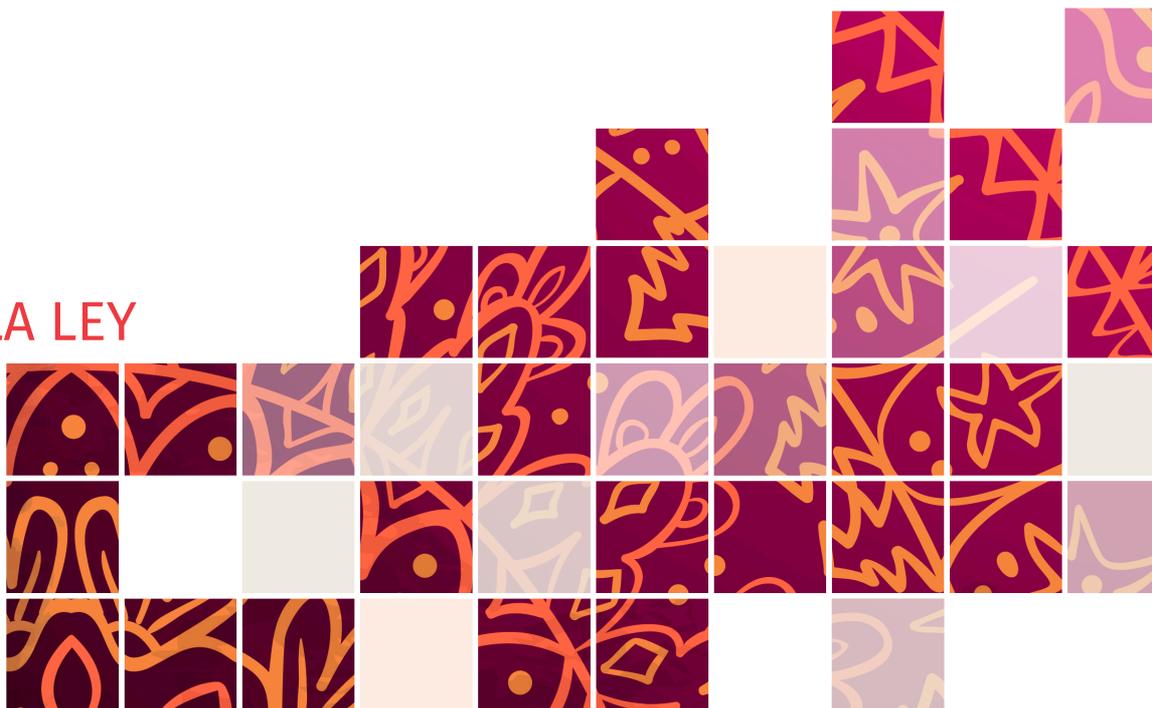


TEMAS

Las formas de prevenir y de reparar el daño

Eugenio Llamas Pombo

■ LA LEY



TEMAS

■ LA LEY

Las formas de prevenir y de reparar el daño

Eugenio Llamas Pombo

© Eugenio Llamas Pombo, 2020
© Wolters Kluwer España, S.A.

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502
e-mail: clientes@wolterskluwer.es
<http://www.wolterskluwer.com>

Edición: julio 2020

Depósito Legal: M-1204-2020

ISBN versión impresa:978-84-18349-16-4

ISBN versión electrónica:978-84-18349-05-8

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.
Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

consecuencias del siniestro, y añade que el incumplimiento de tal obligación dará derecho al asegurador a reducir las prestaciones teniendo en cuenta de los derivados del mismo y el grado de culpa del asegurador.

19.5. La compensación de lucros y daños

En ocasiones se presenta una situación en la que el mismo hecho que provoca el daño, genera también un beneficio, lucro o ventaja para la misma persona, que se convierte a la vez en víctima y beneficiario de la conducta del agente. La figura o regla denominada *compensatio lucri cum damno* obliga a computar (más que «compensar» como a menudo irreflexivamente se dice) esas ventajas que el perjudicado obtiene, para impedir que el resarcimiento (total) de sus perjuicios, sumado a aquéllas, suponga un incremento patrimonial pues, como dice Mariano MEDINA, «son perjuicios que, por razón de tales beneficios, dejan de serlo, total o parcialmente»⁽¹⁰²⁾. En efecto, en sentido técnico no hay «compensación» entre el crédito indemnizatorio y un supuesto (e inexistente) crédito a favor del causante del daño, sino más bien una pura imputación o consideración de los efectos ventajosos en el momento de efectuar la valoración del daño, para evitar un indebido lucro a favor de la víctima en detrimento del responsable. Por eso, se ha propuesto denominarlo más bien «imputación de beneficios o computación de beneficios»⁽¹⁰³⁾.

La figura no se encuentra recogida en los preceptos de la teoría general de las obligaciones ni de la responsabilidad civil, ni contractual ni extracontractual. Pero sí se contempla en el artículo 10:103 de los PELT, bajo la rúbrica «beneficios obtenidos mediante el evento dañoso», en los siguientes términos: «Al determinar la cuantía de la indemnización, deben tenerse en cuenta los beneficios que el dañado ha obtenido mediante el evento dañoso, a menos que ello sea incompatible con la finalidad del beneficio». Nótese que «tener en cuenta» no equivale necesariamente a «restar» o «deducir» de la indemnización tales importes.

En la doctrina existe una eterna polémica entre quienes sostienen que debe realizarse esa computación, que teóricamente encuentra su caldo de cultivo perfecto en la concepción diferencial del daño que, como hemos explicado, obliga a comparar la situación de la víctima antes y después del

(102) MEDINA CRESPO, M., *La compensación...*, cit., pág. 35. Esta obra resulta fundamental para conocer el estado de la cuestión acerca de la *compensatio lucri cum damno* a la luz de la doctrina, la legislación y la jurisprudencia.

(103) DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos... V*, cit., pág. 341, siguiendo a VON THUR.

hecho dañoso, lo que llevaría a incluir en «la cuenta» los lucros o beneficios obtenidos⁽¹⁰⁴⁾; y aquellos otros que lo ponen en cuestión, por considerar que el perjudicado (y beneficiado) no eligió la supuesta ventaja⁽¹⁰⁵⁾, y que no está previsto en nuestro ordenamiento jurídico⁽¹⁰⁶⁾.

La cuestión, a nuestro modo de ver, no radica tanto en la afirmación o negación de la justicia-injusticia de la *compensatio lucri cum damno*, o de su admisibilidad en nuestro Derecho, sino en la determinación de qué ventajas o beneficios pueden o deber ser tenidos en cuenta en el momento de realizar la difícil tarea de valoración del daño⁽¹⁰⁷⁾.

Así, ante todo, los lucros objeto de computación tienen que tener el mismo origen que los daños padecidos, unos y otros han de ser efecto del mismo hecho, que tenga por sí la normal idoneidad para determinarlos o, dicho de otro modo, que se presenten como dos aspectos contrapuestos del mismo hecho. Igual que el daño, para ser resarcible, tiene que guardar relación de causalidad con el hecho imputado al responsable, el lucro computable tiene que ser también consecuencia directa del mismo hecho. La *compensatio* de beneficios indirectos y, sobre todo, adventicios, privados de relación de causalidad, llevaría a no reparar nunca cualquier daño patrimonial sufrido por alguien «rico por su casa», o el perjuicio estético de una persona que (incluso con su cicatriz) es guapísima de nacimiento⁽¹⁰⁸⁾.

(104) MEDINA CRESPO, *loc. cit.*, *passim*. Él mismo afirma adoptar «una postura de amplitud que se aparta de su originario diseño doctrinal que es al que se atienen, en general, los autores que se ocupan de ella (la *compensatio*) aunque lo hagan, con frecuencia, de modo inconsecuente» (pág. 53). Moderadamente, también Díez PICAZO, L., *loc. ult. cit.*: «Hay casos ciertamente en que una computación de ventajas parece presentar un carácter lógico».

(105) YQUIERDO TOLSADA, *Sistema...*, *cit.*, pág. 498.

(106) PANTALEÓN, *Del concepto de daño...*, *cit.*, *passim*; también en su Comentario al artículo 1902 (epígrafe V.2), en *Comentario del CC, cit.*, pág. 1989. En la primera de las obras mencionadas, se hace eco particularmente de los trabajos de WALSMANN y OERTMANN a propósito de la *compensatio lucri cum damno*, y afirma, con toda la razón, que la institución no aparece recogida en nuestra legislación y que una concepción real-concreta del daño excluye de por sí el cómputo de las ventajas obtenidas en el trance de determinar el alcance del resarcimiento, pues la indemnización establecida sin ponderarlas no produce al damnificado un enriquecimiento que sólo tienen lugar si se sobreesa el estricto valor del daño padecido. Añade que la prohibición del artículo 1686 del CC no sólo se debe aplicar al socio, sino que resulta perfectamente generalizable.

(107) Esa es la posición que adopta, con tino y moderación, Elena VICENTE DOMINGO, *op. cit.*, págs. 282-283.

(108) MEDINA CRESPO propugna una aplicación polimórfica y extensa de la compensación, tanto de los beneficios directos generados por el hecho dañoso (*damnum non datum, lucrum emergens*), como de los beneficios indirectos conexos o colaterales que se obtienen en virtud de un título legal o negocial preexistente, como de los beneficios adventicios, ocasionales o eventuales que se obtienen en virtud de un título legal o negocial conformado después del hecho dañoso (*op. cit.*, págs. 54 y ss.).

Pero a la identidad de origen y a la causalidad, debe añadirse como requisito para la computación que los lucros tengan la misma naturaleza o pertenezcan al mismo género que los daños, como sucede con la compensación crédito-deuda. Y ello porque, como bien se ha señalado⁽¹⁰⁹⁾, en otro caso, el juicio de lo que representa una ventaja para el perjudicado puede ser subjetivo. Así, se deben excluir los lucros procedentes de títulos diferentes del derecho originado en el hecho dañado en sí mismo considerado: pone DÍEZ-PICAZO el ejemplo de los posibles derechos hereditarios en caso de fallecimiento, o las indemnizaciones que deban percibirse en virtud de un seguro de vida, «pues de su conducta onerosa y previsoras no puede derivarse ningún beneficio al causante del siniestro»⁽¹¹⁰⁾.

No será computable, en cambio, aquello que recibe la víctima directamente en virtud de un seguro contra daños, que no puede considerarse, a mi juicio, un «lucro» o «beneficio», sino la justa reparación del daño padecido, aunque sea a consecuencia de un contrato previamente suscrito por el perjudicado: su daño queda reparado con lo recibido de la aseguradora quien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 de la LCS, se subrogará en la posición de quien sufrió el daño, para reclamar la indemnización al responsable. Corresponderá a la víctima, eso sí, el importe de la franquicia (si la aseguradora se la aplicó) y, acaso, más discutible, el valor actuarial de las primas abonadas por ese seguro.

En nuestra jurisprudencia, es tópica la cita de la STS 5 diciembre 1981, duramente criticada, con bastante razón, por YZQUIERDO⁽¹¹¹⁾, y que contempla el supuesto de un accidente de circulación en el que un camión choca contra una casa privada de valor urbanístico, que queda en estado de ruina, lo que obliga a demolerla; situación que generó un importante beneficio a los dueños del inmueble, que pudieron vender un solar que, de otro modo, carecería de valor. En definitiva, según esta doctrina, si a la víctima le toca la lotería el mismo día que padeció el daño, poco menos que tiene que compartir el premio con el dañador.

Más recientemente, la STS 28 junio 2012, en un supuesto en el que se estima la negligencia profesional de un abogado, por frustración de la acción de responsabilidad civil interpuesta contra las empresas que tuvieron intervención en el accidente laboral en el que fallecieron los esposos de las

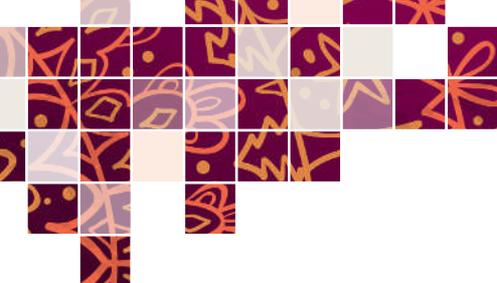
(109) VICENTE DOMINGO, *loc. ult. cit.*

(110) STS 19 enero 1967.

(111) YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad...*, *cit.*, pág. 653, que califica de «ridícula» la solución apuntada.

demandantes. La sentencia aplica la doctrina de la pérdida de oportunidad, y fija la indemnización en un porcentaje sobre la suma que las demandantes podían obtener según sus expectativas con arreglo a las circunstancias del caso. Pues bien, la Sala afirma que «resulta ajustado a la jurisprudencia del artículo 1902 CC la *compensatio lucri cum damno*, de modo que el daño moral causado por la supuesta negligencia en la actividad profesional del recurrente debería haberse compensado, aunque fuera parcialmente, con el beneficio extraordinario de no abonar los honorarios devengados a su favor, los gastos de procurador y peritos, también asumidos por el abogado».

En el ámbito contractual, la STS 15 marzo 2019, con amplia cita y reproducción de las SSTS 16 noviembre 2017, 14 febrero 2018 y 20 septiembre 2018 declara que «la regla *compensatio lucri cum damno* significaba 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». Y añade 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 minoración solamente han de ser evaluables*, a efectos de rebajar el montante indemnizatorio, *aquellas ventajas que el deudor haya obtenido precisamente mediante el hecho generador de la responsabilidad o en relación causal adecuada con éste*. Aunque esta regla no está expresamente prevista en la regulación legal de la responsabilidad contractual, su procedencia resulta de la misma norma que impone al contratante incumplidor el resarcimiento del daño producido por su acción u omisión, ya que solo cabrá reputar daño aquel que efectivamente haya tenido lugar. Al decir el artículo 1106 del 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



Esta obra ofrece una construcción sistemática y organizada de los distintos instrumentos jurídicos que permiten acometer la prevención y la reparación del daño de manera adecuada. Para ello, ofrece primero un diagnóstico de cuáles son los principales males que amenazan al Derecho de daños actual, y aporta algunos posibles remedios y repasa temas-clave: el principio *pro damnato*, la culpa, los daños punitivos o la dualidad civil-penal.

Incide en la idea de abrir el Derecho de daños hacia la finalidad preventiva y de hacerlo sin pervertir la genuina finalidad reparadora de la indemnización. Reconstruye los mecanismos de tutela inhibitoria del daño amenazante, sus requisitos y efectos, analiza minuciosamente sus diferentes manifestaciones legislativas y precisa sus requisitos y efectos.

Seguidamente estudia a fondo los contornos de la obligación de reparar ¿Qué significa «reparar» el daño? ¿Es lo mismo reparar que indemnizar? ¿Cuáles son los caminos, medios o formas de reparar? Para ello, aborda el llamado daño moral, los límites de la reparación (reparación íntegra, mitigación del daño, compensación de lucros y daños, concurrencia de indemnizaciones, etc.), la reparación específica o *in natura*, así como la naturaleza y cuantificación de la indemnización pecuniaria, con especial examen del sistema de baremos.

Y para cerrar el esquema, la obra analiza en profundidad y con sentido práctico las acciones contra daños colectivos y difusos, y su aplicación tanto en el ámbito contractual como extracontractual, con estudio de los de las *class actions* en nuestro ordenamiento sus problemas y requisitos.

