

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA  
DEL TRIBUNAL SUPREMO  
DE 2 DE JULIO DE 2019 (382/2019)**

**La responsabilidad contractual  
por el incumplimiento de deberes  
de información en inversiones financieras  
y la doctrina de la “*compensatio lucri cum damno*”**

Comentario a cargo de:  
MIGUEL ÁNGEL MALO  
Doctor en Derecho  
Consejero de Cuatrecasas

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 2 DE JULIO DE 2019**

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

**ID CENDOJ:** 28079119912019100021

**PONENTE:** EXCMO. SR. DON PEDRO JOSÉ VELA TORRES

**Asunto:** Nueva sentencia acerca de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de una inversión financiera y la aplicación de la regla “*compensatio lucri cum damno*”. La Sala vuelve a confirmar la doctrina jurisprudencial de acuerdo con la cual en la liquidación de los daños indemnizables debe computarse la eventual obtención de ventajas que el deudor haya obtenido mediante el hecho generador de la responsabilidad o en relación causal adecuada con éste. Sin embargo, no parecen casar bien los argumentos de la sentencia sobre la falta o inexactitud de la información suministrada por la demandada a la demandante en la fase de formación del contrato –que, en su caso, hubiera permitido fundar una eventual acción de nulidad con base en la existencia de un vicio del consentimiento– con la conclusión sobre la existencia de responsabilidad contractual con base en los artículos 1101 y 1104.

Sumario: **1. Resumen de los hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia. 3. Soluciones dadas en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo:** 5.1. La responsabilidad contractual. 5.2 La existencia de un daño que había sido negada por la Audiencia Provincial. 5.3. La confirmación de la doctrina previa sobre la “compensatio lucri cum damno”. 5.4. Conclusión. **6. Bibliografía.**

## 1. Resumen de los hechos

Entre 2002 y 2008, la demandante, una empresa dedicada a la urbanización, explotación, compraventa y arrendamiento de terrenos, la construcción de edificaciones y la promoción inmobiliaria, adquirió participaciones preferentes, deuda y obligaciones subordinadas de la parte demandada por un importe total de 1.634.800 €.

El 13 de marzo de 2012 la demandada ofreció a la demandante canjear las participaciones preferentes, la deuda y las obligaciones subordinadas por acciones de la propia demandada, lo que fue aceptado por la demandante.

Los días 18 de octubre y 15 de noviembre de 2013, la demandante vendió en el mercado secundario las acciones que había comprado previamente a la demandada por un precio de 115.225,37 €.

La demandante interpuso demanda de juicio ordinario solicitando que se dictara sentencia contra la demandada en la que se declarara que la misma incurrió “*en negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia, lealtad, deberes de información y salvaguarda de los intereses de la actora*”, alegando, entre otros motivos, una “*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*”.

La demandante también solicitó que se declarara que la demandada “*es responsable de los daños y perjuicios irrogados a la parte actora a tenor de lo dispuesto en el art. 1101 del CC*”, y que se la condenara a indemnizarla en la suma de 1.519.574,63 €, diferencia entre la cantidad invertida (1.634.800 €) y lo obtenido por la venta de las acciones entregadas vía canje por la demandada (115.225,37 €).

## 2. Soluciones dadas en primera instancia

Por medio de sentencia dictada el 16 de junio de 2016, el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Palma de Mallorca estimó íntegramente la demanda, imponiendo las costas a la parte demandada.

Resumidamente, la sentencia de primera instancia consideró que la suscripción de acciones se llevó a cabo en un período durante el cual la contabilidad de la demandada no reflejaba su imagen fiel, lo que contravenía su obligación de ofrecer a sus clientes una información veraz.

### 3. Soluciones dadas en apelación

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la demandada. La resolución del recurso correspondió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que dictó sentencia el 1 de diciembre de 2016 estimando el recurso de apelación y dejando sin efecto la sentencia de primera instancia.

En particular, la Audiencia Provincial desestimó la demanda interpuesta por la demandante y la condenó al pago de las costas de la primera instancia.

Resumidamente, aunque la Audiencia Provincial consideró que podía existir responsabilidad de la demandada, sin embargo no apreció la existencia de un daño o perjuicio, aduciendo que no constaba que las participaciones preferentes y títulos de obligaciones y deuda subordinada valieran más que las mismas acciones en el momento en el que se produjo el canje.

Concretamente, según el “*Resumen de antecedentes*” contenido en la sentencia objeto de comentario, la Audiencia Provincial desestimó la demanda porque 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*”.

### 4. Los motivos de casación alegados

La parte demandante interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Por un lado, fundó el recurso extraordinario por infracción procesal en la infracción del artículo 24 de la Constitución, por 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 [...] en su folleto informativo y los perjuicios reclamados*”. Con carácter subsidiario al anterior Motivo, la demandante también alegó “*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*”.

Por otro lado, fundó el recurso de casación 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 (LEG 1889, 27), y la jurisprudencia que los interpreta, ya que concurren en los autos todos los requisitos que la acción indemnizatoria precisa para ser estimada*”.

Resumidamente, la parte demandante alegó que accedió a llevar a cabo la operación de canje en la confianza de que la información facilitada por la demandada “*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”.*

El Tribunal Supremo desestimó el recurso extraordinario por infracción procesal alegando que el mismo no puede convertirse en una tercera instancia, y que para que un error en la valoración de la prueba tenga relevancia para la estimación de un recurso extraordinario por infracción procesal el mismo debe ser de tal magnitud que vulnere la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, lo que, a juicio de la Sala, no concurría en el caso de Autos.

Por el contrario, el Tribunal Supremo sí declaró haber lugar al recurso de casación, y en consecuencia casó y anuló la sentencia dictada el 1 de diciembre de 2016 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, estimando en parte la demanda sin imposición de costas.

## 5. Doctrina del Tribunal Supremo

### 5.1. La responsabilidad contractual

La Sala declara que para analizar la responsabilidad de la demandada debe partir de sus sentencias 23/2016 (RJ 2016/2) y 24/2016 (RJ 2016/1), ambas de 3 de febrero, en las que concluyó que el folleto informativo con el que la demandada realizó su oferta pública de suscripción –regulado en los artículos en los artículos 27 y siguientes de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (hoy artículos 26 y siguientes del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, que aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, y que derogó la anterior)– “[...] 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”.

Lo anterior, continúa explicando la Sala, “[...] 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”.

Volviendo al caso enjuiciado, la Sala concluye que “precisamente esas mismas cuentas” que sirvieron de base al folleto de la oferta pública de suscripción fueron las cuentas en las que se basó la demandada para ofertar a la demandante la recompra y amortización de las participaciones preferentes y la deuda y obligaciones subordinadas. En particular, “[c]on 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”.*

Lo anterior lleva a la Sala a concluir que la demandada debe responder “conforme a los arts. 1101 y 1104 CC” de la inexactitud de esa información y de las consecuencias perjudiciales que ello tuvo en el patrimonio de la demandante.

Del análisis de los hechos resulta que, en este caso, el daño no se sufrió por la demandante por la adquisición de valores con base en información inexacta contenida en el folleto informativo. Lo que explica la Sala es que, para ofertar a la demandante la recompra y amortización de las participaciones preferentes, la deuda y las obligaciones subordinadas, la demandada se basó en las mismas “cuentas que sirvieron de base al folleto de la OPS”.

En consecuencia, el demandante planteó su acción, y la Sala dictó su sentencia, aplicando los artículos 1101 y 1104 del Código Civil, y no el artículo 28.3 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (hoy artículo 38.3 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, que aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, y que derogó la anterior), de acuerdo con el cual las personas responsables de la información que figura en el folleto informativo “[...] serán responsables de todos los daños y perjuicios que hubiesen ocasionado a los titulares de los valores adquiridos como consecuencia de las informaciones falsas o las omisiones de datos relevantes del folleto o del documento que en su caso deba elaborar el garante”, sino directamente.

Concretamente, la Sala sostiene que la demandada “debe responder” conforme a los artículos 1101 y 1104 del Código Civil “de la inexactitud de esta información y de las consecuencias perjudiciales que ello tuvo en el patrimonio de la demandante”.

Asimismo, ya se ha expuesto que la sentencia, en su Fundamento de Derecho Quinto, parte de sus sentencias previas 23/2016 (RJ 2016/2) y 24/2016 (RJ 2016/1), ambas de 3 de febrero, “para analizar la responsabilidad” de la demandada, y explica que en las mismas se apreció “un error excusable en la suscripción de las acciones, que vició su consentimiento”.

Sin embargo, si lo que se está alegando es que la información que se suministró por el demandado al demandante previamente a la operación de canje era inexacta o falsa, lo correcto habría sido solicitar la nulidad del contrato por la existencia de un vicio del consentimiento. Así se hizo, precisamente, en los casos que resolvieron las sentencias citadas por la Sala 23/2016 (RJ 2016/2) y 24/2016 (RJ 2016/1), ambas de 3 de febrero.

A su vez, si concurrió un vicio del consentimiento, el contrato sería nulo o anulable, y la consecuencia general de lo anterior sería considerar “[...] no nacidas las obligaciones previstas y producidas sin causa las atribuciones patrimoniales que hubieran podido operarse”, caso en el cual “[...] habrá que distinguir entre las pretensiones impugnatorias del contrato, sometidas a su propio plazo en lo que toca a la restitución de prestaciones, de las pretensiones indemnizatorias que quepa ejercitar para devolver al contratante perjudicado, no a la posición en la que estaría si el contrato fuese válido, sino a la que ostentaría si no hubiese contratado («negative Vertragsverletzung»

gen»: *interés contractual negativo o interés de confianza*)” (Yzquierdo Tolsada, pg. 117).

A la vista de lo anterior, no parecen casar bien los argumentos empleados en la sentencia sobre la falta o inexactitud de la información suministrada por la demandada a la demandante en la fase de formación del contrato con la conclusión sobre la existencia de responsabilidad contractual con base en los artículos 1101 y 1104. Para que la falta o inexactitud de la información pudiese ser calificada como un daño contractual, “[...] sería preciso que extendiéramos el inicio del contrato artificiosamente hacia atrás para sostener que el comercializador está incumpliendo una suerte de contrato implícito consistente en ofrecer información sobre el producto que luego se comercializa” (Carrasco Perera, *La Ley Digital* 14040/2019).

Por ello, esta doctrina jurisprudencial lleva a este autor a concluir, al comentar la sentencia del Tribunal Supremo 143/2019, de 6 de marzo (RJ 2019/731), que “[...] la prognosis es segura: cuando los inversores en instrumentos financieros temen perder la acción de nulidad por caducidad del plazo de cuatro años, todavía podrán hurtar este resultado reclamando directamente daños por incumplimiento contractual” (Carrasco Perera, *La Ley Digital* 14040/2019).

## 5.2. *La existencia de un daño que había sido negada por la sentencia de la Audiencia Provincial*

Habiendo aceptado la Sala la responsabilidad contractual de la demandada, la misma aborda en el Fundamento de Derecho Cuarto al único motivo de casación, el cual se refiere al daño o perjuicio cuya existencia había sido negada por la sentencia de la Audiencia Provincial con el argumento de que no constaba que las participaciones preferentes y títulos de obligaciones y deuda subordinada valieran más que las mismas acciones en el momento en el que se produjo el canje.

La sentencia objeto de comentario se refiere en primer lugar a la reiterada doctrina jurisprudencial que declara que la indemnización de daños y perjuicios prevista en el artículo 1101 CC requiere de la prueba y acreditación de la producción del daño: “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”.

Es cierto que, al mismo tiempo, el Tribunal Supremo también ha mantenido una línea jurisprudencial que sostiene que, en algunos casos, el propio incumplimiento constituye *per se* un perjuicio o daño que existe *in re ipsa*. Según la misma, “[...] lo contrario equivaldría a sostener que el contrato opera en el vacío y que sus vicisitudes, las contravenciones de las partes, no habrán de tener ninguna repercusión, contradiciendo así la realidad normativa de la fuerza vinculante del contrato y de sus consecuencias” (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo 211/1999, de 16 de marzo (RJ 1999/1675) y 1211/1998, de 29 de diciembre (RJ 1998/9760)).

A título de ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo 318/2012, de 24 de mayo (RJ 2012/6538) concluyó que en determinados casos, como el de ejecución de obra, no es necesario probar la existencia del lucro cesante, con el argumento de que su existencia “[...] claramente se desprende del incumplimiento y consiguiente frustración del contrato”. En el caso examinado, a la vista de que el Tribunal consideró que el demandante no había probado la existencia de la cuantía del lucro cesante, lo cuantificó en un 15% en concepto de beneficio industrial.

Sin embargo, la sentencia objeto de comentario se refiere correctamente a estos casos como “supuestos excepcionales”, siendo la regla general que “es imprescindible probar la existencia de los daños y perjuicios cuya indemnización se reclama (sentencias 16/2010, de 29 de enero (RJ 2010, 162), y 263/2017, de 3 de mayo (RJ 2017, 3271), y las que en ellas se citan)”, de modo 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”.

La cuestión se centra, por tanto, en determinar si realmente existió un perjuicio en el caso de Autos. La Sala concluye que la argumentación de la Audiencia Provincial: “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. No es correcta, atendiendo a la propia actuación de la demandada.

En particular, la Sala argumenta que la demandada “sí dotó de valor económico a los títulos antiguos [...], al otorgarles un valor nominal a efectos de su intercambio por acciones, coincidente con el precio de adquisición”. Por tanto, continúa argumentando la Sala, si la propia demandada determinó el precio de los títulos canjeables y el precio de la acción, debe partirse de tales cantidades para calcular si hubo perjuicio patrimonial. Sin embargo, como se expone en el siguiente epígrafe, la Sala concluye que el perjuicio económico sufrido por la demandante no fue el pretendido en la demanda y concedido en la sentencia de primera instancia.

### 5.3. La confirmación de la doctrina previa sobre la “*compensatio lucri cum damno*”

Aceptada por la Sala la existencia de responsabilidad contractual, así como la existencia de un perjuicio económico, la Sala se refiere a continuación a la doctrina de la “*compensatio lucri cum damno*”, explicando que “[...] 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”.

En particular, sostiene que la demandante, “mientras mantuvo la inversión en participaciones preferentes, deuda y obligaciones subordinadas obtuvo unos rendimientos totales de 224.260,31 €, esta cantidad debe ser detráida del importe invertido. Con lo que la indemnización que le corresponde asciende a 1.295.314,32 €”.

Las conclusiones de la sentencia objeto de comentario entroncan con una consolidada doctrina jurisprudencial del Alto Tribunal.

La sentencia del Tribunal Supremo 142/2019, de 6 de marzo (RJ 2019/1136), objeto de comentario por María Medina Alcoz (2019), también trató *“la cuestión jurídica del alcance de la indemnización por responsabilidad contractual por defectuoso asesoramiento en la comercialización de productos financieros complejos”*.

Asimismo, la misma sentencia objeto de comentario se refiere expresamente a las sentencias previas del Alto Tribunal 613/2017, de 16 de noviembre (RJ 2017/6162), y 81/2018, de 14 de febrero (RJ 2018/469): *“En efecto, es jurisprudencia reiterada de esta sala, a partir de las sentencias 613/2017, de 16 de noviembre (RJ 2017, 6162), y 81/2018, de 14 de febrero (RJ 2018, 469), 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”*.

La sentencia del Tribunal Supremo 613/2017, de 16 de noviembre (RJ 2017/6162), también planteaba, como cuestión de fondo, la determinación del daño indemnizable tras el ejercicio de la acción de responsabilidad contractual contra el demandado en la comercialización de unas aportaciones financieras subordinadas, particularmente con relación al posible descuento de los cupones cobrados por los clientes.

En dicha demanda se solicitaba, con carácter principal, la nulidad de la orden de compra por error vicio en el consentimiento prestado con la consiguiente devolución del importe nominal de la inversión realizada y, de forma subsidiaria, la declaración de responsabilidad contractual de la entidad bancaria por incumplimiento de sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad y deber de información, con la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios sufridos que se correspondían a una pérdida del valor de la inversión.

La sentencia de primera instancia declaró la caducidad de la acción de nulidad y estimó la pretensión subsidiaria de incumplimiento contractual de la demandada por la defectuosa información que suministró a los clientes en la adquisición de las aportaciones financieras subordinadas. Interpuesto recurso de apelación por la entidad bancaria, la sentencia de la Audiencia desestimó dicho recurso y confirmó la sentencia de primera instancia. Finalmente, el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación y modificó la sentencia de apelación en el sentido de descontar de la indemnización de daños y perjuicios el importe de los rendimientos financieros que se habían obtenido por los demandantes.

Esta sentencia se refirió, a su vez, a la sentencia del Tribunal Supremo 754/2014, de 30 de diciembre (RJ 2014/6662), que concluyó 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”*, así como la sentencia 301/2008, de 5 de mayo (RJ 2008/2827), que declaró



que “la aplicación de la regla «*compensatio lucri cum damno*» significaba que en la liquidación de los daños indemnizables debía 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”.

La mencionada sentencia del Tribunal Supremo 754/2014, de 30 de diciembre (RJ 2014/6662), se refirió de forma específica al título jurídico de imputación del daño, sosteniendo lo siguiente: “No cabe descartar que el incumplimiento grave de aquellos deberes y obligaciones contractuales de información al cliente y de diligencia y lealtad respecto del asesoramiento financiero pueda constituir el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por los clientes como consecuencia de la pérdida, prácticamente total, de valor de las participaciones preferentes, aunque lógicamente es preciso justificar en qué consiste la relación de causalidad. En este sentido nos pronunciamos en la Sentencia 244/2013, de 18 de abril (RJ 2013, 3387), en un supuesto muy similar al presente, en que entendimos que el incumplimiento por el banco del «estándar de diligencia, buena fe e información completa, clara y precisa que le era exigible al proponer a los demandantes la adquisición de determinados valores que resultaron ser valores complejos y de alto riesgo (así los define la Comisión Nacional del Mercado de Valores, y así se acepta en la sentencia de la Audiencia Provincial) sin explicarles que los mismos no eran coherentes con el perfil de riesgo muy bajo que habían seleccionado al concertar el contrato de gestión discrecional de carteras de inversión”.

Los hechos y conclusiones de la sentencia del Tribunal Supremo 81/2018, de 14 de febrero (RJ 2018/469) también son similares. En la misma, el Alto Tribunal vuelve a aplicar la “*compensatio lucri cum damno*”, declarando lo siguiente: “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. [...]”.

Esta doctrina de la “*compensatio lucri cum damno*” está relacionada con el principio de restitución íntegra del daño, que se dirige a lograr la más perfecta equivalencia entre los daños sufridos y la reparación obtenida por el perjudicado, de tal manera que éste quede colocado en una situación lo más parecida posible a aquella en la que se encontraría si el hecho dañoso no hubiera tenido lugar.

En particular, el artículo 1.106 del Código Civil establece 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”, de lo que se desprende que el daño resarcible es únicamente el realmente experimentado. En palabras de Cristóbal Montes (1989, p. 1967), “no hay más daño que el efectivamente ocasionado, y el mismo es el que aparece por el juego recíproco de quebrantos y

lucros, ya que la realidad se nos presenta de una sola vez, uno ictu, en virtud del efecto reflejo y multidireccional que el hecho del incumplimiento es susceptible de provocar”.

En definitiva, se trata de lograr la completa indemnidad de la parte perjudicada, sin que produzcan enriquecimientos ni empobrecimientos, y ello equivale a dejar al sujeto en el mismo estado que tenía antes de producirse el evento dañoso. Así lo expresa, entre muchas otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1992 (RJ 1992/4466), que, con cita de la de 13 de abril de 1987 (RJ 1987/2706), afirma: “[N]o existen en nuestro Derecho positivo principios generales rectores de la indemnización de los daños y perjuicios, vacío que autoriza a interpretar que el concepto de reparación en que se manifiesta la responsabilidad del dañador comprende (arts. 1106 y 1902 del Código Civil), tanto en la esfera contractual como en la extracontractual, sanciones bastantes en cada caso a lograr la indemnidad, que es el único designio de la norma»; acreditado en autos el daño causado, ese principio de indemnidad que rige esta materia, exige el restablecimiento del patrimonio del perjudicado al estado que tendría antes de producirse el daño” (énfasis añadido).

La misma argumentación, esto es, indemnizar el daño producido colocando al sujeto dañado en el estado inmediatamente anterior al evento dañoso con objeto de que no se produzca un enriquecimiento injustificado en su favor, es la utilizada por la Sentencia del Tribunal Supremo, de 4 octubre de 2011 (RJ 2011/6703): “La sentencia impugnada ha ponderado adecuadamente el derecho al resarcimiento de la recurrente y las circunstancias concurrentes para evitar una situación de enriquecimiento injusto. No es contrario a la racionalidad ni absurdo aplicar un coeficiente de corrección al importe de construcción de una nueva vivienda, con fundamento en la antigüedad de la vivienda derruida, pues entra dentro de los criterios de la lógica llegar a la conclusión de que, de no aplicarse un coeficiente de corrección, más que un resarcimiento íntegro del daño se provoca una mejora notable en la situación patrimonial del perjudicado en relación con la que ostentaba en el momento del siniestro”.

En términos similares se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 mayo de 2010 (RJ 2010/4840): “Los principios *pro damnato* y de indemnidad del perjudicado tampoco han sido vulnerados. Acreditado el daño causado, ese principio de indemnidad que rige esta materia, exige el restablecimiento del patrimonio del perjudicado al estado que tendría antes de producirse, como así hizo la sentencia en atención al perjuicio realmente acreditado (763,80 Euros), con más los intereses del artículo 576 de la LEC (RCL 2000, 34, 962), que son los que la sentencia aplica, desde la fecha de la sentencia, por ser desde entonces líquida la cantidad objeto de la condena” (énfasis añadido).

La necesidad de computar los beneficios o ventajas para determinar el daño realmente padecido no sólo se reconoce con claridad en el Derecho español, sino que también puede considerarse un principio general del Derecho comercial internacional. Así resulta de los “Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales”, elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, que constituyen una formulación moderna de la “*Lex Mercatoria*” o usos comerciales en el Derecho comercial internacional.

En particular, en su artículo 7.4.2 (1), establecen que “[L]a parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral del daño causado por el incumplimiento. Este daño comprende cualquier pérdida sufrida y cualquier ganancia de la que fue privada, teniendo en cuenta cualquier ganancia que la parte perjudicada haya obtenido al evitar gastos o daños y perjuicios” (la redacción del artículo en su versión original en inglés es la siguiente: “Article 7.4.2. (Full compensation) (1) The aggrieved party is entitled to full compensation for harm sustained as a result of the non-performance. Such harm includes both any loss which it suffered and any gain of which it was deprived, taking into account any gain to the aggrieved party resulting from its avoidance of cost or harm [...]”).

A su vez, en los comentarios a dicho artículo se explica que “[e]l incumplimiento no puede ser causa de ganancia ni pérdida para la parte perjudicada” (Unidroit, pg. 272), y que “la parte perjudicada no puede resultar enriquecida por la indemnización de daños derivados del incumplimiento. Por este motivo el párrafo (1) también establece que debe tenerse en cuenta cualquier ganancia que la parte perjudicada haya obtenido derivada del incumplimiento, sean gastos en los que no haya incurrido (p.ej. no tiene que pagar el coste de una habitación de hotel para un artista que no aparece para cumplir su prestación), o pérdidas que ha evitado (p.ej. en el caso de incumplimiento de un contrato que le hubiera generado un perjuicio)” (Unidroit, pg. 273).

En todo caso, el perjuicio y la ganancia que se pretende evitar para el perjudicado deben de provenir del mismo hecho del que nace la responsabilidad. Las razones, siguiendo a Cristóbal Montes (1989, p. 1971), parecen claras: “El perjudicado por el incumplimiento de la relación obligatoria, llevado por su desesperanza, juega a la lotería, apuesta o invierte especulativamente, y, por obra de la suerte, obtiene una súbita e inesperada ganancia. ¿Deberá descontarse ésta del detrimento patrimonial que le ha ocasionado el incumplimiento obligacional? El acreedor que ha concurrido al domicilio del deudor a recibir el pago, a su regreso, frustrado, encuentra una valiosa res derelicta; el arrendador que por impago de la renta por el arrendatario insolvente se ve forzado a cultivar él mismo la finca, con ocasión del cultivo encuentra un tesoro. ¿Habrá que tomar en cuenta estos enriquecimientos fortuitos a la hora de valorar el monto del daño experimentado por el acreedor?”.

Por ello, parece razonable lo sostenido por Cristóbal Montes (1989, p. 1972) en el sentido de que “[l]a regla deberá ser que las ventajas habidas por el acreedor sólo podrán tomarse en cuenta cuando guarden una conexión causal con el hecho productor del daño regular o normal, esto es, cuando puedan explicarse según la según la secuencia ordinaria o lógica de los acontecimientos”.

En definitiva, la *compensatio lucri cum damno* es una clara manifestación del principio de restitución íntegra del daño, que exige tanto que se resarza íntegramente dicho daño, como que no se resarza lo que no puede calificarse propiamente como tal. En palabras de Díez-Picazo y Ponce de León (2000, pg. 320), constituye “una expresión del más alto principio que veda enriquecerse cum aliena iactura y trata de evitar que el resarcimiento se convierta en un lucro indebido”.

Sentado que la *compensatio lucri cum damno* es una manifestación del principio de la restitución íntegra del daño, y que tiene por objeto evitar el enriquecimien-

to injustificado del perjudicado, algunos autores han invocado en relación con la *compensatio lucri cum damno* los requisitos necesarios para el ejercicio de la acción frente al enriquecimiento sin causa: a) que el demandado haya experimentado un enriquecimiento; b) que tal incremento carezca de razón jurídica que lo sustente; y c) que cause un correlativo empobrecimiento del demandante, ya sea provocándole un detrimento patrimonial, ya frustrando una ganancia (entre otras muchas, sentencia del Tribunal Supremo de septiembre de 2010 [RJ 2010/7140]).

Sin embargo, como explica Medina Crespo (2015, pg. 39), “[l]a figura de la *compensatio lucri cum damno* es ajena a la pretensión restitutoria en que consiste la figura del enriquecimiento sin causa (*condictio*). La acción de enriquecimiento injusto es la expresión de un crédito restitutorio y no indemnizatorio, sin que sea procedente la aplicación promiscua del Derecho de la Responsabilidad Civil y del Derecho de la restitución porque indemnización y reintegración son remedios distintos y compatibles”.

En relación con esta cuestión, la sentencia objeto de comentario cita la sentencia del Alto Tribunal 81/2018, de 14 de febrero, que declara que “[ ] 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”. Menciona Medina Alcoz (2019, pg. 249), que esta declaración incurre en una petición de principio, “[ ] porque la concreción efectuada con el descuento de los rendimientos produce el efecto de impedir que la parte perjudicada quede patrimonialmente en una situación mejor que la que gozaba en el momento de la inversión [ ]”.

Con base en todo lo anterior, puede sostenerse que la *compensatio lucri cum damno* no es una regla de equidad, sino una regla de justicia cuyo objeto es el resarcimiento del daño realmente padecido por el perjudicado. Como explica Medina Crespo (2015, pg. 41), “[ ] se trata de una regla de justicia que es consecuencia lógica de la conmutatividad que preside la institución de la responsabilidad civil”.

Como también ha explicado Medina Crespo (2015, pg. 16), los daños se compensan con las ventajas, pero no las ventajas con los daños, no existiendo, por tanto, una perfecta reciprocidad entre los daños y ventajas. Por eso, según el citado autor, “[ ] si el valor de los daños es superior al de las ventajas, sólo es resarcible el importe diferencial. Si los importes coinciden, no hay daño resarcible. Y tampoco lo hay si el importe de las ventajas es superior al de los daños, sin que el responsable tenga, naturalmente, derecho a que se le abone la ventaja neta proporcionada”.

En todo caso, el problema que se plantea en el caso de la sentencia objeto de comentario queda claro atendiendo a la cita que la misma hace en el Fundamento de Derecho Quinto de la sentencia del Tribunal Supremo 81/2018, de 14 de febrero (RJ 2018/469), que sostiene que el “[...] 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 los hechos analizados por la sentencia objeto de comentario no queda claro que el “menoscabo patrimonial” sea consecuencia del incumplimiento contractual, porque éste no existe. Lo que realmente existiría, en su caso, es una información inexacta que habría facultado para solicitar la nulidad del contrato

con base en la existencia de un vicio en el consentimiento. No existiendo ese incumplimiento contractual que se alega (porque la falta o inexactitud de la información se produce en la fase de formación del contrato), tampoco existe un daño derivado del mismo ni es posible compensarlo con la ventaja obtenida.

#### 5.4. Conclusión

En la sentencia objeto de comentario, la Sala sostiene que la demandada “*debe responder*” conforme a los artículos 1101 y 1104 del Código Civil “*de la inexactitud*” de la información que fue suministrada por la demandada y, en consecuencia, “*de las consecuencias perjudiciales que ello tuvo en el patrimonio de la demandante*”.

Sin embargo, si lo que se plantea es que la información que se suministró por el demandado al demandante previamente a la operación de canje era inexacta o falsa, el cauce correcto para plantear la acción hubiera sido solicitar la nulidad del contrato con base en la existencia de un vicio del consentimiento.

De hecho, la sentencia, en su Fundamento de Derecho Quinto, parte de sus sentencias previas 23/2016 (RJ 2016/2) y 24/2016 (RJ 2016/1), ambas de 3 de febrero, “*para analizar la responsabilidad*” de la demandada. En las mismas, explicó que los pequeños inversores adquirentes de las acciones ofertadas pudieron hacerse “*una representación equivocada de la solvencia de la entidad y, consecuentemente, de la posible rentabilidad de su inversión*”, lo que “*provocó un error excusable en la suscripción de las acciones, que vició su consentimiento*”.

A la vista de lo anterior, no parecen casar bien los argumentos empleados en la sentencia sobre la falta o inexactitud de la información suministrada por la demandada a la demandante en la fase de formación del contrato con la conclusión sobre la existencia de responsabilidad contractual con base en los artículos 1101 y 1104.

En particular, de los hechos analizados en la sentencia objeto de comentario no queda claro que el “*menoscabo patrimonial*” sea consecuencia del incumplimiento contractual, porque éste no existe, al haberse suministrado la información inexacta en la fase de formación del contrato. Lo que realmente existiría, en su caso, es una información inexacta que habría facultado para solicitar la nulidad del contrato con base en la existencia de un vicio en el consentimiento. No existiendo ese incumplimiento contractual que se alega, tampoco existe, a mi juicio, un daño derivado del mismo ni es posible compensarlo con la ventaja obtenida.

## 6. Bibliografía

Carrasco Perera, «¿Procede la «*compensatio lucri cum damno*» cuando se indemniza a los inversores por defectuosa comercialización de valores financieros?», *La Ley Digital* 14040/2019.

Cristóbal Montes, «Compensatio lucri cum damno en el resarcimiento del daño por el deudor», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 595, 1989.

Díez-Picazo y Ponce de León, *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 2000.

Medina Alcoz, «Inversión financiera que ocasiona perjuicios por asesoramiento defectuoso y computación de los rendimientos percibidos: aplicación de la regla de la “compensatio lucri cum damno”. Comentario a la STS de 6 de marzo de 2019 (RJ 2019,1136)», *Cuadernos Civitas de la Jurisprudencia Civil*, 111, Septiembre-diciembre 2019.

Medina Crespo, *La compensación del beneficio obtenido a partir del daño padecido. Aplicación del principio “compensatio lucri cum damno” en el Derecho de Daños*, Bosch, Hospitalet de Llobregat, 2015.

International Institute for the Unification of private law, *Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, Unidroit, Roma, 2016.

Yzquierdo Tolsada, *Responsabilidad Civil Extracontractual, Parte General: Delimitación y Especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, Dykinson, Madrid 2019.