

2. MERCANTIL DERECHO DE DAÑOS

La responsabilidad extracontractual del asesor registrado en el MAB. ¿Un caso del artículo 1107 CC?

*The responsibility of MAB registered advisor.
A case of article 1107 CC?*

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado

RESUME: La responsabilidad extracontractual de asesor registrado en el MAB y la aplicación del artículo 1107 CC.

ABSTRACT: *The non contractual responsibility of MAB registered advisor and the application of the article 1107 CC.*

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad extracontractual.

KEYWORDS: *Non contractual responsibility.*

SUMARIO: I. LA RESPONSABILIDAD EXTRAContractUAL DEL ASESOR REGISTRADO EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE ABRIL DE 2023. UN RECURSO INDEBIDO AL ARTÍCULO 1107 CC.—II. BIBLIOGRAFÍA.—III. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. LA RESPONSABILIDAD EXTRAContractUAL DEL ASESOR REGISTRADO EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE ABRIL DE 2023. UN RECURSO INDEBIDO AL ARTÍCULO 1107 CC

En la Sentencia de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 539/2023 de 19 abril (ECLI:ES:TS:2023:1519, Recurso de Casación núm. 1991/2019; Ponente: Excmo. Sr. Rafael Saraza Jimena; JUR 2023\180923) se falla exigiendo

responsabilidad extracontractual al correspondiente asesor registrado en el MAB (Ernst & Young Servicios Corporativos S.L.) en el conocido caso “Gowex”, para lo que basta recordar que el 1 de julio de 2014, la analista norteamericana Gotham City Research LLC publicó un informe (Informe Gotham) en el que afirmaba que Gowex había falseado los datos sobre su situación patrimonial y financiera y sobre su actividad. Tras la publicación del Informe Gotham, la cotización de Gowex se desplomó y fue suspendida por la entidad rectora del MAB el siguiente día 4. El presidente de Gowex reconoció el falseamiento de la información sobre Gowex, que entró en concurso y no consta que haya finalizado.

A saber, una serie de inversores habían interpuesto una demanda contra Ernst & Young Servicios Corporativos S.L. en la que solicitan que se le condene a indemnizarles en el importe que pagaron por la compra de las acciones de Gowex, con sus intereses desde la interposición de la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda “*por cuanto se está reclamando contra E&YSC, como asesor registrado, pero no atribuyéndole las funciones y obligaciones que [le] son propias, sino otras de supervisión de actividad y de revisión de información, que no le corresponden*”.

Recurrida la sentencia de instancia, la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11.^a) en Sentencia de 13 febrero 2019 (JUR\2019\213603) concluyó que “*no cabe imputar responsabilidad civil al Asesor Registrado porque su participación en el fraude de Gowex no se demuestra que fuera dolosa y porque la omisión de detección del fraude no pudo infringir un inexistente deber de proteger el patrimonio de los inversores, que solo se impuso mediante una reforma legal de 2015*”.

El Tribunal Supremo, contradice a la Audiencia Provincial, admitiendo la responsabilidad extracontractual culposa y el debido resarcimiento, en lo que ahora nos interesa, del siguiente modo:

13. La afirmación de la sentencia de la Audiencia Provincial de que el carácter no doloso de la actuación de E&YSC supone que no debe resarcir los daños puramente económicos con base en el art. 1107.II del Código Civil no es correcta. Lo que se prevé en tal precepto legal, que la jurisprudencia ha considerado desde antiguo también aplicable a la responsabilidad extracontractual (sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1989 y 24 de noviembre de 1995, entre otras), no es una diferenciación entre daños puramente económicos y daños de otra naturaleza, sino entre los daños y perjuicios previstos o que se hayan podido prever y que sean consecuencia necesaria del incumplimiento, de los que el incumplidor responde en todo caso (art. 1107.I del Código Civil), y todos los daños y perjuicios que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación, de los que el incumplidor solo responde en caso de actuación dolosa (art. 1107.II del Código Civil). En el presente caso, era previsible que la falta de control adecuado de la información facilitada por el emisor para ser puesta a disposición de los inversores podía provocar una formación incorrecta del precio de sus acciones y un daño a los inversores cuando se conociera la información correcta y que tal circunstancia afectaría al precio de las acciones.

Excede con mucho el ámbito de este trabajo la realización de un análisis por menorizado de los presupuestos por los que se llega a la exigibilidad de la responsabilidad extracontractual culposa del asesor registrado en el MAB, siendo que lo que nos ha centrado la atención tras la lectura de la sentencia del Tribunal

Supremo es la aplicación sin mayores razonamientos del artículo 1107 del Código Civil a la responsabilidad extracontractual predicada, lo que se efectúa mediante una simple referencia a otras sentencias anteriores de la misma Sala de lo Civil admitiendo lo mismo, pero igualmente sin razonamiento jurídico íntegro, más allá de admitir lo controvertido de la cuestión, tal y como veremos.

La preocupación que causa la lectura de aplicaciones normativas por nuestro Alto Tribunal sin entrar a razonar sobre el debate existente y motivar el por qué en la adopción de una de las corrientes de pensamientos existentes sobre el particular, debería ser considerable, pese a que anhelarque suceda precisamente lo contrario a lo anterior no deje de ser eso, un verdadero anhelo huérfano de toda esperanza, principalmente, ante los rechazos constantes de las alegaciones sobre la falta de motivación de sentencias.

En este sentido, se nos tiene dicho por el Alto Tribunal que la exigencia de motivación no requiere un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes pudieran tener sobre la cuestión litigiosa, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que dejen constancia de cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que fundamentan la decisión; o dicho de otra manera, la *ratio decidendi* (razón de decidir) que ha determinado la resolución tomada, por ej. (SSTS 294/2012, de 18 de mayo(RJ 2012, 6358). Sin embargo, en la práctica observamos que pese a dichas elocuentes afirmaciones, son constantes los rechazos judiciales a las alegaciones de falta de motivación de las sentencias, sin apoyo alguno.

Lo anterior es preocupante, pero en realidad está completamente unido a lo que venimos atendiendo en los últimos años sobre el papel de la Jurisprudencia y la función del recurso de casación, así como con lo ocurrido en la última reforma efectuada sobre el mismo mediante el sorprendente y sorpresivo Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio que lo impide muchísimo al crearse un recurso de casación con el nivel tan preponderante e incluso vinculante de la doctrina jurisprudencial, sobre todo a la luz del nuevo artículo 487 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Como decíamos la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2023 decide la aplicación del artículo 1107 a la responsabilidad extracontractual sobre la base de la siguiente afirmación lacónica:

“Lo que se prevé en tal precepto legal, que la jurisprudencia ha considerado desde antiguo también aplicable a la responsabilidad extracontractual (sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1989 (RJ 1989, 4702) y 24 de noviembre de 1995 (RJ 1997, 6362) , entre otras”.

Pues bien, basta una mera referencia jurisprudencial para lograr el objetivo normativo, pero ¿qué decían las sentencias que sirven de base en este caso al Alto Tribunal?

La referida sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1989, no analiza los presupuestos de aplicación del artículo 1107 del Código Civil a la responsabilidad extracontractual —contrariamente a lo que a primera vista, nos hubiera hecho pensar la atendida sentencia deldel Tribunal Supremo de 19 de abril de 2023— sino que la *ratio decidendi* de la misma es la aplicación del artículo 1103 del Código Civil a la responsabilidad extracontractual, resolviendo sólo de paso el

debate en torno al artículo 1107 del Código Civil, en cuanto a la existencia de una supuesta analogía, cuando afirma que:

A) De acuerdo con el tenor literal del susodicho art. 1103, y al margen de la localización sistemática del mismo, éste es un «precepto aplicable a toda clase de obligaciones», como en realidad lo son también otros artículos inmediatos del mismo Capítulo del Código (así artículos 1104, 1106 y 1107), que habitualmente se aplican y proyectan tanto al campo de las obligaciones dimanantes de convención o contrato como en el de los que nacen de acto ilícito. B) La parca regulación de nuestro Código en materia de responsabilidad extracontractual obliga —tal como acertadamente ha puntualizado la mejor doctrina— a integrar lagunas a través de la aplicación por analogía de preceptos relativos a las obligaciones en general, pues aun existiendo, como es bien sabido, indiscutibles y claras diferencias entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, no pueden negarse tampoco las grandes semejanzas que posibilitan esa aplicación analógica que ciertamente evitará, en el caso del art. 1103, resultados contrarios a la equidad.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1995 establece aplicable el artículo 1107 del Código Civil a la responsabilidad extracontractual sobre la base de una “*doctrina científica mayoritaria*” (inexistente con tal rotundidad, a nuestro juicio), pero sobre todo porque lo ha hecho su precedente, a saber, la sentencia citada del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1989, cuando dice lo siguiente:

“El primer motivo alega infracción, por aplicación indebida, del artículo 1107 del Código Civil en la medida que se aplican a la responsabilidad extracontractual criterios delimitativos de la extensión resarcitoria propios y exclusivos de la responsabilidad extracontractual. El artículo 1107 del Código Civil que establece los límites de la responsabilidad del deudor de buena fe y del deudor por dolo por la falta de cumplimiento de sus obligaciones, entendiéndose por deudor de buena fe al que incumple por culpa, por contraposición al que lo hace con o por dolo, es aplicable, no obstante su ubicación en el Código, también a las obligaciones nacidas de culpa extracontractual y así lo viene señalando la doctrina científica mayoritaria y lo ha establecido esta Sala que en su Sentencia de 20 junio 1989 (RJ 1989\4702) afirma que «de acuerdo con el tenor literal del susodicho artículo 1103, y al margen de la localización sistemática del mismo, éste es un precepto aplicable a toda clase de obligaciones, como en realidad lo son también otros artículos inmediatos del mismo Código (así los artículos 1104, 1106 y 1107) que habitualmente se aplican y proyectan tanto al campo de obligaciones dimanantes de convención o contrato como en el de los que nacen de acto ilícito»; no hay, por ello, obstáculo alguno a que para fijar la cuantía de la indemnización se acuda en las obligaciones extracontractuales al grado de conducta dolosa o culposa observada por el responsable, al igual que se hace en las obligaciones contractuales en aplicación del artículo 1107 citado.”

De esta forma y finalmente, precedente tras precedente descubrimos que la aparente razón jurisprudencial de fondo para la aplicación del artículo 1107 del Código Civil a la responsabilidad extracontractual es la “*analogía*”.

Acercándonos de nuevo al artículo 1107 del Código Civil, retomamos —creemos que por su utilidad, para la comprensión de esta complicada norma jurídica— ciertas consideraciones que hicimos en su día sobre el origen y alcance de la misma, cuando decíamos ¹que sin duda, Pantaleón Prieto ²nos ofrece una

magnífica visión sobre los antecedentes históricos del artículo 1107.1 CC que nos sirven para poder comprender el criterio de la previsibilidad del daño a tiempo de contratar como límite del daño resarcible en la responsabilidad contractual. Después de referirnos los pasajes del Digesto en los que se distinguen los daños intrínsecos indemnizables de los daños extrínsecos no indemnizables (D. 19.1.43 y D. 19.1.21.3) nos acerca a la inteligencia que al respecto realizara Pothier en su *Tratado de las Obligaciones*³, cuyas ideas sin duda quedaron reflejadas en el anterior artículo 1150 del Código Civil francés (actual artículo 1231-3 que prevé que el deudor solo es responsable de los daños y perjuicios previstos o que pudieran preverse en el momento de la celebración del contrato, salvo que el incumplimiento se deba a negligencia grave o dolo) y pasaron a nuestro Derecho en el artículo 1124.1 del Anteproyecto de Código Civil 1881-1882 (*"Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe, son aquellos que se hayan previsto o podido prever al tiempo de constituirse la obligación"*) del que resulta heredero nuestro artículo 1107.1 del Código Civil que prevé literalmente lo siguiente: *"Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento"*.

Pothier nos razona la necesaria previsibilidad del daño como límite de la responsabilidad contractual de la siguiente forma: 160. <No debe, sin embargo, obligarse al deudor a indemnizar al acreedor todas las pérdidas indistintamente que le ha ocasionado el incumplimiento de la obligación, y menos aún, todas las ganancias que el acreedor hubiera podido obtener si el deudor hubiere incumplido su obligación. Es necesario distinguir al respecto diferentes casos y diferentes tipos de daños y perjuicios; y es necesario, también, según los distintos casos, emplear una cierta moderación en la tasación y estimación de aquéllos de los que se le hace responder.

Cuando no se puede reprochar al deudor dolo alguno, y no es sino por simple culpa por lo que no ha cumplido su obligación, sea porque se ha comprometido temerariamente a algo que no podía cumplir, sea porque se ha puesto luego, por su culpa, en situación de no poder cumplir su compromiso, el deudor no responde más que de los daños y perjuicios que se ha podido prever, al tiempo de contratar, que el acreedor podría sufrir a causa del incumplimiento de la obligación; pues se considera que el deudor no se ha obligado más que respecto a ellos>.

Por lo tanto, en el juicio de previsibilidad reside el límite de la responsabilidad del deudor culposo, ya que éste sólo puede responder de los daños previstos o previsibles al tiempo de la contratación.

Como afirma Pantaleón Prieto (vid. op. cit. pág. 1076), Pothier sentada la previsibilidad del daño la conecta a continuación con la distinción entre los daños intrínsecos y los daños extrínsecos, para sostener que el deudor (de buena fe sólo responderá de los daños intrínsecos) (traduciendo el "rem" de las Fuentes romanas como "cosa" en el sentido de daños relativos, o no, la cosa objeto de la obligación). (Vid. Pothier, op. cit. págs. 94 y 95), 161: <Normalmente, se considera que las partes no han previsto más que los daños y perjuicios que el acreedor, a causa del incumplimiento de la obligación, podía sufrir en relación con la cosa misma que ha sido objeto de aquélla, no los que el incumplimiento de la obligación le ha ocasionado, además, en sus otros bienes. Esta es la razón por la que, en estos

casos, el deudor no responde de esos últimos daños, sino solamente de los sufridos en relación con la cosa que ha sido objeto de la obligación; *damni et interesse, propter ipsam rem non habitam*.

Sin embargo, el propio Pothier⁴ admite también el resarcimiento del daño extrínseco cuando éste hubiera sido contemplado en el contrato (lo que Morales Moreno,⁵ vid. op. cit. El incumplimiento..., denomina como “fin de protección del contrato”), cuando de nuevo, y de forma acertada, nos hace ver lo siguiente (Vid. op. cit. págs. 96 y 97), 162: <A veces, el deudor es responsable de daños y perjuicios sufridos por el acreedor, aunque extrínsecos; a saber, cuando parece que han sido contemplados en el contrato, y que el deudor los ha asumido, expresa o tácitamente, para el caso de incumplimiento de su obligación>.

Además, es el interés del acreedor en cuanto al daño resarcible (art. 1106 CC) al que hay que estar, atendiendo a la clásica distinción entre daño *circa rem* o daño intrínseco (daño en una cosa objeto de la obligación, su disminución de valor, su pérdida), y daño *extra rem* o daño extrínseco (daños ulteriores o daños en otros elementos del patrimonio del perjudicado, incluido el lucro cesante), ubicado en la óptica del deudor de buena fe (no deudor doloso), que es como entendemos que ha sido conceptualizado el agente productor del daño en este supuesto.

Ubicado el artículo 1107 CC y la responsabilidad del deudor culposo, volvamos de nuevo al problema que nos ocupa, a saber, su aplicación o no a la responsabilidad extracontractual, para lo que expondremos las principales líneas de discusión doctrinal al respecto, que en suma nos hace llevar a negar la aplicación analógica del artículo 1107 CC a la responsabilidad extracontractual que efectúa el Tribunal Supremo dada la inexistencia de identidad de razón, ex. art. 4 CC.

De nuevo, con acierto, Pantaleón Prieto (vid. op. cit. págs. 1030 y 1031) sobre la base del razonamiento de la previsibilidad contractual donde debe residir la aplicación del artículo 1107.1 CC, considera la inaplicación del mismo a la responsabilidad extracontractual cuando razona lo siguiente: <Además, nuestra explicación jurídico-económica concurre con los antecedentes históricos y el ejemplo de Derecho comparado para no permitir duda alguna sobre lo acertado de negar que la proposición primera del artículo 1107.1 CC pueda ser aplicada por analogía en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. Y el tenor literal de dicha proposición también ayuda: un juicio de previsibilidad sólo es realizable, lógicamente, situándose en un momento temporal anterior al del acaecimiento de aquello de cuya previsibilidad se trata. Pues bien, de querer aplicar a la responsabilidad extracontractual la norma en cuestión, el momento en el que efectuar el juicio de previsibilidad tendría que ser, cabalmente, el de la producción del daño, que es el momento de constitución de la obligación de indemnizar; y el daño es, precisamente, aquello de cuya previsibilidad se trata.>

Los Mazeaud⁶ son de la misma opinión cuando sostienen que <la regla (...) carece de aplicación en las obligaciones delictuales y cuasidelictuales, mientras que la obligación contractual depende de la exclusiva voluntad de las partes, que limita así su extensión a las obligaciones previsibles, el deudor delictual está obligado pese a él, su voluntad no podría servir para restringir su obligación. Por eso, la limitación de la responsabilidad tan sólo al daño previsible (...) no se aplica fuera de la esfera contractual>.

Sánchez Aristi⁷ al entender el juicio de previsibilidad <como un juicio hipotéticamente elaborado ex ante en el momento de surgir la obligación ...y no en el momento de producirse el incumplimiento> termina razonando <que se hace difícil aceptar la aplicación del art. 1107.1 al campo de la responsabilidad extracontractual>.

Por lo tanto, tenemos como argumentos para negar la aplicación analógica la imposibilidad previsibilidad en el caso de la obligación extracontractual ya que habría que prever en el momento de producción del daño y precisamente es el daño lo que resulta objeto de previsión, así como que la obligación de indemnización extracontractual nace al margen de la voluntad del deudor, a diferencia de la obligación contractual.

Por su parte, Peña López,⁸ se pronuncia directamente sobre la inaplicación analógica del artículo 1107 CC del siguiente modo: <Si el art 1107 CC es una norma que se explica solamente en relación con principios peculiares de las obligaciones nacidas de los contratos como es el de la primacía de la voluntad de las partes contratantes, mal puede ser encontrada una *eadem ratio* en sede de responsabilidad extracontractual. Siendo ello así, a nuestro juicio, desaparece toda posibilidad de aplicación analógica, pues tal requisito es indispensable para realizarla de conformidad con lo dispuesto por el art. 4.1 CC>

En realidad y con carácter general, la aplicación analógica entre las normas de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, ya había sido negada por un autor de gran talla e indudable magisterio como es Díez-Picazo,⁹ quien se pronunciara así al respecto: <desde un punto de vista interpretativo un ulterior problema surge en punto a la posibilidad de trasladar la norma del párrafo segundo del artículo 1104 —diligencia de un buen padre de familia— indiscutible en materia de responsabilidad contractual a la responsabilidad extracontractual. Hay que decir que la jurisprudencia no ha tenido empacho alguno en aplicar indiscriminadamente los preceptos generales de los artículos 1101 y siguientes en uno y otro campo, pero el probable punto merece ser examinado con un mayor vigor.

Situados en este punto los argumentos interpretativos podrían ser dos. Según el primero, es legítimo pensar que el legislador, al emplear los términos de culpa y negligencia en el artículo 1902 CC les quiso atribuir el mismo alcance que ya les había dado en el campo contractual, porque, en otro caso, hubiera debido decirlo. La conclusión es que no hay responsabilidad por culpa inferior a la ordinaria. El segundo argumento puede aproximarse al de la analogía, de manera que la expresión culpa del artículo 1902 se interpreta, por analogía en mismo sentido que la palabra tiene en la esfera contractual. Sin embargo, hay que reconocer que ninguno de los dos argumentos posee una fuerza decisiva: porque es ilusorio hablar de una voluntad del legislador, que se supone; y frente a la pretendida argumentación analógica se puede siempre decir que las dos situaciones contractual y extracontractual son diferentes y que no hay identidad de razón para decidir en uno y en otro lo mismo>.

De un parecer distinto es Yzquierdo Tolsada, quien se muestra claramente por la aplicación del artículo 1107.2 CC (deudor culposo) al ámbito de la responsabilidad extracontractual cuando razona que: <Mientras el art. 1107 sea Derecho vigente, las diferencias no deberían encontrar su origen en el carácter contractual o extracontractual de la obligación, sino en el carácter doloso o no doloso

de la conducta. Existiendo sólo culpa o negligencia, y aunque la obligación sea extracontractual, «ninguna dificultad hay en limitar la responsabilidad a los daños previstos y previsibles en el momento de causarse el hecho ilícito, que es cuando queda constituida la obligación».

Para ello, se apoya también Yzquierdo Tolsada¹⁰ en los PETL que aluden a la previsibilidad en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del siguiente modo: «la previsibilidad del daño para una persona razonable en el momento de producirse la actividad considerando, en especial, la cercanía en el tiempo y en el espacio entre la actividad dañosa y su consecuencia, o la magnitud del daño en relación con las consecuencias normales de tal actividad» (art. 3:201.a), añadiendo por otro lado la siguiente reflexión junto a un ejemplo jurisprudencial sugerente: <Son éstas unas reflexiones difícilmente contestables: ¿cómo no va a formar parte la previsión del mundo de la responsabilidad aquiliana? Así, por ejemplo, ¿no forma parte de las exigencias de la más elemental previsión el que las instalaciones de una discoteca se encuentren en condiciones? Si no, puede suceder que un cliente comience a hacer piruetas y tonterías agarrado a una barandilla no demasiado bien sujetada y caiga desde la primera planta a la pista de baile, lesionando a quien allí bailaba. Dice la STS de 2 octubre 1997 (RJ 1997, 6964) que «es indudable que falló el mecanismo personal del mantenimiento del orden y vigilancia en la sala, toda vez que los empleados de tal menester tenían que haber estado atentos, en todo momento, de la posible actuación incivil por parte de los clientes del establecimiento>

Llegados a este punto de exposición, creemos realmente que no cabe una aplicación analógica del artículo 1107.1 CC a los supuestos de responsabilidad extracontractual, no sólo por las diferencias claras entre ambos regímenes de responsabilidad sino realmente porque el juicio de previsibilidad sobre el daño ha de hacerse efectivamente en el momento de producción del mismo ya que es en este momento cuando surge la obligación de indemnizar art. 1107 I, (daños «previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación»), por lo que no puede preverse el daño en el momento de producción del mismo y así no es lo mismo, que cuando surge la obligación contractual donde efectivamente existe la posibilidad racional de practicar el juicio de previsibilidad al que ordena la norma.

Por otro lado, creemos que el artículo 1089 CC impone la responsabilidad extracontractual en la que intervenga cualquier género de culpa o negligencia, siendo este un importante escollo normativo a la pretensión de graduación de culpas en la responsabilidad extracontractual, ya que, ante lo anterior, surge la obligación íntegra de reparación del daño causado. De nuevo, Díez-Picazo (vid. op. cit, pág. 1024) nos enseña que el artículo 1089 CC no se refiere a ningún tipo de graduación de culpas en la responsabilidad extracontractual, cuando afirma lo siguiente: <literalmente no se refiere al grado de la culpa, sino al género de ésta (p. ej. culpa en hecho propio, en hecho ajeno, *in vigilando*, etc.).>

A nuestro juicio, si no es posible la graduación de culpas en la responsabilidad civil extracontractual (vid. arts. 1089 y 1902 CC), no es correcta la aplicación a la misma de la previsión normativa del artículo 1107 CC.

En definitiva, como dice Pantaleón Prieto¹¹<la función normativa de la responsabilidad extracontractual en nuestro Derecho no es preventivo punitiva, sino compensatoria o resarcitoria: a) No se gradúa con arreglo a la gravedad de la

conducta y a la reprochabilidad del responsable, sino con arreglo a la entidad del daño (STS 2.^a 18-X-1979).

No es común, pero sí se encuentra alguna resolución judicial que llegue a la misma conclusión anterior. En este sentido, destacamos la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 5.^a) núm. 812/2019 de 27 noviembre de 2019 (JUR 2020/70906), que razona lo siguiente: “*La graduación de la culpa (esto es, distinguir entre culpa lata o grave, leve y levísima) no tiene interés alguno en la responsabilidad extracontractual, con independencia de la posición que se adopte sobre su admisibilidad en relación con las obligaciones contractuales. En efecto, toda vez que el autor del acto ilícito responde siempre del daño, cualquiera que sea el grado de la falta de diligencia que se pueda identificar en el supuesto de hecho, es innecesario resucitar la vieja doctrina de la graduación de la culpa. En tal sentido, parece indudable el sentido que ha de atribuirse al artículo 1089 cuando habla de <<... y de los actos u omisiones ilícitos o eh que intervengan cualquier género de culpa o negligencia>>.*”

Aunque, obviamente, encontraremos precisamente el signo contrario en el Tribunal Supremo. Citamos, en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) núm. 165/2012 de 12 marzo de 2012 (RJ 2012/5442), que se expresa de la siguiente forma: “»*Primero.—Se ejercita en el supuesto de autos la acción de responsabilidad extracontractual prevista en el artículo 1902 del Código Civil (LEG 1889, 27) en el que se dispone que «el que por acción u omisión causa daño a otro interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado». Para el éxito de la acción derivada de la culpa extracontractual o aquiliana a que se refiere este precepto han de darse los siguientes requisitos según constante jurisprudencia (entre otras SSTS de 20 de junio de 1984 (RJ 1984, 3253) y las allí citadas): A) como elemento objetivo la realidad de un daño, B) como elemento subjetivo la existencia de una acción u omisión culpable o negligente. La graduación de la medida de la diligencia exigible al sujeto es de la mayor trascendencia para hacerle responder o no del daño. Por esta razón el Código Civil, en su artículo 1104 , y que también es de aplicación a la culpa extracontractual por formar esta junto a la responsabilidad contractual una unidad de concepto, viene a dar el baremo de tal graduación , refiriéndolo a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar. De esta forma, si esa falta de diligencia cae fuera de lo que en la vida social puede ser exigido en la situación concreta de que se trate, no se puede declarar la responsabilidad del sujeto y C) y como elemento causal, la relación de causalidad entre el daño y la acción u omisión culpable o negligente.”*”

Sentado lo anterior, el desacuerdo sobre el particular para la aplicación del artículo 1107 CC por parte de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2023, reside en la siguiente afirmación: “*En el presente caso, era previsible que la falta de control adecuado de la información facilitada por el emisor para ser puesta a disposición de los inversores podía provocar una formación incorrecta del precio de sus acciones y un daño a los inversores cuando se conociera la información correcta y que tal circunstancia afectaría al precio de las acciones.*” Confunde el Alto Tribunal el momento temporal del juicio de previsibilidad pretendido, ya que éste en sede extracontractual como hemos visto ha de hacerse en el momento de producción del daño, que es cuando surge la obligación resarcitoria, ex. artículo 1902 CC.

Pero no resultó menor desacuerdo el de la sentencia de apelación de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11.^a) de 13 febrero 2019 (JUR\2019\213603) en cuanto a la inteligencia del artículo 1107 CC, que lo centramos principalmente en el siguiente pasaje de la misma:

"39. e) Responsabilidad por cumplimiento defectuoso del contrato como asesor registrado. La imputación de responsabilidad al asesor registrado por prestación defectuosa no infringiría el criterio de prohibición de regreso (v. SAP Madrid 11.^a 420/2017, 17.11); pero estamos ante una pérdida puramente económica del inversor, tercero no contratante (v. SSTS 1.^a rec. 4215/1999, 11.7.2006 y 579/2015, 3.11; ampliamente, SAP Madrid 11.^a 422/2017, 22.11). En síntesis, son daños puramente económicos los que no derivan de un daño en las personas ni en las cosas. La apódosis de calificar un daño como puramente económico es negar su resarcibilidad excepto los casos dolosos (art. 1107 IICC) o en los que puede afirmarse un deber de garantía o si fuera un daño contenido (transferred loss). La regla para daños puramente económicos entre extraños (la expresión economic loss rule se reserva en algún texto para daños no—contractuales entre contratantes) es que el contratante A no tiene responsabilidad extracontractual frente al tercero extraño C por daños puramente económicos causados por un incumplimiento o cumplimiento defectuoso de contrato de A con B; solo existe un deber de cuidado de no causar daños personales o daños a otras propiedades de C. C solo está legitimado para una acción no-contractual si el incumplimiento del contrato ajeno le ha causado un daño al mismo C o a sus propiedades. Desde luego, A y C pueden concluir un contrato colateral (v. g. una garantía o asunción convencional del prestador) pero no es misión de los tribunales crear tal garantía. El fundamento de la regla restrictiva de los daños puramente económicos entre extraños parte de que C no puede aprovecharse de lo que no ha pagado (free rider), en evitar el riesgo moral ante una eventual indemnidad del principal responsable (Wilder Corp v Thomson Drainage 658 F3d 802 [7th Cir 2011]), en guiar la pretensión hacia acciones especiales tipificadas y, sobre todo, en evitar "una responsabilidad por una cuantía indeterminada, durante un tiempo indeterminado frente a una clase indeterminada" (Ultramaras Corp. v Touche 255 NY 170 [1931] Cardozo, J.) "provocando una avalancha de litigios (floodgates argument)."

Recordemos a estos efectos, que el objeto de la pretensión resarcitoria de los actores era la siguiente: "6. D. Juan Luis, D.^a María Antonieta, D.^a Bárbara y D.^a Belinda han interpuesto una demanda contra Ernst & Young Servicios Corporativos S.L. en la que solicitan que se le condene a indemnizarles en el importe que pagaron por la compra de las acciones de Gowex, con sus intereses desde la interposición de la demanda."

La reparación de la responsabilidad extracontractual tiene que ser total, es decir se resarce *"el daño causado"*, ex. artículo 1902 CC, no es dable, pues, atender a ningún tipo de limitación, como hizo la Audiencia Provincial en función, también, de la indebida aplicación al ilícito aquiliano del artículo 1107 CC. Pero la Audiencia incluso va más allá, puesto que también confunde el objeto del resarcimiento a la hora de aplicar el artículo 1107 CC, incurre, pues en un doble error.

Como decíamos, en sede del artículo 1107 CC, atendemos a la clásica distinción entre daño circo rem o daño intrínseco (daño en una cosa objeto de la obligación, su disminución de valor, su pérdida), y daño extra rem o daño extrínseco (daños ulteriores o daños en otros elementos del patrimonio del perjudicado, incluido el lucro cesante), ubicado en la óptica del deudor de buena fe (no deudor doloso).

De esta forma, en un primer plano, entendemos que el daño producido se corresponde claramente con un daño en la cosa objeto de la obligación (si en términos contractuales, tuviéramos que hablar), es decir, la pérdida de la inversión, y por lo tanto ha de ser objeto de resarcimiento, sin que podamos entender el significado que realiza para excluir lo que denomina “*daño económico*”, y obviamente, resarcibles incluso en el caso de deudor culposo o de buena fe, ex. art. 1107 CC, si a efectos meramente dialécticos admitiéramos la aplicación del referido precepto a la responsabilidad extracontractual enjuiciada en el caso de Autos, de ahí, que el Tribunal Supremo —aunque con criterio no acertado, tal y como hemos visto— terminase fallando lo siguiente: “— *Por eso, procede condenar a E&YSC al pago de la indemnización consistente en el precio pagado por los demandantes por sus acciones (salvo la partida a que se ha hecho referencia en el apartado anterior).detractada la cuota de liquidación que hayan podido percibir si la liquidación concursal de Gowex ha finalizado ya y se ha pagado alguna cantidad en tal concepto a los socios, o bien con cesión a E&YSC del crédito que los demandantes tuvieran por tal concepto en el referido concurso, si el mismo aún no hubiera concluido.*”

II. BIBLIOGRAFÍA

- DÍEZ PICAZO. La culpa en la responsabilidad civil extracontractual>. Anuario de Derecho Civil, Vol. 54, N.º 3, 2001.
- MAZEAUD H. LY J. Lecciones de Derecho Civil, Parte II, Vol. II. La responsabilidad civil. Los cuasicontratos. Traducción española de Luis Alcalá Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960.
- MORALES MORENO. El incumplimiento del contrato y lucro cesante. Ed. Thomson-Reuters, Civitas, 2010.
- PANTALEÓN PRIETO. Comentarios al Código Civil, Ministerio de Justicia, Vol. II, BOE, 1991.
- PANTALEÓN PRIETO. El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate). *Anuario de Derecho Civil*, T. III, 1991.
- PEÑA LÓPEZ. La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual, Editorial Comares, 2002, pág. 240.
- POTHIER. *Tratado de las Obligaciones*. Barcelona, imprenta y litografía, J. Roger, 1839.
- REDONDO TRIGO. Daños consecuenciales, lucro cesante y limitación contractual de responsabilidad en accidente de aeronave en terminal aeroportuaria, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año n.º 97, N.º 784, 2021.
- SÁNCHEZ ARISTI. Comentario del art. 1107. en Bercovitz Rodríguez Cano, R. (Coord.) en Comentarios al Código Civil. Ed. Aranzadi, Navarra, 2001.
- YZQUIERDO TOLSADA. Responsabilidad civil extracontractual. Parte general: Delimitación y especies. Elementos, efectos y consecuencias. 6.^a ed. Dykinson.

III. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1989

- Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1995
- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 marzo de 2012
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2012
- Sentencia de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo 19 abril de abril de 2023
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares de 27 noviembre de 2019
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 febrero 2019

NOTAS

¹ Redondo Trigo. <Daños consecuenciales, lucro cesante y limitación contractual de responsabilidad en accidente de aeronave en terminal aeroportuaria>, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año n.º 97, N.º 784, 2021, págs. 1336-1353.

² Pantaleón Prieto. <El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)>. *Anuario de Derecho Civil*, T. III, 1991.

³ Pothier. *Tratado de las Obligaciones*. Barcelona, imprenta y litografía, J. Roger, 1839.

⁴ Así explica, Pothier, que el vendedor del caballo habría de indemnizar al canónigo también los rendimientos perdidos, si el trato existiese una cláusula expresa que contemplara la finalidad de la compra de poder llegar a tiempo a la canonjía. Y que habría que indemnizar al arrendatario los perjuicios derivados del cierre del negocio, si la casa le hubiese sido alquilada en su condición de comerciante, o para hacer una posada.

En el número 163, Pothier, nos sigue ejemplificando su razonamiento sobre esto último (posibilidad de indemnización del daño extrínseco) cuando nos dice lo siguiente: <Quien vende de buena fe unas vigas de madera defectuosas, provocando así la caída del edificio que el comprador apuntaló con aquéllas, así la caída del edificio que el comprador apuntaló con aquéllas, no responde de los daños consistentes en la destrucción del edificio, salvo que (se trate de persona a quien, por su profesión de carpintero, no quiera excusar el desconocimiento de los vicios de las vigas, y que) la finalidad de las vigas compradas hubiese quedado clara al contratar. Aún en tal caso si el comprador las utiliza para apuntalar un edificio diferente y mayor que el contemplado al tiempo de celebración del contrato, el vendedor, responderá, como máximo, hasta una suma igual al valor del edificio más pequeño, que fuera el contemplado. Salvo que otra cosa se pacte expresamente, la responsabilidad del vendedor de las vigas se extenderá sólo al valor del edificio, y no al de los muebles que hubiera en su interior y que resultasen destruidos junto a aquél, porque lo normal es desamueblar las casas que se apuntalan. Por el contrario, cuando una vivienda se derrumba por vicio de construcción, el constructor no sólo habrá de indemnizar al propietario el valor de la casa, sino también el de los muebles que hubiera en su interior y no se hubiesen podido salvar>.

⁵ Morales Moreno. *El incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Ed. Thomson-Reuters, Civitas, 2010.

⁶ Mazeaud H. Ly J. Lecciones de Derecho Civil, Parte II, Vol. II. *La responsabilidad civil. Los cuasicontракtos*. Traducción española de Luis Alcalá Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960.

⁷ Sánchez Aristi. <Comentario del art. 1107> en Bercovitz Rodríguez Cano, R. (Coord.) en *Comentarios al Código Civil*. Ed. Aranzadi, Navarra, 2001, pág. 1293.

⁸ Peña López. *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Comares, 2002, pág. 240.

⁹ Díez Picazo. <La culpa en la responsabilidad civil extracontractual>. Anuario de Derecho Civil, Vol. 54, N.º 3, 2001, pág.-1025.

¹⁰ Yzquierdo Tolsada. *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general: Delimitación y especies. Elementos, efectos y consecuencias*. 6.^a ed. Dykinson, págs. 297 y ss.

¹¹ Pantaleón Prieto. *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Vol. II, BOE, 1991, pág. 1971.

