo ello a partir de los mismos hechos que ocasionaron la infracción obligacional.

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.

**4.-** 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.

5.- Como declaramos en la mencionada sentencia 81/2018, de 14 de febrero :

"La obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados constituye la concreción económica de las consecuencias negativas que la infracción obligacional ha producido al acreedor, es decir, resarce económicamente el menoscabo patrimonial producido al perjudicado. Desde ese punto de vista, no puede obviarse que a la demandante no le resultó indiferente económicamente el desenvolvimiento del contrato, puesto que como consecuencia de su ejecución recibió unos rendimientos pecuniarios. Por lo que su menoscabo patrimonial como consecuencia del incumplimiento contractual de la contraparte se concreta en la pérdida de la inversión, pero compensada con la ganancia obtenida, que tuvo la misma causa negocial.

"En fin, la cuestión no es si la demandante se enriquece o no injustificadamente por no descontársele los rendimientos percibidos por la inversión, sino cómo se concreta su perjuicio económico causado por el incumplimiento de la otra parte".

6.- Como quiera que Ferrer Morell, mientras mantuvo la inversión en participaciones preferentes, deuda y obligaciones subordinadas obtuvo unos rendimientos totales de 224.260,31 €, esta cantidad debe ser detrída del importe invertido. Con lo que la indemnización que le corresponde asciende a 1.295.314,32 €.

7.- La cantidad fijada como indemnización devengará el interés legal ( art. 1108 CC ) desde la interpelación judicial ( sentencias 549/2018, de 5 de octubre y 143/2019, de 6 de marzo , entre otras).

Como recuerda la sentencia 228/2019, de 11 de abril , la estimación parcial de la demanda no impide la aplicación de este interés, pues, tras la eliminación del automatismo del brocardo *in iliquidis non fit mora* [la deuda ilíquida no genera intereses], la iliquidez no es incompatible con la imposición de intereses, y la discrepancia de las partes sobre la cuantía de la deuda no convierte en necesario el proceso para liquidarla, en la medida que la sentencia que fija el importe debido no tiene carácter constitutivo y se limita a declarar un derecho que ya entonces pertenecía al perjudicado.

Esta sala ha seguido el criterio del "canon de razonabilidad" en la oposición a la reclamación del demandante para decidir la procedencia o no de condenar al pago de intereses y para la concreción del *dies a quo* del devengo. Este criterio, según precisan las sentencias 1198/2007, de 16 de noviembre - que cita las de 4 de junio de 2006 , 9 de febrero , 14 de junio y 2 de julio de 2007 - y 451/2008, de 19 de mayo , da mejor respuesta a la naturaleza de la obligación y al justo equilibrio de los intereses en juego, y, en definitiva, a la plenitud de la tutela judicial, ya que toma como pautas de la razonabilidad el fundamento de la reclamación, las razones de la oposición, la conducta de la parte demandada en orden a la liquidación y pago de la adeudado, y las demás circunstancias concurrentes. Lo decisivo a estos efectos es, pues -como precisa la sentencia 1111/2008, de 20 de febrero -, la certeza de la deuda u obligación, aunque se desconozca su cuantía.

Y, en el caso, no existe duda sobre la razonabilidad del fundamento de la reclamación, en atención a lo expuesto anteriormente sobre las graves inexactitudes acerca de la situación económica de Bankia que fundaron su oferta de canje de productos de inversión por acciones.

#### **SEXTO.- Costas y depósitos**

1.- La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal comporta que deban imponerse a la recurrente las costas causadas por el mismo, según determina el art. 398.1 LEC .

2.- Al haberse estimado el recurso de casación, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas por él, según previene el art. 398.2 LEC .

3.- La estimación en parte del recurso de apelación supone que tampoco proceda la imposición de las costas de dicho recurso, a tenor del art. 398.2 LEC .

4.- Al haberse estimado en parte la demanda, no procede la imposición de costas en primera instancia, conforme establece el art. 394.2 LEC .

5.- Procede acordar también la pérdida del depósito constituido para el recurso extraordinario por infracción procesal y la devolución de los constituidos para los recursos de apelación y casación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartados 8 y 9, LOPJ .

#### **FALLO**



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

**1.º**- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Ferrer Morell S.A. contra la sentencia núm. 393/2016, de 1 de diciembre, dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 3ª, en el recurso de apelación núm. 441/2016 .

**2.º**- Estimar el recurso de casación interpuesto por la misma recurrente contra dicha sentencia, que casamos y anulamos.

**3.º**- Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por Bankia S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Palma de Mallorca, con fecha 16 de junio de 2016 , en el juicio ordinario núm. 670/2015, que revocamos parcialmente.

**4.º**- Estimar en parte la demanda deducida por Ferrer Morell S.A. contra Bankia S.A. y condenar a la entidad demandada a que indemnice a la demandante en la suma de 1.295.314,32 €, más sus intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda.

**5.º**- Imponer a Ferrer Morell S.A. las costas del recurso extraordinario por infracción procesal.

**6.º**- No hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación ni de las causadas en ambas instancias.

**7.º**- Ordenar la pérdida del depósito constituido para el recurso extraordinario por infracción procesal y la devolución de los constituidos para los recursos de apelación y casación.

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.