

ANÁLISIS DEL LUCRO CESANTE CONTRACTUAL EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA¹

MIGUEL BALLESTER PARICIO, traineeship del IDIBE

RESUMEN: El presente artículo analiza la reciente jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Valencia en materia de indemnización del lucro cesante originado como consecuencia de un incumplimiento contractual.

PALABRAS CLAVE: derecho de daños, incumplimiento contractual, indemnización de daños y perjuicios, lucro cesante.

ABSTRACT: This paper analyses the recent jurisprudence of the Audiencia Provincial de Valencia in the matter of compensation for loss of profit arising as a result of a breach of contract.

KEY WORDS: law of torts, breach of contract, compensation of damages, loss of profit.

SUMARIO: I. CARACTERÍSTICAS DE LAS PARTES.- 1. Análisis ex ante.- 2. Análisis ex post.- 3. Incidencia de la STS del Pleno de Sala de lo Civil de 16 de enero de 2017.- II. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE.- 1. Régimen general del Código Civil: arts. 1.101, 1.106 y 1.107 CC.- A) La responsabilidad contractual: art. 1.101 CC.- B) Las partidas del daño y su indemnización: arts. 1106 y 1107.- 2. Ley del Contrato de Agencia: relación de los arts. 25, 28 y 29 LCA con el régimen general del Código Civil.- 3. Ley de Arrendamientos Urbanos: aplicación analógica del art. 11 LAU a los contratos de arrendamiento de local comercial.- 4. Ley del Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías (LCTT): régimen de responsabilidad del porteador.- III PROBLEMAS PROBATORIOS.- 1. Necesidad de prueba y el principio “res ipsa loquitur”.- 2. Evolución jurisprudencial de la exigencia probatoria del lucro cesante: del criterio restrictivo y la necesidad de certeza al criterio de la razonable verosimilitud. Prohibición de establecer la indemnización del lucro cesante en equidad.- 3. Carga de la prueba.- 4. Existencia y cuantificación del lucro.- 5. Valoración de la probabilidad: las reglas del “todo o nada” y de la proyección de la probabilidad del lucro cesante.- IV. DESLINDE DAÑO EMERGENTE-LUCRO CESANTE.- V. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1.107 DEL CÓDIGO CIVIL.- 1. Sentido, finalidad y alcance del precepto.- A) Concepción unitaria del art. 1107: doctrina del fin de protección del contrato.- B) Concepción cumulativa del art. 1107: doctrina de la previsibilidad y de la causalidad necesaria.- C) Art. 1.107 II: el concepto de dolo.- D) Conclusiones.- 2. Reflejo en la jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Valencia.- VI. EL DEBER DE MITIGAR EL DAÑO COMO LÍMITE A LA INDEMNIZACIÓN DEL LUCRO CESANTE.- 1. Concepto, naturaleza y función de la carga de mitigar el daño.- 2. Reflejo en la jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Valencia.- VII. CONCLUSIONES

¹ Este trabajo constituye una reelaboración de un Trabajo de Final de Grado que lleva el mismo título.

I. CARACTERÍSTICAS DE LAS PARTES

Siguiendo, salvando las distancias, el método científico, tras una primera etapa de observación que ha consistido en la lectura de 55 sentencias y en el estudio del lucro cesante a nivel teórico, a continuación se expone un análisis doble *-ex ante*, esto es el planteamiento de hipótesis con anterioridad al examen de los datos obtenidos, y *ex post*, las conclusiones obtenidas del estudio de tales datos- en relación a las características de las partes del litigio.

1. Análisis *ex ante*

Como ya se ha tenido ocasión de adelantar y sin perjuicio de su mayor desarrollo en epígrafes posteriores (V. *infra* IV), el lucro cesante contractual constituye la ganancia o el beneficio dejado de percibir como consecuencia de la falta de cumplimiento de lo pactado por las partes de un determinado contrato. Es por ello que, por la propia definición del lucro cesante derivado de un previo incumplimiento contractual y antes de adentrarnos en el análisis de los datos estadísticos obtenidos de la muestra de sentencias analizada, resulta sencillo e incluso poco arriesgado concluir que, en la cuasi totalidad de los supuestos planteados en la práctica, serán empresarios y profesionales los que reclamen la indemnización de dicha partida del daño. Y, a su vez, dentro de este segmento (empresarios y profesionales), por las características del tejido productivo español, *a priori* es lógico pensar que los supuestos de indemnización del lucro cesante contractual se presentarán con mayor asiduidad en el seno de actividades profesionales y de sociedades de escaso tamaño (PYMEs).

La justificación de lo anterior la podemos encontrar en los conceptos económicos de empresario/profesional y de consumidor. Desde una perspectiva estrictamente económica, se entiende por consumidor la persona física o jurídica que es destinataria final de los bienes y servicios producidos por una determinada economía; y por empresario o profesional aquella persona física o jurídica que produce esos bienes y servicios y los ofrece en el mercado con una finalidad lucrativa. Es por ello que, dado que en principio, un consumidor no podría reclamar que se le indemnizase la ganancia dejada de obtener porque, teóricamente, no pretende la obtención de la misma, sino simplemente la satisfacción de sus propias necesidades o las de su familia, únicamente los empresarios y profesionales, que sí procuran la obtención de un lucro, son las partes susceptibles de reclamar la indemnización de las ganancias dejadas de obtener.

Además de ello, la propia naturaleza y tipología de los contratos litigiosos nos dan una pista muy certera de las características de las partes, en tanto en cuanto, casi la totalidad de dichos contratos son, o bien mercantiles ²-en los que el ánimo de lucro es evidente- o civiles³ en los que media una intención lucrativa por alguna de las partes como ocurre en el contrato de arrendamiento de servicios por parte del prestador del servicio o de local por parte del arrendador, quien si bien a efectos fiscales se considera empresario, en el resto del

² Son contratos mercantiles: el de agencia, el de arrendamiento de negocio o empresa, el de compraventa mercantil, el de concesión, el de crédito abierto, el de distribución, el de franquicia, el de renting, el de suministro, el de comisión bursátil o el de transporte terrestre.

³ Son contratos civiles: el de arrendamiento de local, el de arrendamiento de servicios, el de arrendamiento de obra, el precontrato o la transacción.

ordenamiento son consumidores, salvo que su actividad profesional consista precisamente en arrendar locales comerciales.

2. *Análisis ex post*

Realizado el muestreo y analizados los resultados obtenidos del mismo, no existe prácticamente desviación alguna respecto a las hipótesis lanzadas anteriormente. En primer lugar, la práctica reciente en los tribunales refleja que son los empresarios y profesionales los únicos que reclaman la indemnización del lucro cesante contractual. Además, dentro de este sector, las sociedades de responsabilidad limitada son las que mayor protagonismo tienen con un 52,73 % del total de las demandas (incluidas las reconventionales) de lucro cesante, seguidas de los empresarios o profesionales personas físicas con un 36,36% y de las sociedades anónimas con un 9,09 % de las demandas.

En segundo lugar, en la posición demandada los resultados cambian puesto que, en este caso, los consumidores sí pueden ser deudores del lucro cesante contractual y así lo reflejan las estadísticas (18,18%), aunque siguen teniendo mayor presencia los empresarios y profesionales con un 81,81% de las demandas.

TABLA 1: TABLA COMPARATIVA DE LAS PARTES DEL PROCESO

	POSICIÓN DEMANDANTE		POSICIÓN DEMANDADA	
PERSONA FÍSICA	20	36,36%	11	20,00%
Empresario/Profesional	20	36,36%	7	12,73%
Particular	0	0%	4	7,27%
PERSONA JURÍDICA	35	63,64%	44	80,00%
Sociedad Limitada	29	52,73%	20	36,36%
Sociedad Anónima	5	9,09%	14	25,45%
Otros	1	1,82%	10	18,18%
TOTAL	55	100%	55	100%

Fuente: elaboración propia

TABLA 2: TABLA COMPARATIVA EMPRESARIO/PROFESIONAL-CONSUMIDOR

	POSICIÓN DEMANDANTE		POSICIÓN DEMANDADA	
EMPRESARIO/PROFESIONAL	5	100%	4	81,81%
AL	5		5	
CONSUMIDOR	0	0%	1	18,18%
			0	

Fuente: elaboración propia

3. Incidencia de la STS del Pleno de Sala de lo Civil de 16 de enero de 2017

El planteamiento anterior, que se ve reflejado en la práctica y que puede decirse que es acorde desde una perspectiva económico-social, en la que el consumidor, como destinatario final de los bienes y servicios, cuya única finalidad es la de satisfacer sus necesidades, se ha visto modificado por la reciente sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 16 de enero del 2017⁴ de la que fue ponente el Magistrado D. Pedro José Vela Torres. Sucintamente, la sentencia viene a reconocer que los consumidores pueden actuar en el mercado con ánimo de lucro y no con una finalidad meramente satisfactoria de sus necesidades.

En la sentencia, el Tribunal declaró que la existencia de ánimo de lucro en la adquisición de un determinado bien por un sujeto no implica *per se* que dicho sujeto no pueda ser considerado consumidor a los efectos de aplicar la normativa de protección de los consumidores.

Para llegar a esta conclusión, el Alto Tribunal, en el fundamento de derecho tercero, realiza un análisis pormenorizado del concepto de consumidor en distintos cuerpos normativos tanto de carácter nacional (arts. 3 del TRLGDCU) como comunitario (arts.: 2.1 f) de la Directiva 2008/122/CE, Directiva 98/6 sobre indicación de precios, Directiva 2002/65 sobre comercialización a distancia de servicios financieros, Directiva 2008/48 sobre crédito al consumo, Reglamento 44/2001 del Consejo UE y Reglamentos 1215/2012 y 593/2008 del Parlamento Europeo etc.). De dicho análisis se desprende una idea central, común e invariable en todos los preceptos citados: consumidor es aquella persona física que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial, comercial o profesional. Y hablo de persona física exclusivamente en tanto en cuanto, a diferencia del TRLGDCU, ninguna Directiva de consumo contempla a las personas jurídicas dentro del concepto de consumidor. Por tanto, según expone el Tribunal, no hay normativa nacional, comunitaria

⁴ V. el comentario a esta sentencia de MARÍN LÓPEZ, M.J.: “¿Es consumidor el que adquiere un bien con ánimo de lucro? La doctrina del Tribunal Supremo contenida en la sentencia de 16 de enero de 2017”, *Publicaciones Jurídicas CESCO*, 2017.

o internacional que incluya la ausencia de ánimo de lucro como elemento definitorio del concepto de consumidor.

A continuación, delimitado el concepto de consumidor, en el fundamento de derecho cuarto, bajo la rúbrica “El ánimo de lucro no excluye necesariamente la condición de consumidor de una persona física” la Sala se pregunta si, teniendo en cuenta lo anterior, es posible que un consumidor actúe, en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, con ánimo de lucro. Con cita de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJCE 10 abril 2008 “asunto Hamilton” y STJCE 25 octubre 2005 “asunto Schulte”) en las que el TJUE considera que la intención lucrativa de un sujeto no debe ser un criterio de exclusión para que pueda ser considerado consumidor, y apoyándose, a través de una interpretación literal, en la redacción del art. 3 TRLGDCU dada tras la reforma operada por la Ley 3/2014, en la que el ánimo de lucro aparece como circunstancia excluyente de la consideración de consumidor sólo en el caso de las personas jurídicas, el Tribunal Supremo deduce que “la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial es consumidora, aunque tenga ánimo de lucro”. En definitiva, para el Tribunal Supremo, el elemento definitorio del concepto de consumidor es, única y exclusivamente, la actuación fuera del ámbito de una actividad empresarial o profesional, con independencia de que en la misma medie una intención lucrativa o no.

No obstante lo anterior, matiza el Tribunal que “el ánimo de lucro del consumidor persona física debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar, puesto que si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad” ya que, en tal caso y de conformidad con lo dispuesto en el art. 1.1º CCom, podría considerarse que la persona física estaría desempeñando una actividad empresarial o profesional y, por ende, ya no podría ser considerada consumidor a los efectos de aplicar la normativa protectora de los mismos.

El contenido del fallo de esta sentencia, más allá de la incidencia –importantísima- que pueda tener en el plano del sistema del Derecho de consumo⁵, a efectos del presente Trabajo de Fin de Grado, no es cuestión baladí, mas el contenido de la referida sentencia tiene una gran influencia en el mismo. Así, mientras que con anterioridad a la sentencia de referencia los casos en los que el consumidor solicita la indemnización de el lucro cesante derivado del incumplimiento de un contrato eran escasos⁶, aislados y con unas tasas de éxito casi nulas, con la publicación de la STS de 16 de enero del 2017 todo ese panorama cambia. El Tribunal Supremo parece haber abierto el portón, que no la puerta, a las pretensiones indemnizatorias del lucro cesante de los consumidores. Pretensiones que, si

⁵ Incidencia que merecería en sí mismo un Trabajo de Final de Grado pero que, por razones obvias de límite de extensión y de la delimitación material del objeto del trabajo, no va a tratarse.

⁶ Curiosamente, en la muestra analizada encontramos uno de esos escasos supuestos y que será objeto de estudio más adelante. La SAP de Valencia de 3 de noviembre de 2016, núm. rec. 237/2016 revoca parcialmente la sentencia dictada en primera instancia en virtud de la cual, en el contexto de un incumplimiento de contrato de comisión bursátil, se “condena a la demandada a abonar a la actora en concepto de daños y perjuicios 19.850,61 euros, de los que 5.633,73 euros se corresponden con el daño emergente y 14.216 con el lucro cesante.”.

bien no solían plantearse en los tribunales, sí existían y que ahora, con la mencionada sentencia en mano, van a poder formalizarse sin mayores dificultades⁷.

De todo lo anterior, dos son las conclusiones que deberíamos extraer:

- 1) El Tribunal Supremo realiza una interpretación del concepto de consumidor persona física si no equivocada, al menos, sí alejada de toda lógica económica y social⁸. Se trata además de una interpretación paternalista ya que supone extender de manera, bajo mi parecer, injustificada la protección que el ordenamiento jurídico dispensa a este colectivo, aún cuando se persigan fines que son propios de la actividad empresarial y profesional, como lo es la obtención de un beneficio. Máxime cuando el fundamento de dicha protección parece o debería encontrarse en la, como norma general, mayor vulnerabilidad que presenta aquella persona física o jurídica que acude al mercado para satisfacer sus necesidades en condiciones de asimetría de información favorables al empresario/profesional. Siguiendo la misma idea se pronuncia GÓMEZ POMAR quien cree que “el papel adecuado y el fundamento económico de la legislación de consumidores y especialmente de la legislación comunitaria [es] regular los problemas de información imperfecta en los mercados de consumo”⁹. Creencia que es acorde, según afirma el autor, con los resultados de diferentes investigaciones recientes. En resumen, la idea principal que subyace en este planteamiento es que la legislación de consumidores, a través de incrementar las exigencias de revelación de información a los empresarios y profesionales, puede dar lugar a pautas de consumo más saludables en un contexto de mayor transparencia en las transacciones de bienes y servicios que afectarían positivamente al bienestar de los consumidores a largo plazo y, por consiguiente, al bienestar social.

En suma, creo que no se puede pretender actuar en el mercado con una finalidad lucrativa, igual que lo hacen los empresarios y profesionales, pero al mismo tiempo provisto de la coraza que el ordenamiento pone a disposición de los consumidores frente a los empresarios y profesionales, pues en este caso se estaría incurriendo en un agravio comparativo impropio de una economía de mercado -tal y como reconoce el

⁷ Siempre teniendo presente que la existencia de ánimo de lucro no significa necesariamente que haya lucro cesante porque una cosa es la intención de obtener beneficios y otra bien distinta son las ganancias que se hubieran obtenido con una probabilidad rayana a la certeza y que no se han obtenido como consecuencia del incumplimiento contractual. Así un empresario, que en el desarrollo de su actividad actúa siempre con ánimo de lucro, no puede pretender el resarcimiento del lucro cesante derivado de una operación comercial ruinoso.

⁸ En contra, MARÍN LÓPEZ cree que es correcta la solución del TS (MARÍN LÓPEZ, M.J.: “¿Es consumidor el que adquiere un bien con ánimo de lucro?, cit. pp. 3-5).

⁹ GÓMEZ POMAR, F.: “La relación entre normativa sobre protección de consumidores y normativa sobre defensa de la competencia”, *Indret*, 2003, núm. 1, p. 22. En este artículo, el autor argumenta que “la legislación sobre protección de consumidores es apta -y, consecuentemente, debería ser usada en primer lugar con esta finalidad- para remediar las ineficiencias en los mercados de consumidores derivadas de la existencia de un conjunto de fallos del mercado, como son la información imperfecta y particularmente, al menos para el segmento más “contractual” de la legislación de consumidores, la información asimétrica entre productores y consumidores”.

art. 38 CE- en la que la competencia de los operadores en el mercado en igualdad de condiciones se configura como un valor superior.

En definitiva, la interpretación que realiza el Alto Tribunal, si bien puede ser acorde con la literalidad del art. 3 TRLDCU, desconoce totalmente la realidad económica que subyace en una materia como es el Derecho de consumo puesto que considerar que, frente al empresario, un consumidor puede actuar con ánimo de lucro resulta incompatible a todas luces con los papeles que verdaderamente desempeñan uno y otro en el mercado. El Tribunal Supremo está ignorando las diferencias que existen en la actuación en el mercado entre quienes se presentan en el mismo como destinatario final de los mismos y quienes lo hacen como agentes intermediarios cuya finalidad es revender el bien adquirido inicialmente con una pretensión especulativa¹⁰.

- 2) Mientras que con anterioridad a la referida sentencia del Pleno de la Sala Primera era excesivamente dudosa la posibilidad de que un consumidor pudiera reclamar como concepto indemnizatorio además del daño emergente, el lucro cesante, tras la publicación de la STS de 16 de enero del 2017, estas dudas se disipan por completo al mismo tiempo que se está ofreciendo una base jurídica para las reclamaciones de indemnización por lucro cesante de los consumidores.

¹⁰ En el mismo sentido se pronuncia el voto particular emitido por D. Antonio Salas Carceller quien se apoya en el preámbulo del TRLDCU según el cual “el consumidor y usuario, definido en la Ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros...”.

II. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE

En el presente apartado se estudia el régimen jurídico que, en función del tipo de relación contractual objeto del litigio, aplica la Audiencia Provincial de Valencia para resolver sobre la controversia planteada relativa al lucro cesante¹¹.

De la muestra resulta que mientras que, como es lógico, el régimen jurídico aplicable con mayor reiteración es el régimen general de la responsabilidad contractual previsto en el Código Civil, concretamente los arts. 1101, 1106 y 1107, en ciertos tipos contractuales es frecuente la conjugación, por parte de la Audiencia Provincial, de dicho régimen con la aplicación de ciertas normas previstas en leyes especiales o sectoriales. Tales son los casos, como veremos a continuación, del contrato de agencia, el de distribución, el de transporte terrestre de mercaderías o el de arrendamiento de local comercial.

1. Régimen general del Código Civil: arts. 1.101, 1.106 y 1.107 CC

A) La responsabilidad contractual: art. 1.101 CC

El art. 1101 CC, precepto que condensa el régimen de responsabilidad contractual, dispone que: “[q]uedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas.”. Tradicionalmente, la expresión responsabilidad contractual se ha referido -y todavía hoy se sigue refiriendo- a la indemnización de los daños causados por el deudor al acreedor, en caso de incumplimiento del contrato. Siendo cierto lo anterior, en la actualidad, la nueva construcción dogmática del incumplimiento y sus efectos, fundada en los principios inspiradores de la Convención de Viena, trata de unificar el concepto de incumplimiento al mismo tiempo que articula un sistema de remedios protectores del acreedor, dotando así de un sentido más amplio al término responsabilidad contractual, que aglutina el conjunto de remedios con que cuenta el acreedor en caso de incumplimiento del deudor, y no solo el remedio indemnizatorio. Hecho este apunte, a lo largo del trabajo me he referido y me referiré a la concepción tradicional de la responsabilidad contractual.

La función del remedio indemnizatorio en la responsabilidad contractual no es otra que reparar al contratante insatisfecho el daño que le ha producido el incumplimiento, siempre que éste le sea imputable al otro contratante. En este punto, hemos de recordar que el incumplimiento del contrato no implica de forma necesaria la existencia de un daño y mucho menos la existencia de un lucro cesante. En estos términos se pronuncia la propia Audiencia Provincial de Valencia en la SAP de Valencia de 2 de noviembre de 2015, núm. rec. 539/2015: “[m]ás adelante declara [la SAP de Valencia de 29 de marzo de 2001] que: "es cierto que la Jurisprudencia de esta Sala ha venido declarando en numerosas Sentencias que el incumplimiento puede dar lugar "per se" a la indemnización, pero ello no significa

¹¹ En este trabajo nos referimos al régimen jurídico aplicable al lucro cesante desde una perspectiva puramente nacional, dejando de lado pues aquellas normas de carácter nacional y comunitario que versan sobre la misma materia, como por ejemplo: el arts. 74 y ss. de la Convención de Viena, 7.4.8 de los Principios Unidroit o 9:501 y ss. de los Principios de Derecho Contractual Europeo.

que se haya abandonado la doctrina general de que el incumplimiento contractual no genera el desencadenamiento inexorable de los daños y perjuicios y su reparación, (...). Por ello es perfectamente posible que, como consecuencia del incumplimiento, se genere una insatisfacción del interés del acreedor sin que la misma implique irremediamente un daño patrimonial.

B) Las partidas del daño y su indemnización: arts. 1106 y 1107

A la determinación de las partidas que integran el daño¹² resarcible por la vía de la indemnización de daños y perjuicios se refieren los arts. 1106 y 1107 CC. Antes de analizar el contenido de sendos preceptos es conveniente tratar el concepto de daño que rige en nuestro ordenamiento jurídico. Lo primero que llama la atención es, precisamente, la ausencia de una definición normativa de daño. Por ello, aunque es difícil dar un concepto unitario de daño, la jurisprudencia es la que ha tratado de hacerlo, no sin ciertas vacilaciones y dando lugar a determinadas disputas doctrinales. En esta línea, la STS de 2 de abril de 1997 lo define como “la diferencia que existe entre la actual situación del patrimonio que recibió el agravio y la que tendría de no haberse realizado el hecho dañoso, bien por disminución efectiva del activo, bien por la ganancia perdida o frustrada, pero siempre comprendiendo en su plenitud las consecuencias del acto lesivo”. Por su parte, Díez-Picazo cree que “no es fácil a tenor de ello [del texto del art. 1106 CC], establecer un concepto perfilado de los daños contractuales (...). Debe considerarse como daño toda situación desventajosa en que el acreedor se vea colocado como consecuencia de la lesión de su derecho de crédito, que no puede medirse únicamente, de acuerdo con los postulados de la llamada teoría de la diferencia¹³, por la diferencia entre el valor de su patrimonio antes y después de la lesión, sino que exige una comprobación más amplia de la situación patrimonial entera”¹⁴.

Sentado el concepto el daño, cuestión debatida de cara a la determinación del daño resarcible en el ámbito de la responsabilidad contractual es si lo que resulta resarcible es el interés positivo o de cumplimiento, o lo es el interés negativo o de confianza. En la práctica

¹² A los efectos de este trabajo toda referencia al daño se entiende hecha al daño patrimonial, entendiendo por tal, aquel causado al patrimonio o a los bienes que lo integran; esto es, aquéllos en que la lesión recae sobre cualquier derecho de naturaleza patrimonial o material.

¹³ La llamada “teoría de la diferencia” de F. Mommsen defiende como concepto de daño “la disminución patrimonial dada por la diferencia entre el valor actual del patrimonio dañado y el valor que dicho patrimonio habría tenido, de no haberse producido el hecho dañoso.” (PANTALEÓN, F.: *Comentario al Código Civil*, II, 2.^a ed., Madrid, 1993, artículo 1902, p. 1989). En referencia a la teoría de la diferencia se pronuncia ASÚA GONZÁLEZ afirmando que “la fórmula solo constituye una aproximación general. En primer lugar porque prescinde de la circunstancia de que el deudor no responderá de todo daño conectado causalmente al incumplimiento, sino solo de aquellos que le resulten objetivamente imputables *ex art.* 1107 CC. Pero también porque su literalidad conduciría a tener en cuenta en los más amplios términos las ventajas obtenidas a raíz del incumplimiento y a descartar por principio la indemnización en casos en los que igualmente el daño se hubiera producido por un curso causal que no se concretó por el incumplimiento (*causa hipotética del daño*). Por lo demás, la determinación del daño requiere analizar las circunstancias del caso y determinar el papel que en el patrimonio del acreedor habría desempeñado la prestación incumplida. Esa perspectiva *subjetiva* es clara para determinados lucros cesantes.” (ASÚA GONZÁLEZ, C.: “Artículo 1106”, en AA.VV., *Comentarios al Código Civil* (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tomo VI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 8102 y ss.

¹⁴ Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos*, cit., p. 787.

tiende a darse por supuesto que la perspectiva será la del interés positivo¹⁵, esto es, como recoge el F.D. 4º de la SAP de Valencia de 2 de noviembre de 2015, núm. rec. 539/2015: “(.) Para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe, el (...) artículo 1124 del Código Civil (...) dispone que “[e]l perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos”, lo que ha sido interpretado en el sentido de que en relación con lo dispuesto en el artículo 1106 del propio Código comprende no solo los “daños” o interés negativo, de tal forma que el efecto retroactivo y restitutorio coloque al cumplidor en la misma posición que tendría de no haberse celebrado el contrato, sino en la que tendría de haberse cumplido, y, en consecuencia, comprende el interés positivo o de cumplimiento. (...) También apuntan en este sentido el segundo párrafo del artículo 1202 de la Propuesta de Anteproyecto, (...) y el artículo 9:501 de los Principios de Derecho europeo de los contratos, (...) y el artículo 9:502 (...).”.

Por su parte, frente al interés positivo, el negativo, como bien expone la sentencia citada anteriormente, pretende restaurar, en términos económicos, la situación al estado en que estarían si el perjudicado no hubiera contratado o no hubiera confiado en el contrato; de ahí a que suela hablarse igualmente de interés de confianza. Como se ha advertido anteriormente, optar por uno u otro criterio no es una cuestión pacífica, ni en la doctrina científica ni en la propia jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Valencia. Así, también podemos encontrar sentencias que acogen el criterio del interés negativo como sucede en la SAP de Valencia de 3 de julio de 2015, núm. rec. 319/2015: “[e]l artículo 1.106 del Código Civil consagra el principio de reparación íntegra de los daños causados al perjudicado, de perfecta extensión a los hechos circulatorios cuando deriven de esta suerte de eventos. Dicho principio se traduce, en expresión de la doctrina, en que el perjudicado tiene derecho a que sus esferas jurídica, patrimonial y extrapatrimonial, queden plenamente restauradas y repuestas al umbral de la indiferencia económica, esto es, a un ser y estado idéntico o equivalente al que presentaban en el instante inmediatamente anterior al que sobrevino el evento, y esta reparación íntegra comprende tanto el menoscabo o pérdida sufridos, cuanto las ganancias dejadas de obtener o lucro cesante.”.

Retomando el art. 1106 CC, éste recoge las dos partidas que integran el daño patrimonial, y que son: el daño emergente (“el valor de la pérdida que hayan sufrido”) y el lucro cesante (la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor)¹⁶. La reciente obra dirigida por Santiago Muñoz Machado¹⁷, el “Diccionario del español jurídico”, define el daño

¹⁵ “Con carácter general, el derecho del acreedor a que se le resarzan las consecuencias desventajosas de la lesión contractual, se comprende en lo que la doctrina ha denominado el ‘interés positivo’.” (DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos*, cit., p. 787.). Esta es hoy la opinión común entre los tratadistas españoles, sin duda: LACRUZ BERDEJO *et alii* (1994, p. 208); DÍEZ-PICAZO (1996, p. 683); CARRASCO PERERA (1989, p. 389); PANTALEÓN PRIETO (1989, pp. 1152-1155); SOLER PRESAS (1998, pp. 82 y ss.); GÓMEZ POMAR (2002, p. 42).

¹⁶ SAP de Valencia de 20 de abril de 2015, núm. rec. 116/2015: “La línea jurisprudencial de los conceptos indemnizatorios que habitualmente se tienen en cuenta para cuantificar los daños y perjuicios se refieren por una parte al denominado daño emergente, constituido por el daño producido directamente por resolución contractual y por otra parte es también doctrina conocida que es objeto de indemnización el denominado lucro cesante.”

¹⁷ Catedrático de Derecho Administrativo, académico de número de la Real Academia Española y director del “Diccionario del español jurídico”, obra elaborada con la participación y colaboración de numerosos juristas gracias a un convenio entre el Consejo General del Poder Judicial y la Real Academia Española.

emergente como el “perjuicio ocasionado por la pérdida o deterioro de bienes o derechos que se encontraban incorporados al patrimonio de su titular”; y el lucro cesante como el “daño producido por la falta de ingreso de determinados bienes o derechos en el patrimonio de la víctima que se ve privada de beneficios que hubiera obtenido de no haberse producido un evento lesivo”. Resulta interesante la distinción que realiza CRISTÓBAL MONTES quien sostiene que “mientras el daño emergente se caracteriza por la ausencia en el patrimonio del acreedor del elemento constituido por la prestación debida, aquél [el lucro cesante] hace referencia a la no presencia de todo lo que se habría producido en dicho patrimonio, caso de que el incumplimiento obligacional no se hubiere dado. El lucro cesante hace referencia a la falta de crecimiento del patrimonio del acreedor que, verosíblemente, habría tenido lugar en el supuesto de que la obligación fuese ejecutada”¹⁸. Igual interés despierta el apunte que realiza ASÚA GONZÁLEZ sobre el lucro cesante en relación a los intereses positivo y negativo: “El lucro cesante puede serlo en perspectiva de interés positivo -las ganancias que se habrían obtenido si el contrato se hubiera cumplido- o del interés negativo -las que se habrían logrado de haber dedicado los recursos a otros contratos-. (...) En todo caso téngase presente que solo se indemnizaría el lucro cesante objetivamente imputable ex art. 1107 CC y que esa imputación puede ser especialmente compleja en perspectiva de interés negativo.”.

Por su parte, el Tribunal Supremo define qué ha de entenderse por lucro cesante en la STS de 14 de julio de 2003 -reiterada en la de 30 de octubre de 2007-, al considerar que “a diferencia del daño emergente, daño real y efectivo, el lucro cesante se apoya en la presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso”; y añade esta sentencia que el fundamento de la indemnización de lucro cesante ha de verse en “la necesidad de reponer al perjudicado en la situación en que se hallaría si el suceso dañoso no se hubiera producido, lo que exige, como dice el art. 1106 CC, que se le indemnice también la ganancia dejada de obtener”.

En definitiva, en el plano contractual, se entiende por lucro cesante, ganancia frustrada o ganancia dejada de percibir a aquel incremento patrimonial que el acreedor debería recibir como consecuencia del cumplimiento o el que deja de obtener como consecuencia del incumplimiento¹⁹.

Antes de finalizar con el régimen general del Código Civil, conviene dejar claro dos cuestiones. La primera de ellas es que no existe identidad entre el lucro cesante y el daño futuro, en tanto el daño futuro puede ser tanto daño emergente como lucro cesante. En cambio, sí suele hablarse de lucro cesante futuro para referirse a aquel que todavía no se ha producido al tiempo de dictarse la sentencia; reservándose el calificativo de actual para la ganancia que habría ya existido en ese momento²⁰. En esta línea, la SAP de Valencia de 8 de septiembre de 2016, núm. rec. 704/2016 recuerda que “[e]n cuanto al lucro cesante (...) la doctrina jurisprudencial se ha mostrado restrictiva entendiendo por tal la ganancia que se haya dejado de obtener por consecuencia del hecho del que se es responsable, sin que sea equiparable a daño futuro”.

¹⁸ CRISTOBAL MONTES, A.: *El incumplimiento de las obligaciones*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 249

¹⁹ DíEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, V.II, Civitas, Madrid, 1996, p. 687

²⁰ ASÚA GONZÁLEZ, C.: “Artículo 1106”, cit., p. 8107.; y MORALES MORENO, A. M.: *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 45.

La segunda se refiere a que solamente es indemnizable el lucro neto, pues, de lo contrario, si atendiéramos al beneficio bruto no estaríamos resarciendo la “ganancia que haya dejado de obtener el acreedor”. Por ganancia se debe de entender el beneficio neto, esto es, descontados todos aquellos gastos fijos y variables que razonablemente fueran necesarios para obtener el lucro reclamado. Y así lo entiende la Audiencia Provincial en la SAP de Valencia de 14 de enero de 2015, núm. rec. 613/2014 cuando dice que “la certificación de la Asociación Gremial Provincial de auto taxis de Valencia, no refleja la realidad de las ganancias de un día de trabajo, sino que se trata de una estimación de lo que en bruto puede ganar, de media, un taxi en Valencia, descontando sólo el combustible, (...). En consecuencia, para determinar las ganancias netas debe descontarse también el importe de los demás gastos necesarios para la utilización del vehículo como medio de trabajo, que no se produjeron durante el periodo de paralización, tales como limpieza y mantenimiento del automóvil, desgaste de piezas, o impuestos por rendimiento del trabajo.”.

2. Ley del Contrato de Agencia: relación de los arts. 25, 28 y 29 LCA con el régimen general del Código Civil

El contrato de agencia es uno de aquellos contratos que, por estar regulado en una ley especial, cuenta con un régimen jurídico propio pero compatible con el del Código Civil. En este tipo contractual se suelen plantear problemas derivados del cese de la relación contractual por voluntad del principal sin respetar el preaviso oportuno. En tales casos tres son las indemnizaciones que el agente puede reclamar: la indemnización por clientela (art. 28 LCA); la indemnización por daños y perjuicios (art. 29 LCA) y la indemnización del lucro cesante generado por la omisión del plazo de preaviso (régimen general del Código Civil en relación con el art. 25 LCA). La SAP de Valencia de 11 de marzo de 2014, núm. rec. 43/2014 trata con bastante exhaustividad las diferencias existentes entre los tres tipos de indemnizaciones ya mencionadas así como la interrelación existente entre ellas y con el régimen de responsabilidad contractual del Código Civil:

“(…) La demanda confunde la indemnización de daños y perjuicios y la indemnización del lucro cesante con la indemnización por clientela (...). Sin embargo, la jurisprudencia ha precisado el concepto y el significado de la indemnización por clientela a la que se refiere el artículo 28 de la LCA (...) ‘la clientela supone una realidad económica que debe resarcirse por quien se aproveche de su aporte y se integra por lo aportado y dejado en la esfera de desenvolvimiento del concesionario o agente que va seguida de un disfrute por parte del empresario con la consiguiente pérdida que su desaparición supone para el agente o distribuidor’ y su concesión requiere la acreditación del incremento de compradores o usuarios habituales y no se produce automáticamente por el simple hecho de la extinción del contrato; la concesión de tal indemnización ‘requiere una apreciación meramente potencial sobre la susceptibilidad de que el empresario continúe disfrutando de la clientela con aprovechamiento económico, lo que se traduce en un pronóstico razonable acerca de un comportamiento que no deja de ser probable por parte de dicha clientela’. Tal indemnización es distinta de la indemnización que cabe conceder por razón de abuso o mala fe por parte de la concedente en la finalización de la relación establecida, subordinada a que se acredite que la falta de preaviso o el escaso margen temporal del mismo causó un daño específico o una agravación que no se habría producido con un plazo prudentemente

superior (...). Pues (...), 'el establecimiento de una relación jurídica de naturaleza duradera es susceptible de crear una clientela que potencialmente pueda ser aprovechada por el concedente que extingue aquella relación, lo que supone el enriquecerse a costa del esfuerzo ajeno, ya sin ninguna retribución' y por ello la jurisprudencia ha concedido de modo reiterado una indemnización al concesionario conforme a una aplicación analógica del artículo 28 de la LCA (...).

De otro lado, es doctrina consolidada que la indemnización por clientela contemplada en el art. 28 de la LCA tiene una estructura distinta y es diferente de la indemnización de daños y perjuicios, objeto de regulación aparte por esa misma ley en su art. 29 (...). Este segundo precepto reconoce al agente (por analogía, al distribuidor) el derecho a ser indemnizado, pero únicamente por los gastos causados para poner en marcha o adecuar su empresa, conforme a las instrucciones, expresas o implícitas, del empresario, con tal de que no se hubieran amortizado al extinguirse anticipadamente la relación, es decir, por los llamados 'gastos no amortizados'.

De otro lado, que el artículo 29 LCA contemple bajo la denominación "indemnización por daños y perjuicios" el supuesto de gastos no amortizados, no impide reclamar al amparo del régimen general del artículo 1101 CC la indemnización de cualesquiera otros quebrantos igualmente vinculados causalmente con la extinción del contrato por causa de la denuncia unilateral del concedente, sirviendo este precepto como cauce adecuado para atender las solicitudes de indemnización por el lucro cesante o las ganancias dejadas de percibir por el concesionario, obviamente, siempre que se trate de ganancias, si no totalmente seguras, al menos sí verosímiles de obtener de no haber mediado la extinción contractual y la consiguiente pérdida de confianza en el mercado (...).”.

De dicha sentencia podemos concluir: (i) la indemnización por clientela no resarce el lucro cesante que sufre el agente por el cese de la relación contractual, sino que la misma encuentra su razón de ser en la necesidad de indemnizar el esfuerzo y empeño que ha puesto el agente en la obtención de nuevos clientes para el empresario principal y de los cuales va a continuar disfrutando y beneficiándose económicamente éste último, sin que el primero obtenga ningún provecho. Por tanto, no podemos hablar aquí de la indemnización de un lucro cesante contractual porque: en primer lugar, la indemnización tiene lugar por el mero hecho de haber cesado la relación de agencia, es decir, con independencia de la existencia de un incumplimiento contractual. De este modo, si mediando preaviso en la extinción del contrato no existiera el art. 28 LCA, esta indemnización no podría obtenerse, al menos, de conformidad con los arts. 1101, 1106 y 1107 CC puesto que no habría ningún incumplimiento contractual que pudiera dar lugar a la aplicación de tales preceptos y; segundo, porque verdaderamente no se está indemnizando ninguna ganancia que, de no haber mediado el cese de la relación de agencia, se hubiera obtenido con una probabilidad rayana a la certeza. (ii) Distinta de la indemnización por clientela, la jurisprudencia distingue otro tipo de indemnización cuyo fundamento se encuentra en el mayor perjuicio que sufre el agente al mediar una conducta dolosa o carente de todo respeto a la buena fe que debe regir toda relación contractual y tendente al enriquecimiento injusto del empresario. En este caso, el plus de antijuridicidad que media en la conducta del empresario es lo que justifica una indemnización diferente y adicional a la prevista en el art. 28 LCA, aunque derivada de una interpretación analógica de dicho precepto. Ésta tampoco se trataría de una

indemnización de lucro cesante. (iii) Por otro lado encontramos la indemnización de daños y perjuicios que contempla el art. 29 LCA cuyo objeto se limita a los denominados “gastos no amortizados” en que haya incurrido el agente siguiendo las instrucciones del empresario. Aquí tampoco se puede hablar de lucro cesante en tanto en cuanto el objeto de la indemnización, lejos de ser una ganancia frustrada, es un gasto que no ha llegado a amortizarse. (iv) Por último, la sentencia recuerda –porque ya lo venía afirmando el Tribunal Supremo– la compatibilidad entre las indemnizaciones previstas en la LCA, en concreto en la del art. 29, con el régimen general de responsabilidad contractual del Código Civil, en virtud del cual son susceptibles de ser resarcidos todos aquellos menoscabos sufridos por el agente como consecuencia del incumplimiento de lo pactado por el empresario, en especial, el periodo de preaviso estipulado para la denuncia del contrato. Es, pues, por la vía del art. 1101 en relación con los arts. 1106 y 1107 CC por la que pueden indemnizarse los lucros cesantes del agente, que generalmente serán los beneficios netos derivados de las comisiones dejadas de percibir durante el periodo que reste por cumplir, en caso de que se trate de un contrato de duración determinada, o durante el periodo de preaviso si se trata de un contrato de duración indeterminada. Esta compatibilidad entre los remedios indemnizatorios de la LCA y el del CC también la reconoce la SAP de Valencia de 30 de enero de 2014, núm. rec. 488/2013: “(...) la parte actora no fundamentaba la indemnización en el art. 29 de la ley (...). Ahora bien sí la sustenta en el genérico art. 1.101 del CC (compatible con el art. 29 según STS de 11-11-2011), y es con esta base con la que la sentencia ha acordado que sí procedía indemnización y la ha cuantificado.”.

3. Ley de Arrendamientos Urbanos: aplicación analógica del art. 11 LAU a los contratos de arrendamiento de local comercial

En materia de arrendamientos, en principio cabría pensar que los lucros cesantes típicos o, al menos susceptibles de aparecer son los derivados de: la resolución unilateral/desistimiento del arrendatario tanto en caso de arrendamiento de vivienda como de local comercial y que se concretarían en el beneficio neto²¹ obtenido a partir del cobro de las rentas pactadas; y la resolución por incumplimiento del arrendador o la resolución unilateral/desistimiento también por el arrendador del contrato de arrendamiento de local comercial²² y que vendría determinado por el beneficio que hubiera obtenido por la

²¹ Recuérdese que, lo realmente indemnizable es el lucro neto, por lo que no cabe aceptar la recurrente práctica del arrendador perjudicado consistente en reclamar en concepto de lucro cesante las rentas dejadas de obtener por el desistimiento del arrendatario, ya que, a ello habría que restarle todos los gastos necesarios para la obtención de dichas rentas, tanto los gastos de la cosa como los de gestión del arrendamiento.

²² Cuestión discutida es, si en también existe un daño resarcible en concepto de lucro cesante en el caso de que el contrato fuera de arrendamiento de vivienda. En definitiva se plantea si es indemnizable en tal concepto la privación del uso de la cosa, en este caso, de la vivienda. En principio, si entendemos el lucro cesante, tal y como hace la jurisprudencia y la mayoría de la doctrina, como el beneficio neto dejado de obtener por razón del incumplimiento del contrato, la respuesta debería ser negativa. Sin embargo, MORALES MORENO, atendiendo a un concepto mucho más amplio de lucro cesante, opina que “[s]i el lucro cesante es la privación de una ventaja, valorable en dinero, a la que tiene derecho el acreedor conforme al contrato, en este caso habría un lucro cesante. Si el lucro cesante exige que la ventaja implique un flujo patrimonial o incremento del patrimonio, en este caso no habría un lucro cesante, en este caso no habría lucro cesante. (...) A pesar de esto, no veo inconveniente en admitir que el daño que ahora considero es un lucro cesante, porque es una ventaja económica que el acreedor no ha podido obtener de la cosa por el incumplimiento. (Morales Moreno, A. M.: *Incumplimiento del contrato*, cit., pp. 63-64)

explotación del negocio y que ha dejado de obtener por razón del cese de la relación contractual.

No obstante lo anterior, en la muestra estudiada exclusivamente han aparecido casos de resolución unilateral e injustificada del contrato por parte del arrendatario y de resolución por incumplimiento del arrendador, todos ellos en relación a contratos de arrendamiento de local comercial. Por este motivo, en este apartado se va a tratar el régimen jurídico que aplica la Audiencia en estos supuestos, y, en concreto, el de desistimiento del arrendatario, puesto que en el resto, cuando es el arrendatario el que resulta perjudicado, a efectos de indemnizarle por lucro cesante, ante la ausencia de normas aplicables al caso en la LAU, ni si quiera analógicamente, la Audiencia Provincial, siguiendo el mandato previsto en el art. 4.3 LAU de 1994, aplica las reglas generales previstas en el CC.

En materia resarcitoria, la ya derogada LAU de 1964, contenía un precepto, el art. 56, que obligaba al arrendatario que ponía fin al contrato antes de concluir el plazo estipulado, a indemnizar al arrendador “con una cantidad equivalente a la renta que corresponda al plazo que, según el contrato, quedare por cumplir”. El contenido y alcance de dicho precepto fue fuertemente criticado, desde sus inicios, por la doctrina²³ y, posteriormente, también por la jurisprudencia²⁴.

Con la publicación de la LAU de 1994, se eliminó el art. 56 y con él toda regla que pudiera determinar las consecuencias del desistimiento unilateral del arrendatario anterior al fin del término pactado en el contrato de arrendamiento de local. Sí contiene la nueva LAU en su art. 11²⁵ una regla especial aplicable al arrendamiento de vivienda en el que, bajo la rúbrica “desistimiento del contrato”, se concede al arrendatario el derecho a desistir del contrato, “una vez que hayan transcurrido al menos seis meses”²⁶, sin necesidad de indemnizar al arrendador (siempre que se respete el preaviso estipulado en el contrato que no podrá ser inferior a 30 días). Además, permite a los contratantes pactar una indemnización, con el límite de “una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que reste de cumplir”.

²³ Morales Moreno, A. M.: *Incumplimiento del contrato*, cit., pp. 52-53.: “[e]sta norma indemnizatoria del lucro cesante, entendida literalmente, resulta desproporcionada. No aminora el daño conforme al provecho obtenido de la cosa por el arrendador tras serle restituida.(...) Tampoco considera la aminoración del daño fundada en el deber de mitigarlo.”

²⁴ p. ej.: STS de 30 de octubre de 2007, núm. rec. 4330/2000: entiende que el art. 56 LAU de 1964 no tiene en cuenta que el arrendador “haya podido explotar el local o contratar u nuevo arrendamiento en condiciones económicas satisfactorias”. Y reconoce que “la jurisprudencia, en ocasiones observó un criterio de estricta literalidad (...), y en otras, para evitar la notoria desproporción que se podría derivar de la aplicación rigurosa del precepto, y consiguiente enriquecimiento injusto, se inclinó por considerar correcta una prudente moderación”.

²⁵ Modificado en 2013 por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas. Por tanto, toda referencia a este precepto en las sentencias anteriores a tal fecha lo es a la redacción original.

²⁶ La redacción original, que es a la que se refieren la jurisprudencia en sus resoluciones en materia de lucro cesante, preveía la posibilidad de desistimiento del arrendatario en contratos “de duración pactada superior a cinco años, (...) siempre que el mismo hubiere durado al menos cinco años y dé el correspondiente preaviso al arrendador con una antelación mínima de dos meses.”

La realidad normativa es que con la derogación de la LAU de 1964 por la de 1994 se produjo un vacío normativo por la supresión del art. 56 LAU que, aunque de tenor desproporcionado, servía como base jurídica para, en supuestos de arrendamiento de local y a través de una interpretación moderadora de los tribunales, indemnizar al arrendador que veía frustradas las ganancias derivadas del desistimiento unilateral anterior al fin del periodo mínimo de vigencia pactado del arrendatario. Es por ello que la jurisprudencia, y en especial desde la paradigmática STS de 9 de abril de 2012, núm. rec. 229/2007, con el fin de dotar de cierta previsión y seguridad jurídica para la resolución de tales supuestos, optó por aplicar analógicamente el art. 11 LAU a los casos de desistimiento del arrendatario en contratos de arrendamiento de local, proporcionando así un criterio a seguir al resto de órganos jurisdiccionales.

Todo lo expuesto anteriormente encuentra su reflejo en la jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de la que son destacables cronológicamente las siguientes resoluciones:

- 1) SAP de Valencia de 30 de abril de 2013, núm. rec. 140/2013: “La cuestión planteada se refiere al lucro cesante que debe reconocerse a la arrendadora cuando la arrendataria desiste del contrato antes del transcurso del periodo mínimo concertado. (...) La citada STS, Civil secc. 1 del 09 de Abril del 2012 (ROJ: STS 6120/2012), estimó el recurso de casación [y] (...) [e]stos son sus razonamientos: ‘(...) La sentencia recurrida fija como indemnización derivada de la resolución unilateral del contrato de arrendamiento, en calidad de lucro cesante futuro (...), una cantidad equivalente a la renta que corresponde al plazo mínimo obligatorio de duración del contrato [6 años], descontando el importe de los primeros ocho meses, en que la parte arrendataria se beneficia (...).

C) (...) Por una parte, se considera procedente incluir en el cálculo en la indemnización derivada de la resolución unilateral del contrato de arrendamiento en favor de la parte demandante, una cantidad equivalente a la renta correspondiente a los ocho meses durante los cuales el local permaneció inactivo en beneficio de la arrendataria para que esta pudiera obtener las licencias, (...). La suspensión en el cobro de rentas respondía sin duda al interés de la parte arrendadora en los beneficios que pensaba obtener mediante la percepción futura de las rentas durante el período del contrato, por lo que dejó de tener sentido económico al producirse, sin justificación, la resolución unilateral por la arrendataria. La indemnización, a juicio de esta Sala, debe completarse añadiendo una suma fijada en una proporción equivalente a la renta de un mes por cada año previsible de duración del contrato, en la cuantía correspondiente al primer año de arrendamiento, fijando definitivamente el importe de la indemnización en la cuantía correspondiente a catorce meses de renta [6 meses por las 6 anualidades que restan por cumplir los 8 meses del periodo de carencia] (...).

La Sala tiene en este caso en cuenta, como pauta de carácter orientativo, entre otros preceptos de la misma Ley, lo dispuesto en el artículo 11, párrafo segundo, LAU 1994 (...). Dando por supuesto que el artículo no es aplicable al caso, debe presumirse que en la fijación de estos criterios el legislador ha tenido en cuenta pautas económicas adecuadas para fijar como promedio el alcance de lucro cesante derivado de la

frustración de la percepción de las rentas correspondientes a un contrato de arrendamiento prematuramente extinguido.”.

Tras la transcripción de la STS de 9 de abril de 2012 en materia de desistimiento por el arrendatario del contrato de arrendamiento, la Audiencia procede a resumirla en su F. D. 4º, enunciando así el criterio que marcaba el Tribunal Supremo y que seguía la propia Audiencia ante tales casos: “[e]n resumen, la meritada sentencia del Tribunal Supremo estima que, ante el desistimiento anticipado de la arrendataria, a falta de elementos probatorios más consistentes del perjuicio causado al arrendador, procede establecer la indemnización de un mes por cada año que reste por cumplir, más los meses de carencia que se hubiera concedido a la arrendataria.”.

En el caso objeto del litigio “[l]a arrendadora recurrente solicita que la indemnización reconocida en la sentencia de la primera instancia, de un mes por cada uno de los tres años pendientes (tres mensualidades, a 3.998 euros, total 11.994 euros) se incremente con el importe de los cinco meses de carencia que en el contrato le concedió a la arrendataria, que hacen un total de 19.990 euros más”. A lo que la Audiencia responde afirmando que “[e]l recurso no puede prosperar, pues la sentencia recurrida ya tuvo en cuenta ese periodo de carencia al explicar que ‘... a las siete mensualidades de la renta ya entregadas en el momento de suscripción... debe de sumarse, por aplicación analógica del precepto del artículo 11 de la LAU, una mensualidad de la renta por cada año de duración del contrato, en este caso tres años, es decir, tres mensualidades (...)’. De forma tal que dicho periodo de carencia lo estimó cubierto con las seis mensualidades percibidas anticipadamente por la arrendadora, más la fianza.”.

Como se ve, la Audiencia Provincial cita la ya comentada STS del 9 de abril de 2012 que casó la sentencia de la Audiencia Provincial que, siguiendo el patrón marcado por el art. 56 LAU de 1964, había reconocido una indemnización por lucro cesante cifrada en la totalidad de rentas correspondientes al plazo mínimo obligatorio del contrato –6 años–. En su lugar, y como bien resume la Audiencia en el F. D. 4º de la sentencia, el Tribunal Supremo, a través de una aplicación analógica del art. 11 LAU, establece que, en supuestos de desistimiento del arrendatario antes de que finalice el plazo mínimo obligatorio, la indemnización por lucro cesante que le corresponde al arrendador, “a falta de elementos probatorios más consistentes del perjuicio causado”, es la resultante de sumar un mes por cada año que reste por cumplir, más los meses de carencia que se hubiera concedido a la arrendataria.

Por tanto, el criterio ofrecido por el TS en la STS de 9 de abril de 2012 se compone de dos sumandos: por un lado, tenemos la mensualidad por cada año que reste por cumplir, indemnización que es idéntica al límite que impone el art.11 LAU, y cuya aplicación analógica justifica el propio tribunal en que “debe presumirse que en la fijación de estos criterios el legislador ha tenido en cuenta pautas económicas adecuadas para fijar como promedio el alcance de lucro cesante derivado de la frustración de la percepción de las rentas correspondientes a un contrato de arrendamiento prematuramente extinguido”; y por otro tenemos los meses de carencia concedidos por el arrendador, que el Tribunal Supremo incluye puesto que entiende que el periodo de carencia responde “sin duda al interés de la parte arrendadora en los beneficios que pensaba obtener mediante la

percepción futura de las rentas durante el período del contrato”, por lo que para el tribunal deja de tener sentido económico “al producirse, sin justificación, la resolución unilateral por la arrendataria”.

En cuanto al fallo de la Audiencia Provincial, ésta concede, en aplicación estricta del referido criterio, una mensualidad por año que resta por cumplir pero sin incluir el periodo de carencia porque, como el juzgador de primera instancia, entiende que con la entrega a cuenta de siete mensualidades –realmente eran seis mensualidades más la fianza- se cubre con suficiencia dicho periodo de carencia que fue de cinco meses.

Hay que tener presente que este criterio no es absoluto y aplicable a todos los casos en que se verifique la resolución injustificada del contrato por el arrendatario, pues como ya se ha dicho y bien recuerda la Audiencia, el mismo tendrá cabida “a falta de elementos probatorios más consistentes del perjuicio causado al arrendador”. Es por ello que su aplicación, como todo criterio o pauta general en materia de indemnización del lucro cesante, deberá ponderarse en cada caso concreto atendiendo a las específicas circunstancias concurrentes puesto que de lo contrario podrían producirse situaciones de sobrecompensación o infracompensación incompatibles con el principio de reparación integral del daño y con la finalidad resarcitoria que cumple la indemnización de daños y perjuicios en nuestro ordenamiento jurídico.

- 2) Especialmente importante resulta la SAP de Valencia de 13 de julio de 2015, núm. rec. 244/2015 por el amplio estudio del lucro cesante derivado de la resolución unilateral de contrato de arrendamiento que contiene, con cita, de igual modo que la sentencia comentada anteriormente y otras muchas sentencias en la materia, como la SAP de Valencia de 22 de marzo de 2016, núm. rec. 847/2015, de la STS de 9 de abril de 2012, núm. rec. 229/2007: “De la prueba practicada consideramos acreditado que se produjo una resolución unilateral del contrato (...). Por ello consideramos que, además de las sumas que fija la sentencia de instancia, la actora debe ser indemnizada, aplicando, analógicamente, lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (...). Como normas y doctrina citamos: Por su resumen de la jurisprudencia del TS y por su relación con el caso transcribimos la sentencia de la AP de Barcelona de 18-6-2012, que sobre esta cuestión refiere en sus Fundamentos: ‘(...) Si bien en el contrato litigioso nada hay previsto y el art. 11 de la LAU sólo se refiere a arrendamientos de viviendas sin incluir el desistimiento unilateral del contrato que regula a los recayentes sobre local de negocio, seguimos el criterio de la jurisprudencia que opta para la aplicación analógica del mismo a éstos en cuanto que el de autos tiene una duración pactada superior a cinco años (la tenía de 15) y, en este caso, puede el arrendatario desistir del contrato y el mismo ha durado al menos cinco años (ha durado 13) (...). Sobre esta premisa, y también en aplicación analógica del citado artículo 11 lo que procede es fijar una indemnización a favor del arrendador que aunque aquel señale en una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que reste, la jurisprudencia expuesta ha venido moderando en el sentido de tener en cuenta las circunstancias de cada caso en la doble perspectiva de dicho arrendador, cuyas legítimas expectativas contractuales no cabe frustrar, y del arrendatario, al que no cabe gravar con una consecuencia económica exagerada o

desproporcionada cuando su comportamiento no es arbitrario y por eventos de la vida le resulta imposible o muy dificultoso continuar en la relación contractual.

(...) CUARTO.- Por su parte, el Tribunal Supremo, en la Sentencia [ya expuesta ut supra] del 9 de abril de 2012, nº 221/2012, rec. 229/2007, nos ha dicho (...)'

CUARTO. Atendiendo a lo expuesto, fijamos que la demandada, debe indemnizar en la suma correspondiente a 3 mensualidades de renta por cada año que resta hasta finalizar el contrato, y la parte proporcional cuando no sea una anualidad completa (...).”.

En esta sentencia ya se recoge expresamente que para la aplicación analógica del art. 11 LAU es necesario ponderar las circunstancias del caso concreto “en la doble perspectiva de dicho arrendador, cuyas legítimas expectativas contractuales no cabe frustrar, y del arrendatario, al que no cabe gravar con una consecuencia económica exagerada o desproporcionada cuando su comportamiento no es arbitrario y por eventos de la vida le resulta imposible o muy dificultoso continuar en la relación contractual.”. Respecto al fallo, se puede apreciar un cambio de criterio de la Audiencia, el cual se va ver consolidado en la sentencia que se comenta a continuación, y que supone sustituir las mensualidades del periodo de carencia por la concesión de una proporción mayor de mensualidades por año que resta de cumplir del contrato. De este modo, la Audiencia Provincial de Valencia condena, en este supuesto, a indemnizar en la suma de 3 mensualidades de renta por cada año que resta hasta finalizar el contrato, y la parte proporcional cuando no se trate de una anualidad completa.

- 3) SAP de Valencia de 2 de noviembre de 2015, núm. rec. 539/2015: “(...) en orden a la determinación de la indemnización a favor del arrendador cuando el arrendatario unilateralmente ha resuelto el contrato, es decir, el lucro cesante, la jurisprudencia ha realizado una interpretación acorde a una equilibrada y adecuada indemnización, evitando que incurriera en un supuesto de enriquecimiento injusto, lo cual, ha venido realizando desde la aplicación de la anterior Ley de Arrendamientos Urbanos, singularmente de su artículo 56, norma que no ha reproducido la vigente ley de 1.994 (...).

Expuesto cuanto antecede, debe señalarse que es criterio de esta Sala en los casos de resolución unilateral de contrato de arrendamiento de inmueble para uso distinto de vivienda, fijar una indemnización a favor del arrendatario²⁷ que ve frustradas sus expectativas, a razón de dos o tres meses de renta por anualidad incumplida, y al caso que nos ocupa, atendiendo las concretas circunstancias concurrentes (...) se considera lo más ajustado fijar en dos mensualidades de renta o su parte proporcional por cada año que restase para la conclusión del contrato (...).”.

Aquí ya se puede advertir uno de los exiguos criterios extraíbles de la jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Valencia en materia de lucro cesante. La propia Audiencia lo

²⁷Se trata de una errata del tribunal puesto que realmente la indemnización es a favor del arrendador, como puede desprenderse del fallo de la sentencia en la que resulta condenada la parte arrendataria.

reconoce así al decir que “es criterio de esta Sala”, ante casos de desistimiento del contrato de arrendamiento de local por el arrendatario, “fijar una indemnización a favor del arrendador que ve frustradas sus expectativas, a razón de dos o tres mensualidades de renta por anualidad incumplida”. Dicho esto, surge inevitablemente una pregunta y es por qué los tribunales, y en concreto la Audiencia Provincial de Valencia, han fijado un criterio de aplicación automática en la práctica consistente en cifrar el lucro cesante indemnizable derivado del desistimiento del contrato por el arrendatario en dos o tres mensualidades por anualidad que reste por cumplir. Tal y como se ha dicho, el TS justificaba la aplicación analógica del criterio contenido en el art. 11 LAU –una mensualidad por anualidad restante– suponiendo que en la fijación del mismo el legislador tuvo en cuenta “pautas económicas adecuadas para fijar como promedio el alcance de lucro cesante derivado de la frustración de la percepción de las rentas correspondientes a un contrato de arrendamiento prematuramente extinguido”. Ahora bien, la Audiencia modera este criterio contenido en la STS de 9 de abril de 2012 incrementando las mensualidades a dos o tres sin justificar por qué lo hace verdaderamente. Resulta sorprendente que en una materia en la que la actividad probatoria deviene particularmente importante como lo es en el resarcimiento del lucro cesante, la Audiencia Provincial cuantifique los lucros cesantes en dos o tres mensualidades por anualidad restante del contrato sin atender a las circunstancias concretas concurrentes en cada caso concreto. En definitiva, parece que baste con probar que se ha producido una resolución injustificada del contrato de arrendamiento para que la Audiencia conceda la indemnización del lucro cesante en la referida cuantía, aunque el perjudicado logre acreditar que el lucro cesante fue mayor²⁸.

4. Ley del Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías (LCTT): régimen de responsabilidad del porteador

Respecto a los casos de incumplimiento del contrato de transporte terrestre de mercancías, la única especialidad en cuanto al régimen jurídico aplicable en supuestos de existencia de lucro cesante que ha sido advertida es la incompatibilidad del régimen de responsabilidad del porteador previsto en la LCTT con las reglas generales del Código Civil. Así se desprende de la SAP de Valencia de 7 de diciembre de 2016, núm. rec. 2027/2016: “[l]a entidad Verdeveleno SL que contrató los servicios de Kuehne & Nagel SA para la gestión en el Puerto de Barcelona del despacho e inspección de una mercancía y su transporte terrestre a Valencia, entabla acción de responsabilidad contractual contra dicha

²⁸Parece ser que, al contrario, el Tribunal Supremo sí tiene claro que las circunstancias del caso concreto y los perjuicios acreditados por el demandante deben tenerse en cuenta. Así en la STS de 11 de febrero de 2016, núm. rec. 2737/2013, en un caso en el que la AP se apoyó en la “STS de 9 de abril de 2012 que aplicó como criterio orientativo la indemnización fijada en el art. 11.2 de la LAU de 1994 (en su anterior redacción), es decir, una mensualidad por año que restaba de duración del contrato”, el TS recuerda que “la sentencia de 9 de abril de 2012 se dictó en supuesto en que no constaba la existencia de perjuicios de mayor calado”, y por tanto “entiende infringido el art. 1106 del CC y jurisprudencia que lo interpreta (...), en el sentido de que constan perjuicios de mayor nivel cuantitativo (...)”. Finalmente, la Sala 1ª “estimando parcialmente la casación, asume la instancia, manteniendo la indemnización fijada por el Juzgado, de cinco mensualidades de renta, por año que restaba del contrato, cantidad que se reconoce como proporcionada, para un supuesto de resolución de contrato, de las características del analizado”.

demandada al no haber cumplido los servicios contratados y reclama como daños y perjuicios la cantidad de 77.625,36 euros que desglosa en: (...) c) 43.367,75 euros en concepto de lucro cesante.

(...) Ciertamente nos encontramos con un contrato (...) [de] transporte de mercancía (...). Por consiguiente en aplicación del artículo 62 de la LCTT entendemos, (...) que Kuehne infringió el deber jurídico de forma consciente y voluntaria (pues era conocedora de su cumplimiento y no lo efectuó, sin justificación alguna).

(...) TERCERO.- (...) determinación y cuantificación del daño causado (...). La existencia de daños está, igualmente, justificada pues por no pasarse la inspección CITE, la mercancía no es comercializable (...) y precisamente el destino que iba darle la actora tras su curtido era su puesta en el comercio, razón por la cual nos encontramos en una situación de pérdida total de la misma por su inhabilidad completa para el fin propio a que estaba destinada y el artículo 47 de la LCTT impone al porteador la responsabilidad por la pérdida total de la mercancía. (...) el apoyo normativo de la demanda se basa en la LCTT, (por tal razón se ha seguido el pleito en el Juzgado de lo Mercantil) y por tanto (...) la reglamentación de tal negocio jurídico y sus consecuencias han de venir reguladas por esa especial y específica normativa y no es dable que por el mismo hecho del transporte, en aquello que la ley especial no posibilita, acudir a las normas generales del Código Civil.

El artículo 52 de la LCTT, caso de pérdida total de la mercancía fija que la cuantía de la indemnización vendrá determinada por su valor, reglando el artículo 55 los criterios para fijar tal valor. En el caso presente dado que la mercancía ha perdido su habilidad comercial, la entidad demandada debe indemnizar el valor de adquisición de compra por la actora que esta documentado en la factura aportada por importe de 25.281,96 euros y que procede acoger.

(...) En cambio la Sala no puede acoger (...) el lucro cesante por 43.367,75 euros, explicitado en el beneficio dejado de obtener Verdeveleno por no poder comercializar finalmente su producción, pues la Ley especial tasa los daños y perjuicios de los que debe responder el porteador en el artículo 58 y, en caso de pérdida total, establece, (...) en su apartado 3 ‘No se resarcirá ningún otro daño o perjuicio’. Por consiguiente (...) las ganancias que se hubieran obtenido (...) no están amparadas bajo la normativa en que se apoya la demanda y no resulta viable para enervar su aplicación acudir en aquello que no es beneficioso a los preceptos generales del Código Civil pues de ser así no tendría sentido el imperativo de la ley especial.”

Como se puede observar, la Audiencia provincial es muy clara a la hora de establecer la imposibilidad de indemnizar el lucro cesante –pese a su existencia- en casos de responsabilidad contractual del porteador. El apartado 3 del art. 58 –precepto imperativo- es tajante y no ofrece lugar a dudas al disponer que “[n]o se resarcirá ningún otro daño o perjuicio” más allá de las partidas recogidas en dicho precepto, entre las que no se encuentra el lucro cesante. A ello añade coherentemente la Audiencia que no cabe acudir,

como si de la técnica del espiguelo laboral²⁹ se tratara, a las reglas generales del CC para obtener aquello –la indemnización del lucro cesante– que una norma especial imperativa no permite –el art. 58.3 LCTT–. Por tanto, a diferencia de lo que acontece en el caso de incumplimiento del contrato de agencia, en el que, como hemos dicho, sí cabe el resarcimiento del lucro cesante, en el supuesto del contrato de transporte terrestre de mercancías el art. 58 LCTT excluye taxativamente la indemnización del lucro cesante por no tratarse éste de uno de los conceptos indemnizatorios contenidos en el mismo.

Finalmente, al margen de los distintos regímenes jurídicos y demás reglas que inciden en la institución del lucro cesante, encontramos en la muestra analizada la SAP de Valencia de 3 de noviembre de 2016, núm. rec. 237/2016. Esta sentencia revoca parcialmente la dictada en primera instancia en virtud de la cual, en el contexto de un incumplimiento de contrato de comisión bursátil celebrado entre una entidad bancaria y un consumidor, “condena a la demandada a abonar a la actora en concepto de daños y perjuicios 19.850,61 euros, de los que 5.633,73 euros se corresponden con el daño emergente y 14.216 con el lucro cesante.”. En el F.D 3º se dice que “(...) no comparte la Sala la estimación efectuada por el Juzgador de Primera Instancia en orden a fijar el lucro cesante en 14.216 euros como consecuencia de lo dejado de percibir si en el año 2008 hubiera invertido la parte actora los 108.000 euros en un plazo fijo y hasta junio de 2013. Y ello porque amparar tal pretensión llevaría al enriquecimiento injusto de la parte demandante (...). En el presente supuesto, el demandado no ha visto incrementado su patrimonio con el capital invertido por el actor, cosa que hubiera hecho en el supuesto de que durante esos cinco años (desde diciembre de 2008 a junio de 2013) hubiera tenido a su disposición los 108.000 euros depositados en una cuenta a plazo fijo, por lo que amparar que el perjuicio experimentado por el actor lo es el interés que hubiera obtenido como consecuencia de una imposición a plazo fijo, supondría un enriquecimiento del actor a costa del demandado mediante la ficción de una relación contractual inexistente.”.

Aunque los hechos tratados en esta sentencia versan sobre si cabe o no resarcir el lucro cesante a un consumidor y por tanto, no cabe duda de que constituía una situación idónea para ahondar en el estudio del lucro cesante en el ámbito de los consumidores, la Audiencia se limita a desestimar la pretensión indemnizatoria del lucro cesante de los consumidores aplicando el principio general de prohibición del enriquecimiento injusto. En mi opinión, la aplicación de la doctrina de la interdicción del enriquecimiento injustificado es del todo desacertada e innecesaria puesto que la Audiencia debería haber llegado a la misma conclusión aplicando las reglas previstas en los arts. 1106 y 1107 del CC junto a la jurisprudencia que los interpreta. De este modo se estaría respetando el sistema de fuentes que recoge el art. 1 del CC (que es bastante claro al disponer en su apartado 4º que “[l]os principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre...”) al aplicar la ley antes que un principio general del derecho; y además la justificación es más clara y limpia. La jurisprudencia en materia de lucro cesante del TS es tajante al exigir, para que éste sea resarcible, que se pruebe el perjuicio que sufre en su patrimonio el acreedor, por

²⁹ Según SAIZ DE MARCO “el «espiguelo», es la práctica consistente en formar un híbrido normativo a partir de varios marcos reguladores tomando sólo la parte más favorable de ellos y rechazando los aspectos desfavorables.”. (SAIZ DE MARCO, I.: “Algunos casos de ‘espiguelo’ en la jurisprudencia reciente”, *Actualidad laboral*, 2011, núm. 7, p. 3.)

no tener lugar el aumento patrimonial que se habría producido de no haber mediado el incumplimiento contractual. De este modo, el lucro cesante no comprende los llamados “sueños de fortuna”, sino las ganancias que probablemente se hubieran producido de no mediar incumplimiento imputable al deudor. Por tanto, se debe probar que tales ganancias iban a ser reales, es decir, que es necesario aportar pruebas o indicios suficientes de que el lucro que se reclama tenía una alta probabilidad de convertirse en una ganancia real y existente. En conclusión, este es un claro caso donde el acreedor perjudicado pretende unas ganancias hipotéticas cuya probabilidad de aparecer como reales era casi inexistente, máxime si, como en este caso, no se aporta una prueba que certifique que existe una probabilidad objetiva de que tales ganancias se habrían obtenido de no faltar la entidad bancaria a lo pactado, hecho que era prácticamente imposible si tenemos en cuenta, como dice la sentencia, que la pretensión se fundaba en “la ficción de una relación contractual inexistente”.

III. PROBLEMAS PROBATORIOS

Una vez demostrado que se ha producido un incumplimiento contractual y que del mismo se han derivado una serie de daños, sean calificables éstos como daño emergente o como lucro cesante, el acreedor perjudicado, a tenor de lo dispuesto en el art. 217 LEC³⁰, debe probar tanto la existencia de tales daños como la cuantía de los mismos³¹. A efectos probatorios no resulta para nada indiferente la partida del daño que se esté reclamando. Así, mientras que en el caso del daño emergente estaríamos tratando de probar la existencia y cuantía de unos daños que se han producido efectivamente (aunque éste pueda ser futuro como ya se ha visto) y que, por tanto, tienen un reflejo más o menos nítido en el patrimonio del agraviado; en el caso del lucro cesante, éste no está referido a un hecho acontecido sino a un hecho que podría haber acontecido y que, sin embargo, no se produjo. Se trata de ganancias que, según el curso normal de los acontecimientos y de no haber mediado el incumplimiento de lo pactado, se hubieran obtenido con una probabilidad rayana en la certeza, pero que por haber mediado precisamente éste no se han obtenido, pasando a ser calificadas como ganancias frustradas. De ello se deriva una consecuencia esencial: el objeto de la prueba no podrá ser nunca de forma directa la propia ganancia frustrada sino otros hechos que sean indicativos de que la misma se habría realmente producido³². En

³⁰ En virtud del art. 217.2 LEC, la carga de la acreditación del lucro le corresponde al que lo reclama, al tratarse de un hecho constitutivo de su pretensión. Así, por ejemplo, la SAP de Valencia de 22 de septiembre de 2015, núm. rec.370/2015: “[a]sí, la ganancia perdida, o lucro cesante, ha de tener una relación de causalidad necesaria con el acto dañoso del responsable (art. 1106 y 1107 CC), correspondiendo a quien la alega, el perjudicado, la prueba de su existencia real y del nexo causal (art. 217 LEC).”; o la SAP de Valencia de 20 de noviembre de 2013, núm. rec. 364/2013: “[a]rmonizando el criterio jurisprudencial reseñado con el principio general de distribución de la prueba establecido en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, del que obviamente se desprende que la prueba del lucro cesante reclamado compete al actor que lo demanda (...)”.

³¹ La SAP de Valencia de 8 de septiembre de 2016, núm. rec. 704/2016 recoge la necesidad de probar los 3 elementos referidos: “[e]n cuanto al lucro cesante (...) la jurisprudencia insiste en la necesidad de probar el nexo causal entre el acto ilícito y el beneficio dejado de percibir, así como la existencia de un lucro dejado de percibir, carga que recae sobre quien lo reclama, así como el cálculo sobre el mismo(...)”.

³² Esa forma de probar está expresamente prevista por el legislador al regular las presunciones. En el art. 386.1 LEC se dice que a partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los

definitiva, por la propia naturaleza del lucro cesante y el escaso sustento normativo existente al respecto, la prueba del mismo es un asunto complejo, no exento de lagunas y deficiencias cuyo reflejo en la práctica ha llevado históricamente a los tribunales españoles a adoptar una posición ciertamente escéptica y reticente a la estimación de aquellas pretensiones resarcitorias del lucro cesante. Como apunta MORALES MORENO “[l]a complejidad proviene de que este tipo de daño es, a menudo un daño que se produce y concreta en el futuro (...). Y la obtención de un lucro futuro tiene siempre ciertas dosis de incertidumbre o aleatoriedad, pues depende de múltiples factores externos y de la propia conducta futura del acreedor.”³³. Finalmente, aunque estas razones no pueden excluir su indemnización anticipada, explican las elevadas exigencias probatorias y la cautela de los tribunales en el reconocimiento de ésta.

1. Necesidad de prueba y el principio “*res ipsa loquitur*”

Como dice la SAP de Valencia de 20 de abril de 2015, núm. rec. 116/2015, con cita de la STS de 29 diciembre de 2000 "(...) la exigencia del lucro cesante no puede ampararse sin más y exclusivamente en la dicción genérica del art. 1106 del CC, sino que es preciso probar que realmente se han dejado de obtener unas ganancias concretas que no han de ser dudosas y contingentes". Continúa reconociendo la dificultad que entraña la prueba del lucro cesante “el lucro cesante o ganancia frustrada ofrece muchas dificultades para su determinación y límites, por participar de todas las vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios (...)”. En términos muy similares se pronuncia la SSAP de Valencia de 22 de septiembre de 2015, núm. rec. 370/2015 y de 19/04/2016, núm. rec. 153/2016 que con cita de sentencias del Tribunal Supremo reconoce: “[l]a STS, Civil sección 1ª del 09 de Abril del 2012 recordó que “[l]a determinación de lucro cesante exige, como ocurre con todo daño o perjuicio, que se pruebe. El lucro cesante futuro presenta dificultades probatorias, pues solo puede ser calculado mediante evaluaciones de carácter prospectivo y no mediante mediciones efectuadas sobre situaciones económicas ya realizadas.”

A propósito de la necesidad y dificultad probatoria del *lucrum cessans* la SAP de Valencia de 13 de marzo de 2014, núm. rec. 435/2013 dice: “es continuada la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo que explica que: ‘(...) tal indemnización no opera de forma automática, sino que requiere demostración del daño y su imputación, para deducir la consiguiente responsabilidad a persona determinada, es decir, que su real causación ha de llevarse a cabo en la fase probatoria del pleito’, pues nadie puede obviar que frente a la facilidad probatoria del daño emergente, el lucro cesante presenta indeterminación, con lo cual es necesario la búsqueda de un criterio eficaz para distinguir una ‘hipótesis’ del ‘lucro cesante’ entendido como ganancia frustrada, o lo que es igual diferenciar la mera esperanza dudosa y contingente. Por ello, encontrándonos ante la necesidad de efectuar una previsión no sujeta a comprobación empírica, no puede aquella descartarse sin mas (...)”.

En cuanto al objeto de la prueba, esto es, qué es lo que debe ser probado, existen dos respuestas. La primera, a nivel teórico, a tenor del contenido de los arts. 1106 y 1107 CC

efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

³³ MORALES MORENO, A. M.: *Incumplimiento del contrato*, cit., p. 25.

deben ser objeto de prueba: (i) la existencia del lucro cesante; (ii) su cuantía, (iii) la cualidad del deudor, esto es, si es o no de “buena fe” y correlativamente, en caso de que así sea, la previsibilidad³⁴ del daño reclamado; y (iv) el nexo de causalidad -aunque esto último no es exclusivo del lucro cesante sino que debe probarse respecto cualquier tipo de daño-. La segunda, a nivel práctico, la Audiencia Provincial de Valencia suele precisar de la prueba de la existencia y la cuantía del lucro cesante así como el nexo causal³⁵, aunque en alguna ocasión, como se verá, concede una indemnización aún en el supuesto de que el demandante no logre cuantificar correctamente los lucros³⁶. Y por descontado, también como se tendrá ocasión de profundizar más adelante, tal y como sucede en todos los órganos jurisdiccionales nacionales, nunca habla de la regla de la previsibilidad del daño del art. 1107 CC.

Sin perjuicio de lo anterior, es reiterada también la jurisprudencia que admite como excepción a la regla general cierta relajación en la actividad probatoria del lucro cesante única y exclusivamente en aquellos supuestos en los que tiene cabida la aplicación del principio “res ipsa loquitur”. Esta regla no es desconocida para la Audiencia Provincial de Valencia y así la reconoce y asume como criterio en numerosas sentencias, como por ejemplo en la SAP de Valencia de 2 de noviembre de 2015, núm. rec. 539/2015 en la que dice: “[m]ás adelante declara [la SAP de Valencia de 29 de marzo de 2001] que: “es cierto que la Jurisprudencia de esta Sala ha venido declarando (...) que el incumplimiento puede dar lugar ‘per se’ a la indemnización, pero ello no significa que se haya abandonado la doctrina general de que el incumplimiento contractual no genera el desencadenamiento inexorable de los daños y perjuicios y su reparación, y que, por ende, incumbe a la parte reclamante la carga de la prueba de su existencia y cuantía. La doctrina que mantiene la posibilidad de apreciar el efecto indemnizatorio por el simple incumplimiento, se refiere a supuestos en que el incumplimiento determina ‘por sí mismo’ un daño o perjuicio, una frustración en la economía de la parte, lo que ocurre cuando se deduce necesaria y fatalmente la existencia (...), o es una consecuencia forzosa (...), o natural e inevitable (...), o se trata de daños incontrovertibles (...), evidentes (...) o patentes (...)”;

y recientemente la SAP de Valencia de 1 de noviembre de 2016, núm. rec. 708/2015: “en último término, la STS 24.5.2012 declara ‘No obstante, no cabe confundir la prueba de la existencia del ‘lucro cesante’ con la de su alcance económico. En ocasiones el “lucro cesante” no necesita ser probado porque claramente se desprende del incumplimiento y consiguiente frustración del contrato. (...). La sentencia núm. 366/2010, de 15 junio, con cita de otras anteriores, viene a admitir el nacimiento del deber de indemnizar por el simple incumplimiento en los supuestos en que este último determina por sí mismo un daño o perjuicio, una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral, lo que ocurre cuando su existencia se deduce necesariamente del incumplimiento o se trata de daños patentes; y añade, para resaltar su carácter excepcional, que «de esta jurisprudencia se deduce que el principio “res ipsa loquitur” (la cosa habla por sí misma) alegado por la parte recurrente y

³⁴ El estudio del requisito de la necesaria previsibilidad del daño *ex* art. 1107 CC se aborda en el epígrafe “APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1.107 DEL CÓDIGO CIVIL”.

³⁵ SAP de Valencia de 12 de noviembre de 2015, núm. rec. 435/2015: “como en todo caso debe probarse el hecho con cuya base se reclama una indemnización, igualmente, en lo que atañe al lucro cesante, se ha de probar tanto el nexo causal entre el acto dañoso y el beneficio dejado de percibir, como la realidad de este y su importe, y ello no con mayor rigor o criterio restrictivo que cualquier hecho que constituya la base de una pretensión.”.

³⁶ V. p. 38 del presente Trabajo de Fin de Grado.

la consideración de un perjuicio "in re ipsa" (en la cosa misma) no son aplicables a todo incumplimiento, sino solamente a aquel que evidencia por sí mismo la existencia del daño»’.”.

Lejos de constituir, como sucede con otras reglas, un simple enunciado estrictamente teórico carente de reflejo práctico, la Audiencia Provincial de Valencia sí aplica el principio “res ipsa loquitur” en sus resoluciones. Así es muy común que haga mención al mismo en el caso de desistimiento del contrato de arrendamiento de local por el arrendatario (p. ej. SAP de Valencia, secc. 7, de 13 de julio de 2015, núm. rec. 244/2015³⁷); pero también encontramos como ejemplo un supuesto de incumplimiento de un precontrato en el cual las partes del mismo, adjudicatarias de un contrato público, se comprometían a constituir una UTE (SAP de Valencia de 22 de septiembre de 2015, núm. rec. 370/2015³⁸); o en caso de paralización por reparación de un vehículo destinado a una actividad económica (SAP de Valencia de 10 de noviembre de 2014, núm. rec. 302/2014³⁹).

2. Evolución jurisprudencial de la exigencia probatoria del lucro cesante: del criterio restrictivo y la necesidad de certeza al criterio de la razonable verosimilitud. prohibición de fundar la indemnización del lucro cesante en equidad.

Como advierte VICENTE DOMINGO⁴⁰ “[h]a habido una consolidada y constante doctrina jurisprudencial, no del todo abandonada, sobre el lucro cesante que mantiene un criterio restrictivo...”. La propia Audiencia Provincial de Valencia, en muchas de sus resoluciones, como consecuencia de la práctica tan generalizada en nuestros tribunales consistente en citar y transcribir numerosos fragmentos de sentencias de distintos órganos, enuncia este criterio⁴¹, aunque luego, en la práctica, no sea consecuente con el mismo. Sucintamente, este criterio restrictivo restringe la indemnización del lucro cesante a aquellos “beneficios ciertos, concretos y acreditados”. El problema que presenta esta doctrina jurisprudencial es que la estricta aplicación de este criterio hace prácticamente inviable la reparación del lucro cesante en tanto la prueba cierta, concreta y acreditada de un beneficio que, por

³⁷ “Es cierto que la resolución injustificada del contrato demuestra por sí misma la falta de abono de las rentas futuras y con ello el cese de un lucro futuro originado por el incumplimiento; (...)”.

³⁸ “La realidad del daño es evidente en cuanto que la obra no se ha ejecutado por la UTE, por causa imputable a Gescom. Así, el Sr. Santos, manifestó que la negativa de Gescom a formalizar la UTE haba supuesto ‘una pérdida del beneficio esperado y que en futuras licitaciones(...)’”.

³⁹ “Si el demandante destina el vehículo a una actividad de transporte y permanece durante un tiempo inmovilizado en el taller para el diagnóstico del exceso de consumo, creemos que de estos hechos se deduce necesariamente el perjuicio por lucro cesante, pues durante el tiempo en que el vehículo permanece inmovilizado no se puede dedicar a su actividad, perdiéndose los ingresos que se podrían haber obtenido.”.

⁴⁰ VICENTE DOMINGO, E.: *El lucro cesante*, Reus, Madrid, 2014, pp. 33-34.

⁴¹ SAP de Valencia de 16 de octubre de 2015, núm. rec. 333/2015: “[e]l lucro cesante, como el daño emergente, debe ser probado; la dificultad que presenta el primero es que sólo cabe incluir en este concepto los beneficios ciertos, concretos y acreditados que el perjudicado debía haber percibido y no ha sido así; no incluye los hipotéticos beneficios o imaginarios sueños de fortuna”; SAP de Valencia de 12 de noviembre de 2015, núm. rec. 435/2015: “cuando se trata de lucro cesante, deben utilizarse criterios restrictivos y de prudencia, (STS de 30 de junio y 30 de noviembre de 1.993), debiendo atenderse a los beneficios ciertos, concretos y acreditados que el perjudicado debía haber percibido”.

definición, es hipotético e incognoscible con certeza, por cuanto no ha llegado, ni llegará nunca, a materializarse, resulta materialmente imposible. Se trata de una paradoja muy clara.

Con posterioridad al criterio restrictivo, comienza a surgir una línea jurisprudencial que comprende el sinsentido que entraña el criterio restrictivo y la exigencia de certeza⁴² y que, en oposición al mismo, opta por aplicar un criterio basado en la probabilidad, razonabilidad e incluso algunas sentencias aisladas hablan de posibilidad⁴³. En aplicación de este criterio, será reparable aquel lucro cesante que hubiera sido el que razonable o probablemente se habría producido si los acontecimientos hubieran seguido su curso natural. Así lo entiende DE ÁNGEL YAGÜEZ al afirmar que “la estimación del lucro cesante consiste en una operación intelectual basada, a la luz de las circunstancias de cada caso, en la razonable verosimilitud de que de haber cumplido el deudor, el acreedor se habría beneficiado patrimonialmente de tal o cual medida”⁴⁴.

Este criterio es el que en la práctica parece seguir con mayor asiduidad la Audiencia Provincial de Valencia y así lo demuestra el elevado porcentaje de estimación de las pretensiones resarcitorias del lucro cesante⁴⁵. Una muestra de ello la encontramos en la SAP de Valencia de 13 de marzo de 2014, núm. rec. 435/2013: “la ganancia frustrada debe calcularse mediante un juicio de probabilidad, que atiende al devenir normal y a las circunstancias del caso concreto. Tal y como tiene declarado el Tribunal Supremo, (...) su prueba esta sometida a ‘criterios de razonabilidad... para la estimación del lucro cesante se atenderá a la probabilidad de su obtención según el curso normal de los hechos y

⁴² SAP de Valencia de 14 de enero de 2015, núm. rec. 613/2014 “(...) no se puede olvidar que por lo que al lucro cesante se refiere se trata del cálculo de unas ganancias sólo posibles que las ha hecho imposibles el causante del daño, y que este carácter de mera posibilidad, aunque real, ha de evitar la exigencia de una prueba que, por exhaustiva, pueda ser calificada de *‘probatio diabólica’*, pues de otro modo puede negarse una compensación económica justa a quienes, no teniendo responsabilidad, se ven privados durante un tiempo de las ganancias que hubieran ingresado si el hecho causante no se hubiera producido, como acontece en el presente caso (...)”

⁴³ SAP de Valencia de 13 de marzo de 2014, núm. rec. 435/2013: “(...) así las Sentencias de 14 de julio de 2003, 27 de junio de 2007 y 26 de septiembre de 2007, por cuanto si la apreciación del lucro cesante exige acreditar la posibilidad de haber obtenido ganancias”. El término “posibilidad” creo que es del todo equivocado siendo más conveniente, por coherente con el concepto de lucro cesante, emplear los términos “verosimilitud” o “probabilidad” puesto que mientras que los últimos hacen referencia a un hecho respecto del que existen buenas razones para creer que se verificará o sucederá, en el primero simplemente indica que un determinado hecho o suceso puede suceder o no. Así lo entiende la SAP de Valencia de 20 de abril de 2015, núm. rec. 116/2015: “(...) el lucro cesante o ganancia frustrada ofrece muchas dificultades para su determinación y límites, por participar de todas las vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios, y para tratar de resolverlas el Derecho científico sostiene que no basta la simple posibilidad de realizar la ganancia, sino que ha de existir una cierta probabilidad objetiva, que resulte del decurso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto”.

⁴⁴ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Comentarios al Código Civil*, Art. 1106, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 45 y ss.

⁴⁵ La relación de pretensiones resarcitorias de lucro cesante estimadas es de 27/55 esto es, un 49,09%. Se trata de un porcentaje elevado si se tiene en cuenta que, en general, hay un gran número de pretensiones de indemnización de lucro cesante que carecen totalmente de base para su estimación bien porque el reclamante se limita a solicitar que se le indemnice cierta cantidad sin aportar prueba alguna o bien porque pretenden que se les indemnice verdaderos sueños de ganancia.

circunstancias' (STS de 30 de julio de 2012), en conclusión la doctrina del Tribunal Supremo exige que lucro cesante 'ha de presentarse con cierta consistencia'."46.

Por último, a los efectos de fijar la indemnización de daños y perjuicios, y en especial, la partida del lucro cesante, los tribunales de justicia deben procurar resolver ateniendo a criterios puramente objetivos, fundando su parecer en la actividad probatoria de las partes y, en especial, apoyándose en los informes periciales, tanto los proporcionados de parte como los del perito judicial. Esto es importante recordarlo, más aún en un campo tan abstracto, hipotético, vago e indeterminado como lo es el de la reparación del lucro cesante, donde el mayor margen de apreciación subjetivo que puede tener el juzgador unido a la ausencia de un conocimiento minucioso de las sutilezas y precisiones que entraña, en general, el régimen de la indemnización de daños y perjuicios y, en particular, el del lucro cesante, hace que los tribunales decidan en no pocas ocasiones según su parecer con fundamento en la equidad. Es por ello que recuerda la SAP de Valencia de 20 de abril de 2015, núm. rec. 116/2015 en referencia a la indemnización del lucro cesante que ésta "(...) no se pueda fijar subjetivamente por el juzgador con fundamento en la equidad (STS 6 Septiembre 1991).".

Pues bien, teniendo en mente este criterio, no es de extrañar la desconfianza, la inseguridad jurídica y la incertidumbre que existe entorno a la indemnización del lucro cesante cuando encontramos algunas resoluciones que, tras la cita de rigor de un sinnúmero de sentencias del Tribunal Supremo, finalmente resuelven "en equidad", esto es, otorgando una indemnización basada más en criterios subjetivos de justicia material del propio juzgador que en la objetividad que debe imperar en la aplicación de la ley al caso concreto. Un clarísimo ejemplo de ello lo podemos ver en la SAP de Valencia de 30 de octubre de 2015, núm. rec. 260/2015 en la que se dice en su F. D. 2º *in fine*: "(...) [y] a falta de pacto expreso que fije las pautas para la determinación de la indemnización por el desistimiento unilateral de la demandada, se está de acuerdo con ésta en que el punto de partida del perito de la demandante no es adecuado a tales efectos (...). Pero, por otra parte, resulta evidente que ha existido ese perjuicio, pues deja de obtener en el periodo que resta la retribución pactada, por lo que, a falta de mayor concreción, cabe establecer, para este caso, como diferencia por beneficio dejado de percibir, de manera equitativa, el del 25 % del total previsible como retribución, dentro de los márgenes habitualmente utilizados por los tribunales para estos casos, muy lejos de más del 76 % que calcula el perito del actor (...).".

El razonamiento del tribunal debería haber sido el que sigue: "a falta de pacto expreso que fije las pautas para la determinación de la indemnización por el desistimiento unilateral de la demandada, se está de acuerdo con ésta en que el punto de partida del perito de la demandante no es adecuado a tales efectos" motivo por el cual, ante la ausencia de prueba

⁴⁶ De tenor similar y recordando también el principio "*res ipsa loquitur*" la SAP de Valencia de 10 de noviembre de 2014, núm. rec.302/2014: "(...) las ganancias que pueden reclamarse son aquéllas en las que concurren verosimilitud suficiente para poder ser reputadas como muy probables, en la mayor aproximación a la certeza efectiva, pero junto a esto, también declara la jurisprudencia que se excluye del rigor y exigencia probatoria el supuesto de que cuando de los hechos debidamente acreditados se deduzca fatal y necesariamente la existencia de daños" [STS de 8 de julio de 1996].

de la cuantía del daño reclamado, no puede estimarse la pretensión de la actora. Es decir que, a pesar de que se haya logrado probar la existencia del daño, o como ocurre en este caso, sea evidente que el mismo haya existido, hay que recordar que también es necesario probar el quantum de la indemnización, si quiera de manera aproximada, de forma que si el criterio empleado por el perito de la demandante no es adecuado a tal fin, la cuantía no quedará fijada y por ende la pretensión jamás puede tener éxito.

Por último, en las sentencias analizadas se echa en falta un mayor aporte de información que sirva para justificar y argumentar la decisión del juez y, en especial, en relación a los informes periciales. Es evidente que en la indemnización del beneficio dejado de obtener, los informes de peritos economistas y contables juegan un papel determinante en el fallo de la sentencia. Lo criticable por tanto, es que el órgano judicial no explique correctamente los argumentos y cifras que le han inclinado para tomar una decisión u otra. A lo anterior, también cabe añadir un apunte más, y es que, ante determinados casos, un perito puede realizar un análisis del mercado, de la situación económico-financiera ex ante y ex post al acaecimiento del incumplimiento contractual, pero muy difícilmente podrá esgrimir cuál ha sido la contribución de dicho incumplimiento al descenso en los beneficios esperados.

Para finalizar este punto, tras todo lo expuesto debemos concluir (1) que la Audiencia Provincial de Valencia no sostiene el criterio restrictivo sino que su actuación es más próxima al de la razonable probabilidad o verosimilitud aunque integrado con un elevado componente de subjetividad del juzgador; (2) que todas las elucubraciones teóricas que aparecen en las sentencias, en la práctica, rara vez tienen su reflejo⁴⁷; (3) en las sentencias, a pesar de que tienen una gran influencia en el fallo, se presta muy poca atención a la correcta descripción y concreción de los datos y argumentos aportados por la vía de los informes periciales y que han servido de fundamento para la decisión final; (4) los informes periciales son una vital fuente de conocimiento para los jueces a la hora de decidir sobre la indemnización del lucro cesante pero, en la práctica, probablemente por la notable carencia de conocimientos económicos y financieros de la judicatura, se les adjudica una relevancia en la toma de la decisión del fallo que verdaderamente no la tienen, lo que, en ocasiones, conduce a decisiones incorrectas; y por último la lectura de las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia no permite extraer criterios conforme a los cuales configurar desde un punto de vista probatorio una demanda de reclamación del lucro cesante.

3. Carga de la prueba

⁴⁷ El único reflejo en la resolución de un caso que se ha podido encontrar en referencia a los criterios que marcan la indemnización del lucro cesante ha sido en la SAP de Valencia de 5 de mayo de 2015, núm. rec. 22/2015, en la que se dice que “conforme a la doctrina de esta Sala en el ámbito de la indemnización derivada por el lucro cesante (*lucrum cessans*), que dicho perjuicio, atendido un juicio de probabilidad objetivable, se pruebe con una razonable verosimilitud. Ahora bien, entendemos que sí concurre tal juicio de probabilidad en el supuesto examinado, debiendo acoger íntegramente las conclusiones establecidas por el perito, tanto por la esencial razón expuesta, cuanto porque, además, la parte demandada se limita a combatir, mediante sus propios argumentos, las conclusiones extraídas en el informe pericial”. Como se ve, la audiencia se ha limitado a decir que sí concurre tal juicio de probabilidad sin esmerarse mucho más en la justificación de su decisión.

En virtud del art. 217 LEC, la carga de la prueba de todos los extremos anteriormente mencionados del lucro cesante corresponde al que lo reclama. En relación con la carga de la prueba la SAP de Valencia de 9 de febrero de 2015, núm. rec.: 529/2014 dice: “(...), el art. 217 de la LEC, impone al actor la prueba de la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda o de la reconvencción, y a los demandados en éstas la de los que impidan extingan o enerven la eficacia de los primeros. (...) Igual carga de la prueba incumbe al actor sobre los daños y perjuicios que reclama también en la demanda por el incumplimiento contractual de contrario tanto del daño emergente y real sufrido como del lucro cesante (...), exigiendo una prueba adecuada basada en criterios de probabilidad objetiva que tengan presente el curso normal de los acontecimientos y las circunstancias del caso (SSTS 31 mayo 1983 y 30 junio 1993 entre otras).”.

4. Existencia y cuantificación del lucro

Más allá de lo ya apuntado sobre la prueba de la existencia del daño en los apartados anteriores, en el presente simplemente se va a advertir el problema conceptual que implica la necesidad de probar la existencia del lucro cesante. Los tribunales, tal y como se ha expuesto, exigen, entre otras, la prueba de la existencia del lucro. Pues bien, el lucro cesante *per se* carece de existencia porque precisamente en su definición se encuentra la frustración de su existencia. Es por ello que, creo, sería más correcto hablar de la necesidad de probar la probabilidad de su existencia.

Respecto a la cuantificación del lucro existe el mismo problema que en relación a la prueba de su existencia y es que del análisis jurisprudencial elaborado no es posible extraer un criterio o formulación general de cómo articular la prueba de la cuantía del lucro cesante. En las sentencias analizadas se echa en falta la fijación de las bases para calcular la cuantía indemnizatoria por frustración de beneficios. Y las veces que se hace se observa una falta de desarrollo y explicación pormenorizada de tales bases así como la justificación del empleo de las mismas. Todo ello explica que el perjudicado rara vez logre cuantificar a gusto del tribunal el lucro cesante reclamado.

Sin embargo, también llama la atención ver como, por dejadez o desconocimiento absoluto de la necesidad de prueba del *quantum*, en muchas ocasiones, el demandante ve desestimada su pretensión, precisamente como consecuencia de no haber cuantificado el lucro⁴⁸. Ejemplos de lo anterior los encontramos en las SSAP de: 22 de julio de 2014, núm. rec.

⁴⁸ Dejando a salvo el caso ya comentado de la SAP de Valencia de 30 de octubre de 2015, núm. rec. 260/2015 en la que el tribunal, pese a la ausencia de prueba de la cuantía, concede una indemnización por lucro cesante.

217/2014⁴⁹; 2 de julio de 2015, núm. rec. 142/2015⁵⁰; 13 de julio de 2015, núm. rec. 244/2015⁵¹; o 16 de diciembre de 2016, núm. rec. 921/2016⁵².

Otra tendencia apreciada tras la lectura de la muestra de sentencias es la ausencia⁵³ o escaso desarrollo argumentativo y descriptivo de la toma de decisiones del tribunal en relación a la cuantificación del lucro vía informes periciales. Es extraño el caso en el que la Audiencia Provincial explica los motivos que le han llevado a estimar indemnizable determinada cuantía del lucro reclamado. Un ejemplo de mala praxis judicial lo encontramos en la SAP de Valencia de 17 de junio de 2016, núm. rec. 532/2016 donde la Audiencia justifica su decisión de acoger un informe pericial y no otro en un “copy paste” de jurisprudencia entorno a la prueba del lucro cesante. “(...) nos parece más fundada la conclusión del perito de la demandada que se atiene a la cuenta de pérdidas y ganancias porque como hemos dicho en numerosas resoluciones de esta Sala: ‘El lucro cesante tiene una significación económica; trata de obtener la reparación de la pérdida de ganancias dejadas de percibir, concepto distinto del de los daños materiales (...). El lucro cesante, como el daño emergente, debe ser probado; la dificultad que presenta el primero es que sólo cabe incluir en este concepto los beneficios ciertos, concretos y acreditados que el perjudicado debía haber percibido y no ha sido así; no incluye los hipotéticos beneficios o imaginarios sueños de fortuna. (...)’”. Igualmente podemos destacar la SAP de Valencia de 25 de junio de 2014, núm. rec. 61/2014 en la que la Audiencia justifica el acogimiento de un informe pericial en la exclusión del contrario: “[e]n cuanto al lucro cesante, el Tribunal lo fija en la cantidad establecida por el dictamen pericial de la parte demandada, en 200.371,29 euros, y acoge y comparte las razones que afirmó tal perito en su dictamen para dicha fijación, pues el dictamen del actor basa el lucro cesante sobre un “Estudio de Viabilidad del

⁴⁹ “La demandante (...) procedía a proponer diversa prueba documental para acreditar (...) el lucro cesante. Esta prueba le fue rechazada en esta segunda instancia por Auto de fecha 11/6/2014 que no fue recurrido: [en el que se decía que]‘(...) [t]ampoco consta que (...) por ello deba ser condenada a unos perjuicios que no solo no constan, sino que incluso no se cuantifican, y menos reclamar un lucro cesante, que igualmente ni concreta ni fija en su importe.’”

⁵⁰ “Por ello, entendemos que no se han desvirtuado las conclusiones de la sentencia recurrida [‘Respecto del lucro cesante, si bien la actora menciona su existencia con base en los contratos de colaboración que aporta, no cuantifica el mismo, (...) por lo que no cabe hacer pronunciamiento alguno en relación con el mismo’](...)”

⁵¹ “En último lugar la parte demandante interesa la indemnización por lucro cesante en la cantidad de 7.000 euros (...). En el presente caso (...) el demandante (...) no acredita la ganancia dejada de obtener al no aportar alguna prueba que acredite mínimamente los cálculos que realiza para solicitar esa cuantía de indemnización. En definitiva, estos conceptos y cantidades reclamadas están huérfanos de prueba, y por ende no se puede conceder esa indemnización.”

⁵² “El actor pretende una indemnización de la suma expresada mas arriba (...) [y] además el lucro cesante, el beneficio que según el mismo ha dejado de obtener por no haber podido poner en funcionamiento el negocio, sin que se conozcan las bases y conceptos que ha podido tener en cuenta para realizar dicho cálculo.”

⁵³ En la SAP de Valencia de 7 de diciembre de 2016, núm. rec. 2027/2016 el tribunal, en relación al informe pericial y a lo largo de toda la sentenciase, se limita a decir lo siguiente: “Igualmente, entendemos que el gasto efectuado por la demandante para el curtido de tal mercancía, cantidad de 8.985,65 euros, (segundo pedimento de la demanda), es indemnizable por la demandada al amparo del artículo 58 del texto legal citado porque está sobradamente justificado con el dictamen pericial aportado en la demanda cuyo autor además ha intervenido en el acto del juicio. ”

Proyecto de Edificación ", (...) se obvian las circunstancias del mercado (...) y no incluye como costes, apartados relevantes, como son los de comercialización.”.

5. Valoración de la probabilidad: las reglas del “todo o nada” y de la proyección de la probabilidad del lucro cesante

Es bien sabido que uno de los requisitos de la responsabilidad civil es que exista una relación causal entre el hecho dañoso y el daño producido. Probar este requisito parece relativamente sencillo en muchas situaciones en las que entre el incumplimiento contractual y la producción del daño existe una relación de causa-efecto claramente delimitada. Sin embargo, existen otras muchas situaciones en las que se hace muy difícil afirmar que un hecho o una conducta causaron un determinado daño -ello ocurre con el lucro cesante-.

Para estos supuestos, existen en algunos sistemas jurídicos ciertas reglas que tratan de salvar estos problemas. Así, RUDA GONZÁLEZ expone que “en el Derecho angloamericano se afirma que rige la llamada “regla de la preponderancia de la prueba” (*preponderance of the evidence*). Conforme a ella, la causalidad se considera probada cuando la probabilidad de que el demandado haya causado el daño es más alta que la probabilidad de que no. Es decir, que en estos supuestos basta una probabilidad de haber causado el daño del 51% para que se pueda condenar al demandado a reparar el 100% del mismo, mientras que si la probabilidad es sólo del 49%, no habrá responsabilidad y la víctima se quedará sin nada.”⁵⁴. Este criterio también se conoce como la regla de “todo o nada”.

De la lectura de las sentencias que componen la muestra es fácil advertir que en el ámbito del lucro cesante los tribunales, a pesar de hablar de “criterios de probabilidad”, finalmente acaban decidiendo sobre la indemnización del lucro cesante con arreglo a la mencionada regla de “todo o nada”, aunque de forma matizada⁵⁵. De esta forma, una vez acreditada pericialmente la cuantía del el lucro, es indiferente que la probabilidad de obtenerlo sea del 70% o del 95% porque en ambos casos el juzgador concedería la totalidad el lucro considerado acreditado.

Llegados a este punto, parece más sensato instaurar lo que podríamos denominar como la regla de la proyección de la probabilidad porque, ¿a caso no sería más lógico, preciso y, hasta cierto punto, justo que, una vez probada la cuantía del lucro y la probabilidad de ocurrencia del mismo se indemnizara la cantidad correspondiente a dicha probabilidad?. Parece ser que sí. Según esta regla, si en el litigio resulta que la cuantía del lucro reclamado que ha sido acreditada es de 100.000€ y la probabilidad de que finalmente se produjera el mismo fuera del 80%, se concedería una indemnización de 80.000€ en concepto de lucro cesante.

⁵⁴ RUDA GONZÁLEZ, A.: “Entre todo y nada. Una visión crítica de la responsabilidad por cuota de mercado”, *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, 2003, núm. 5, pp. 13-29.

⁵⁵ El matiz deriva de que las exigencias probatorias del lucro cesante no permiten indemnizar aquel beneficio dejado de obtener que cuente con una probabilidad de haber existido del 51% puesto que en este caso sería tildado de dudoso y por ende de un sueño de ganancia no susceptible de ser indemnizado.

Dicho lo anterior, que sería lo razonable y acorde desde un punto de vista probabilístico, parece complicado que los jueces abandonen la regla del “todo o nada”, al menos en el corto plazo, porque además de ser más sencilla y menos laboriosa en su aplicación les permite prescindir del análisis probabilístico que requiere la prueba del lucro cesante.

IV. DESLINDE DAÑO EMERGENTE-LUCRO CESANTE

Como es sabido, el daño emergente es la otra partida del daño patrimonial y consiste en el daño directo e inmediato. Pues bien, a pesar de su nítida distinción en el plano conceptual, en la práctica, existen supuestos de producción de daños y perjuicios en los que no resulta nada sencillo calificar el tipo de daño frente al que nos encontramos.

Piénsese, por ejemplo, en aquellos supuestos en los que en el propio contrato ya se ha determinado tanto la cuantía como la periodicidad en la que una de las partes va a percibir la contraprestación dineraria por el cumplimiento de la prestación. Esto sucede en relación a las rentas en los arrendamientos de local, al componente fijo de las remuneraciones de agentes y distribuidores, a los honorarios de un administrador de fincas o abogado etc. En estos casos, ¿qué sucede si el arrendatario, empresario principal o cliente, respectivamente, resuelven anticipada e injustificadamente el contrato? La jurisprudencia no tiene dudas al calificar todos estos daños como lucro cesante. Parece ser que por el simple hecho de que el pago de la contraprestación se verifique en el futuro, la no percepción del mismo debe calificarse como lucro cesante⁵⁶. La clave para distinguir si nos encontramos frente a un daño emergente o a un lucro cesante, creo yo, se encuentra en saber si el crédito ya se ha integrado en el patrimonio del perjudicado al tiempo de producirse el cese de la relación contractual o no. Siguiendo un criterio rigorista, si entendiéramos que, en todos estos casos, el perjudicado ya ostentaba un derecho de crédito integrado en su patrimonio, la resolución anticipada del contrato supondría una lesión de un crédito ya integrado el mismo y por ende un daño directo e inmediato calificable como daño emergente.

Este problema de calificación, lejos de constituir una cuestión sin importancia, se configura como esencial desde el punto de vista de la defensa del demandado. Así la calificación del daño puede condicionar los mecanismos de defensa desde el punto de vista del mayor rigor probatorio que se exige para indemnizar el lucro cesante. En esta línea, el perjudicado estará siempre interesado en hacer ver al tribunal que los daños reclamados constituyen daño emergente⁵⁷, y, al contrario, el demandado que son un lucro cesante, pues en este caso, como se apuntará *infra*, las barreras defensivas de que dispone son mayores.

⁵⁶ Recordemos que no existe identidad entre daño futuro y lucro cesante.

⁵⁷P. ej.: la SAP de Valencia de 16 de diciembre de 2015, núm. rec. 269/2015: “La segunda aunque indicó que estaba cifrando un daño emergente, en realidad computaba también el lucro cesante, los que calculaba en la diferencia entre el coste real de procesamiento y el coste resultante, divididos por los kilos procesados muy inferiores a los contratados (...)”; y la SAP de Valencia de 16 de diciembre de 2015, núm. rec. 269/2015: “(...) Este motivo del recurso no puede prosperar pues (...) en el informe pericial de doña Trinidad se desglosó esta cantidad en las sumas de 196.082,50 € coste de personal ajeno a la demandada y 1.031,922,20 coste de personal interno y 75.000 por cláusula de penalización. (...). La segunda [de las cantidades del informe] aunque indicó que estaba cifrando un daño emergente, en realidad computaba también el lucro cesante, los que calculaba en la diferencia entre el coste real de procesamiento y el coste resultante(...)”.

En relación a lo anterior, no son infrecuentes los contratos en los que se insertan cláusulas de limitación de responsabilidad a tenor de las cuales se excluye la indemnización del lucro cesante. En estos casos resulta igualmente de especial relevancia la calificación del daño puesto que ello va a determinar que el mismo sea susceptible de resarcimiento o no.

En conclusión, sin ánimo de profundizar en este punto, resulta sorprendente que, a pesar de la relevancia de esta distinción, las partes, generalmente, no presten mayor atención ni dediquen mayores esfuerzos a la calificación del daño objeto del la *litis*. Tampoco la jurisprudencia ha desarrollado esta cuestión adecuadamente, contribuyendo así a mantener la incertidumbre que sobrevuela el resarcimiento del lucro cesante.

V. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1.107 DEL CÓDIGO CIVIL

1. Sentido, finalidad y alcance del precepto

Demostrada la existencia de los daños, es preciso delimitar su extensión. Para ello es necesario concretar, entre dichos daños, cuáles son, en el plano jurídico, objetivamente imputables al contratante incumplidor, y, por tanto, indemnizables, y cuáles no. De ello, de la extensión del daño resarcible, es de lo que se ocupa el art. 1.107 CC. Dispone dicho precepto en su primer párrafo que “[l]os 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”; y continúa en su segundo párrafo afirmando que “[e]n caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación”. Como se observa, se trata de un precepto compuesto por dos párrafos en los que se establecen dos sistemas diferentes de imputación de los daños en la responsabilidad contractual. El primero de ellos aborda el supuesto de la causación de daños como consecuencia de un incumplimiento no doloso (el código habla de “deudor de buena fe”), abarcando, por tanto, los supuestos de culpa o negligencia. El segundo, se ocupa de aquellos supuestos de incumplimiento contractual en los que media dolo del deudor y que, como se verá y recuerda GÓMEZ POMAR, constituyen la mayoría de los casos, dado que “todo incumplimiento voluntario es doloso para la mayoría de las resoluciones del Tribunal Supremo”⁵⁸, y por lógica extensión para la mayoría de los órganos jurisdiccionales españoles, entre ellos, la Audiencia Provincial de Valencia.

Resulta indiscutible que el referido precepto establece dos sistemas de imputación objetiva del daño diferentes atendiendo a la conducta del incumplidor. Sin embargo, no resulta pacífico, ni en la doctrina ni en la exigua jurisprudencia que existe al respecto, el alcance y verdadero sentido que ambos párrafos entrañan. Así, por un lado, se puede distinguir dos corrientes doctrinales diferentes respecto del art. 1107 I, (1) una que realiza una interpretación histórica del precepto y, por tanto, a la luz de sus antecedentes históricos y

⁵⁸ GÓMEZ POMAR, F.: “El incumplimiento contractual”, cit., p. 10.

que podríamos denominar “tesis unitaria”; y (2) otra que descansa más en la literalidad del mismo que llamaremos “tesis cumulativa”.

A) Tesis unitaria del art. 1107 I: Pothier y la doctrina del fin de protección del contrato.

Aquellos autores que defienden esta concepción del precepto entre los que se encuentra MORALES MORENO y GARCÍA-RIPOLL⁵⁹, afirman, por un lado que la previsibilidad de la que habla el precepto se refiere al fin de protección del contrato del que habla POTHIER y en palabras de DÍEZ-PICAZO “el fin de protección de la norma” la cual es siempre, por hipótesis, una norma contractual⁶⁰. Asimismo entienden que la segunda expresión del art. 1107 I, “que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento”, junto a la primera, suponen un único requisito y no dos como parece desprenderse de una lectura literal del artículo⁶¹.

Sin perjuicio de que, como se dirá más adelante, la aplicación por los tribunales españoles del art. 1107 I es muy escasa, el Tribunal Supremo parece decantarse por esta tesis en la más reciente jurisprudencia en esta materia: “[e]l lenguaje que el Código Civil emplea en dicha norma [1107 CC] no se entiende si no se relaciona con sus orígenes, pues se trata de una regla general, tomada del artículo 1.150 del Código napoleónico, sobre la base de una serie de casos expuestos por el jurista Pothier, de los que se deducía que ‘no se debe tomar en cuenta más que el daño sufrido respecto a la cosa o al hecho que era objeto de la obligación y no los que el incumplimiento de la obligación hubiera, además, ocasionado al acreedor en sus otros negocios o sus otros bienes’⁶², lo que le legislador ha incorporado al párrafo primero del artículo 1107 del Código Civil para limitar las consecuencias indemnizatorias en el caso del deudor de buena fe.” (STS de 29 de junio de 2015, núm. rec. 1553/2013).

B) Tesis cumulativa del art. 1107: doctrina de la previsibilidad y de la causalidad necesaria

A diferencia de la concepción anterior, aquellos que defienden la que hemos denominado tesis cumulativa como MANRESA y CARRASCO, entienden que, como se desprende de la literalidad del precepto, el art. 1107 I contiene dos requisitos que deben concurrir de forma cumulativa para que el daño en cuestión sea indemnizable. Así la parte que incumple lo pactado en ausencia de dolo responderá de aquellos daños previstos o que se hayan podido prever por un contratante medio –previsibilidad objetiva- al tiempo de constituirse la

⁵⁹ GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M.: *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*, Comares, Granada, 2008, p. 147.

⁶⁰ DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Civitas, Madrid, 2012, p. 785.

⁶¹ La respuesta al verdadero sentido de la expresión, la encuentran los valedores de esta tesis en el comentario de GARCÍA GOYENA al art. 1016 del Código Civil de 1851⁶¹, precepto del que proviene la misma. Así, parece que García Goyena, no pretende referirse a la proximidad del curso causal, sino expresar la exigencia de conexión entre el contrato y el daño, de tal modo que el lucro cesante indemnizable debe ser un lucro que pertenezca al objeto del contrato, debe ser “consecuencia inmediata, necesaria e inevitable del contrato”. No así una “cosa extrínseca, accidental, ajena al contrato”.

⁶² En ese fragmento se observa como el TS habla del objeto del contrato y no del plano de la causalidad.

obligación y que, además, sean causalmente consecuencia necesaria del incumplimiento del contrato⁶³.

C) Art. 1107 II: el concepto de dolo

En relación al párrafo segundo del art. 1107, las diferencias se centran en qué es lo que se debe de entender por dolo a los efectos de dicho artículo. Resulta incontrovertible que por incumplimiento doloso se debe entender aquel incumplimiento voluntario y consciente del deudor –sin que sea necesaria una voluntad de dañar-. En la práctica, por tanto, la gran mayoría de los incumplimientos son dolosos, aunque no se aplique el régimen jurídico del dolo en su integridad. Esto hace que se plantean serias dudas interpretativas puesto que si se entendiera el dolo del que habla el art. 1107 II CC como la simple voluntad de incumplir, casi todos los supuestos de incumplimiento contractual tendrían encaje en el mismo de modo que la parte incumplidora pasaría a tener que responder de todos aquellos daños que conocidamente se deriven de su incumplimiento, lo cual parece desproporcionado en muchos supuestos.

Dado este conflicto, alternativamente MORALES MORENO entiende que, a los efectos del mencionado precepto, dolo no es equivalente a incumplimiento voluntario, sino que, en este caso, dolo “[e]s un acto de incumplimiento del contrato, causante de daños a bienes o intereses del acreedor que se sitúan más allá del interés protegido por el contrato, y que por la intención del sujeto, que directamente pretende causar un daño al otro, o por la propia antijuridicidad del acto justifica una imputación de responsabilidad al deudor fundada en la ilicitud de su conducta y no exclusivamente en el hecho del incumplimiento.”. Es decir, MORALES plantea que, en este caso, el comportamiento doloso del deudor va más allá del mero incumplimiento y por ello justifica una respuesta más contundente por parte del ordenamiento⁶⁴.

D) Conclusiones

Sea cual fuere el verdadero sentido del art. 1107 CC, lo que es evidente es que el esquema conceptual del precepto parece casar más con la partida del daño emergente que del lucro cesante y ello por que desde el punto de vista de la regla de la previsibilidad, de la causalidad necesaria y, del fin de protección del contrato, es harto más sencillo demostrar que los daños y perjuicios ocasionados directamente en el patrimonio del acreedor eran previsibles o se encontraban dentro del ámbito definido por el fin de protección del contrato por y para un observador imparcial y razonable. Al contrario, no son pocos los supuestos en los

⁶³ El segundo de los requisitos, si verdaderamente debe entenderse según el sentido literal de la norma, creo que es innecesaria su inclusión por cuanto ningún daño es indemnizable si no es consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento puesto que faltaría el nexo causal, sea el incumplimiento doloso o no.

⁶⁴ Es por ello, que viene a decirnos que mientras que la regla del art. 1107 I supone atribuir carácter neutro al incumplimiento de forma que éste no determina más consecuencias que la de indemnizar los daños correspondientes al fin de protección del contrato; la función del art. 1107 II es, dada la mayor reprochabilidad y potencialidad dañosa de las conductas dolosas, ampliar el ámbito de imputación de los daños indemnizables más allá de los intereses comprendidos en el fin de protección del contrato. Todo ello respetando siempre la función resarcitoria que nuestra concepción del sistema de daños otorga a la indemnización de daños y perjuicios y por ende sin llegar a alcanzar una función punitiva.

que resulta muy complicado probar que los daños reclamados en concepto de lucro cesante, eran daños previsibles objetivamente en el momento de contratar o que se incluían dentro del fin de protección del contrato, máxime cuando el lucro cesante, por definición es un daño que no encuentra su reflejo inmediato en el patrimonio del acreedor.

En definitiva y en relación al lucro cesante, podemos concluir que, de la lectura conjunta de los arts. 1106 y 1107 junto con la jurisprudencia que los interpreta, resultan dos restricciones a su indemnización. La primera de ellas, que se refiere a la existencia del lucro cesante y se deriva del art. 1106 CC, consiste en la necesidad de probar que las ganancias dejadas de percibir que se reclaman se hubieran producido con una probabilidad rayana a la certeza. La segunda, que opera en el plano de la extensión cuantitativa del daño una vez se ha salvado la primera restricción, implica que: (i) si no media dolo en el incumplimiento contractual y, por tanto, el deudor lo es de buena fe, únicamente es indemnizable aquel lucro que fuera previsible al tiempo de contratar por un observador razonable o, según los partidarios de la tesis unitaria, se encuentre dentro del fin de protección del contrato (art. 1107 I CC); (ii) ahora bien, si el incumplimiento fuera doloso el requisito de la previsibilidad del daño desaparece teniendo el deudor, en ese caso, que indemnizar todos los daños “que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación” (art. 1107 II CC). Es por ello que la conclusión a la que se debe llegar es que si los tribunales aplicaran con mayor asiduidad o, simplemente, aplicaran el art. 1107 los supuestos en los que el lucro cesante es indemnizado se reducirían notablemente.

2. Reflejo en la jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Valencia

Más allá de las disputas doctrinales que pueda generar la deficiente redacción del artículo 1107 CC, lo cierto es que el precepto carece totalmente de relevancia práctica tanto en el plano del daño emergente como en el del lucro cesante. Si bien es cierto que tanto las partes como la propia Audiencia Provincial citan de forma genérica este precepto, no lo es menos que a la hora de resolver no se aplica en ninguno de los casos analizados.

No obstante lo anterior, a pesar de no aplicar en la práctica el mencionado artículo, de sus resoluciones, sí podemos advertir qué línea doctrinal parece seguir la Audiencia Provincial de Valencia. Así pues, en relación al art. 1107 CC la Audiencia se ha pronunciado en los siguientes términos: “[l]a ganancia perdida, o lucro cesante, ha de tener una relación de causalidad necesaria con el acto dañoso del responsable (artículo 1106 y 1107 CC), correspondiendo a quien la alega, el perjudicado, la prueba de su existencia real y del nexo causal (artículo 217 LEC).” (p.ej. SSAP de Valencia de 21 de enero de 2014, de 24 de junio de 2014, de 22 de septiembre de 2015 y de 26 de enero de 2016).

De lo anterior parece desprenderse que la Audiencia sigue el planteamiento doctrinal defendido por MANRESA y CARRASCO y mantenido en algunas sentencias por el Tribunal Supremo ⁶⁵ al entender que el art. 1107 I se compone de dos requisitos de imputación cumulativos y diferentes, el segundo de los cuales (“y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento”) se mueve en el plano de la causalidad y no, como defiende MORALES en el ámbito del fin de protección del contrato.

⁶⁵ SSTS 16 de julio de 1982 y 29 de marzo de 2001.

Dado que la total inaplicación del art. 1107 CC se trata de un hecho, cuanto menos, llamativo, estimo interesante tratar de esgrimir cuáles pueden ser los motivos que han desembocado en esta práctica generalizada en todos los órganos jurisdiccionales del territorio español, empezando por el Tribunal Supremo.

- 1) En primer lugar, es posible que la inutilidad práctica de dicho precepto encuentre su razón de ser en la dificultad de comprensión que entraña el propio precepto y que se ve reflejada en las distintas disputas doctrinales existentes entorno al verdadero significado del mismo.
- 2) En segundo lugar, el que las partes del proceso, centren exclusivamente su atención en probar escrupulosamente la existencia del lucro cesante y, en el mejor de los casos, su razonable cuantificación, omitiendo así cualquier referencia a la cualidad del deudor *ex art. 1107 CC*, esto es, si, en atención de las circunstancias del caso y de la conducta del incumplidor, se considera “deudor de buena fe” o deudor doloso, hace que los tribunales, en virtud del principio dispositivo que impera en el orden jurisdiccional civil, no se esmeren en justificar la extensión de los daños indemnizables conforme a los criterios de imputación objetiva previstos en el art. 1107 CC.

Este hecho es llamativo porque cuesta creer, por una parte que el letrado de la parte incumplidora, en todos los casos estudiados, no introduzca en el pleito como barrera defensiva frente a la pretensión resarcitoria de la contraparte la ausencia de previsibilidad del daño que se reclama; y por otra que la parte demandante del lucro cesante no trate de justificar que el incumplimiento es doloso⁶⁶, sobre todo cuando, como ya se ha dicho, la mayoría de incumplimientos según el parecer del Tribunal Supremo, lo son.

Numerosos son los casos en los que habiéndose concedido la indemnización podrían haber acabado sin ella si el deudor hubiera argumentado la ausencia de previsibilidad. Del mismo modo también podemos encontrar algún caso aislado como el que resuelve la SAP de Valencia de 8 de septiembre de 2016, núm. rec. 365/2016, en el que siendo doloso el incumplimiento del contrato de arrendamiento de local comercial se excluye de la indemnización como daño emergente los intereses pagados por la financiación proporcionada por Banco Popular destinada a la puesta en marcha del negocio que instaló en el mencionado local. En primer lugar, la Audiencia acoge

⁶⁶ Como ejemplo de ello tenemos la SAP de Valencia de 7 de diciembre de 2016, núm. rec. 2027/2016, en la que el apelante afirma “que la parte contraria no imputó en su demanda la actuación dolosa de la demandada, y que ahora en apelación no puede defender tal calificativo en la actuación de KUEHNE.” No obstante ello, siendo la única sentencia de la muestra analizada en la que se hace referencia a la existencia de dolo del deudor, lamentablemente no se resuelve conforme a las reglas generales previstas en el CC entre las cuales se encuentra el art. 1.107 II CC por ser de aplicación, como ya se ha visto en el epígrafe relativo al “Régimen jurídico aplicable”, la normativa imperativa específica prevista en la LCTTM. Así “[l]a Sala no puede acoger tal planteamiento, pues la entidad actora reclamó todo el daño y perjuicio causado sin limitación alguna y en la fundamentación jurídica esencial de tal pliego se fijaron los preceptos de Ley de Contratos de Transporte Terrestre, entre ellos (...) el artículo 62 del Texto legal, por lo que con tal petición resulta claro y evidente que sostuvo desde el principio, que no era de aplicación límite de responsabilidad del porteador alguno y (...) [e]n consecuencia resulta improcedente la aplicación del artículo 57 de la meritada Ley de limitación de responsabilidad (...).”

la pretensión de la parte actora relativa a la resolución contractual por incumplimiento del arrendador al no haber resultado adecuado el local arrendado al fin a que se destina (café-bar). Al respecto solicita la actora que se le indemnice en las siguientes cantidades: 7.562,72 euros en adecuación del local, 9.000 euros en adquirir licencias, maquinaria y enseres de la anterior titular de la explotación, por lo que satisfizo 2.014,09 euros en concepto de intereses abonados por la financiación proporcionada por Banco Popular, 10.000 euros en que incurrió por el traslado a otro local como consecuencia del riesgo que presentaba el que era objeto del contrato litigioso, 697,71 euros por la refinanciación del préstamo. Por tanto el quantum indemnizatorio que se solicita “asciende a 29.274,52 euros, a lo que agrega, en calidad de lucro cesante 95.611,32 euros, según informe económico pericial que acompaña”. Por su parte, la Audiencia estima que “[en] cuanto a la reclamación de daños y perjuicios que formula la parte actora, a la vista de la doctrina jurisprudencial en desarrollo de los artículos 1.101, 1.106, 1.107 del Código Civil, (...) debe estimarse de una manera parcial, en lo que derive directamente del incumplimiento del arrendador que se reconoce en esta resolución, y en este sentido, (...) han de ser tenidos en cuenta únicamente los invertidos directamente en el acondicionamiento del local y en la posibilidad de desarrollo en el mismo de la actividad para el que fue arrendado, sin incluir los intereses derivados de préstamos, pues este es el objeto del contrato que se declara resuelto (...). No procede estimar lo relativo a la inversión para desarrollo de la actividad en otro local diferente y arrendado con posterioridad, pues queda fuera del ámbito propio del contrato objeto de este procedimiento. En consecuencia se estima exigible por esta vía el importe total de las partidas acreditadas en concepto de adecuación del local por 7.562,72 euros, y en la adquisición de licencias, maquinarias y enseres de la anterior titular de la explotación, por un importe de 9.000 euros, lo que arroja una cantidad de 16.562,72 euros.”.

La Audiencia Provincial, por tanto, estima que son indemnizables únicamente aquellos daños que se encuentren dentro del ámbito de protección del contrato y, por ende, que se refieran estrictamente a su objeto, como si de un incumplimiento no doloso se tratara. Creo que el tribunal yerra en este punto puesto que queda muy claro que el incumplimiento es doloso en tanto en cuanto se ha probado que el arrendador oculta el estado ruinoso del local, acreditado por expediente de ruina en el Ayuntamiento de Valencia, ante el cual muestra una pasividad total. En esta línea, la Audiencia correctamente entiende que ha existido incumplimiento del contrato por inhabilidad del objeto, pero lo que le falta es anudar las consecuencias jurídicas que el art. 1107 II prevé para el deudor doloso (“en caso de dolo responderá el deudor de todos los [daños] que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación”).

- 3) En tercer lugar, enjuiciar el lucro cesante ocasionado como consecuencia de un incumplimiento contractual que a su vez genera la frustración de los beneficios derivados de ulteriores negocios o circunstancias ciertamente alejados del objeto del contrato bajo el criterio de la *previsibilidad* es una tarea ardua y extremadamente compleja si tenemos en cuenta que, por definición, el lucro cesante es incierto e hipotético.

VI. EL DEBER DE MITIGAR EL DAÑO COMO LÍMITE A LA INDEMNIZACIÓN DEL LUCRO CESANTE

1. Concepto, naturaleza y función de la carga de mitigar el daño

El deber de mitigar el daño, como apunta SOLER PRESAS, “exige al acreedor del resarcimiento la adopción de todas aquellas medidas que, atendidas las circunstancias del caso, se estimen razonables para evitar⁶⁷ o paliar la propagación de las consecuencias del daño causado”⁶⁸, de forma que si el acreedor incumple dicha carga⁶⁹ éste no podrá ser indemnizado en aquellas pérdidas que pudieron haberse evitado o minorado. Se trata, por tanto, de un criterio de especial relevancia y esencial, junto con el art. 1107 CC, a efectos de determinar la extensión cuantitativa de la indemnización o el *quantum respondatur*.

Otra de las implicaciones de dicho deber y que deriva del principio de reparación integral del daño, es que el acreedor perjudicado tiene derecho a que se le reembolsen, a expensas del deudor, los gastos necesarios realizados al adoptar las medidas que razonablemente fueran necesarias en el caso concreto para reducir o evitar los daños, con independencia de la eficacia de las mismas. De este modo el coste de las medidas mitigadoras pasan a constituir una partida más dentro de la indemnización⁷⁰.

En cuanto a los orígenes de este principio de mitigación del daño, los encontramos en POTHIER y su famoso ejemplo de la vaca enferma que contagia al resto del ganado. En este ejemplo, el jurista francés considera que aún en los casos de dolo del vendedor, en los que, como se ha dicho, el deudor doloso responde de todos los daños que conocidamente se deriven del incumplimiento, éste no ha de resarcir la pérdida de la cosecha sufrida por el

⁶⁷ La doctrina mayoritaria y dominante en la actualidad, de la que participan autores como SOLER PRESAS (“El deber de mitigar el daño”, p. 960) y MORALES MORENO (*Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, p. 180), entiende que la carga de mitigar el daño tiene un doble campo de actuación temporal, de tal forma que el perjudicado no sólo debe de procurar reducir los daños una vez éstos ya se han producido, sino que además, incluso en un momento anterior, acaecido el incumplimiento, debe tratar de evitar que el daño llegue a producirse. De esta forma la regla de mitigar el daño entraña una doble conducta: evitar el nacimiento del daño y reducir los daños una vez se han producido. En esta línea afirma DIEZ-PICAZO (*Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 322) que “el deber o la carga de reducir o mitigar los daños pesa sobre el eventual perjudicado desde el momento en que es previsible la producción misma del daño y subsiste, tras la producción de éste, respecto de sus consecuencias o secuelas”. Sin embargo, otros autores como CARRASCO PERERA mantienen que el deber de mitigar el daño se circunscribe exclusivamente a minorar el daño una vez éste ya se ha producido. Consecuentemente para la tesis dominante el momento relevante ante un supuesto de mitigación del daño es el hecho cierto del incumplimiento, no el de la efectiva producción del daño.

⁶⁸ SOLER PRESAS, A.: “El deber de mitigar el daño (A propósito de la STS [1.ª] de 15 de Noviembre de 1994), *Anuario de derecho civil*, 1995, Vol. 48, núm. 2, p. 960.

⁶⁹ No se trata de una obligación jurídicamente exigible, sino de una carga (*onere* o *eine blosse*) que tiene el acreedor de una indemnización de daños y perjuicios.

⁷⁰ Así lo viene reconociendo el Tribunal Supremo desde hace varios lustros, en la STS de 14 de mayo de 2003, núm. rec. 2717/1997: “Este Tribunal debe manifestar que al amparo de los arts. 1124, 1101 y 1106 del Código Civil invocados en el motivo del recurso y, en su día en la demanda, se han de valorar la totalidad de los perjuicios padecidos con el fin de alcanzar una reparación integral, incluyéndose el importe y los gastos derivados del negocio de sustitución o compraventa de reemplazo”.

comprador porque, muertos sus bueyes, no haya podido cultivar sus tierras, ni la pérdida de éstas porque la falta de ingresos le impida pagar sus deudas, puesto que estos daños pueden tener otras causas. El comprador, opina Pothier, pudo prevenir la pérdida de la cosecha comprando o alquilando otros bueyes que arasen sus fundos, o arrendando las tierras que no vaya a cultivar⁷¹.

Por lo que se refiere a su positivación en el ordenamiento jurídico español, a diferencia de algunos textos de Derecho uniforme⁷², nuestro Código Civil no recoge expresamente en ninguno de sus artículos el deber de mitigar el daño⁷³. No obstante, se trata de un principio con plena vigencia en nuestro ordenamiento jurídico y que la doctrina mayoritaria conecta con el principio general de la buena fe (art. 7.1 CC)⁷⁴.

En definitiva, tal y como resume acertadamente PÉREZ VELÁZQUEZ la carga de mitigar el daño contiene “tres reglas diferentes que se encuentran íntimamente relacionadas: a) la parte que sufre un daño debe adoptar toda medida razonable para mitigar las pérdidas y no puede obtener el resarcimiento de aquellas que pudo razonablemente evitar; b) el perjudicado que adopta las medidas mitigadoras no tiene derecho a una indemnización por los no soportados, aunque las medidas adoptadas para evitarlo hayan excedido de las razonablemente exigibles; c) el perjudicado tiene siempre derecho al reembolso de los gastos razonables realizados para mitigar, con independencia de que lo haya logrado”⁷⁵.

La carga de mitigar el daño se configura así como un elemento defensivo puesto al servicio del deudor incumplidor cuya enorme importancia contrasta con el escaso uso que tiene en los tribunales y, en especial e incomprensiblemente, en materia de lucro cesante ya que como apunta MORALES MORENO, “por las características propias del lucro cesante que hacen que el mismo pueda extenderse en exceso, la aplicación del deber de mitigar el daño cobra especial relevancia”⁷⁶. Este deber, en la práctica, implica que si el deudor logra probar⁷⁷ que el acreedor del resarcimiento pudo razonablemente haber evitado la causación del daño o minorado sus efectos, únicamente responderá de la diferencia existente entre

⁷¹ SOLER PRESAS, A.: “El deber de mitigar el daño”, cit., p. 962.

⁷² Arts.77 de la convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, 7.4.8 de los Principios Unidroit y 9:505 de los Principios de Derecho Contractual Europeo.

⁷³ A pesar de ello, el hecho de que se trate de una regla utilizada por la jurisprudencia junto a su consagración en los textos del Derecho uniforme, ha sido determinante para que haya sido incluida por la Comisión General de Codificación en el art. 1211 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos de 2009, el cual reza: “[n]o responderá el deudor del daño que el acreedor hubiera podido evitar o reducir adoptando para ello las medidas requeridas por la buena fe, pero deberá resarcir los gastos razonablemente ocasionados al acreedor con tal fin, aunque las medidas hayan resultado infructuosas.”.

⁷⁴ SOLER PRESAS, A.: “El deber de mitigar el daño”, cit., p. 964. Igualmente, indica SOLER PRESAS que cuestiones de política social y económica “exigen la promoción del uso cuidadoso de los recursos desincentivando, con la exclusión del resarcimiento, que el agraviado sufra pasivamente una pérdida que puede ser evitada con un esfuerzo razonable” (p. 961).

⁷⁵ PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P.: “La carga de evitar o mitigar el daño derivado del incumplimiento del contrato”, *InDret*, 2015, núm.1, p. 20.

⁷⁶ MORALES MORENO, A. M.: *Incumplimiento del contrato*, cit., p. 181.

⁷⁷ La doctrina es unánime al entender que es a la parte que ha incumplido el contrato a la que le corresponde la carga de la prueba de que la contraparte no ha adoptado las medidas razonables para mitigar sus daños, puesto que es quien se beneficiaría de la reducción de la indemnización en proporción a los daños que eran evitables.

los daños efectivamente irrogados como consecuencia de la falta de cumplimiento del contrato y aquellos que razonablemente podrían haberse evitado en cumplimiento del deber de mitigar el daño, además de los gastos razonables en que hubiere incurrido el perjudicado para evitar o minorar tales daños con independencia de que los mismos hubieren resultado útiles o no.

Por su parte, por medidas mitigadoras debemos entender todas aquellas acciones llevadas a cabo por la parte perjudicada con una finalidad paliativa de la extensión cuantitativa y/o cualitativa de los daños⁷⁸. Dichas medidas pueden ser de muy diverso tipo, siendo la más frecuente la realización de una operación sustitutoria o de reemplazo. A su vez, la operación de reemplazo⁷⁹ es una figura a través de la cual el acreedor puede obtener una sustitución de la prestación debida y no efectuada por el deudor. Ella permite a la parte afectada concluir provisionalmente la relación contractual incumplida, obteniendo la prestación que de ella esperaba y liquidándola con el objeto de fijar límites ciertos a las consecuencias perjudiciales de ese incumplimiento. Sin embargo, la forma de llevar a cabo tal reemplazo es múltiple, si bien, el común denominador de estas formas de reemplazo es el hecho de que existe un contrato que sustituye al incumplido, celebrado con la finalidad de satisfacer el interés de cumplimiento del acreedor. La operación de reemplazo presenta dos características importantes: (1) el negocio de cobertura tiene una función clara y exclusiva que es cubrir el incumplimiento del deudor y resguardar el interés del acreedor; (2) la prestación sustitutiva se obtiene de un tercero. Por último, a los efectos que aquí interesan, sin perjuicio del principio de relatividad de los contratos, la operación de reemplazo tiene una eficacia indirecta sobre el contrato originariamente incumplido y es que, como medida mitigadora del daño que es, debe tenerse en cuenta a la hora de fijar el *quantum respondatur* en un doble sentido: primero, en el sentido de que el daño cubierto por dicho negocio de reemplazo no es resarcible y; segundo, en el sentido de que el coste en que haya incurrido el perjudicado para concluir el negocio de reemplazo debe ser sufragado por el deudor incumplidor como si de una partida más del daño se tratara.

Como ya se ha dicho, el hecho de que no exista una positivación de la regla de mitigar el daño en nuestro ordenamiento no ha impedido que los tribunales de justicia la apliquen con relativa frecuencia. El origen jurisprudencial del deber de mitigar el daño parece encontrarse, en opinión de SOLER PRESAS⁸⁰, en la STS de 15 de noviembre de 1994, a partir de la cual podemos encontrar numerosas sentencias en todas las instancias que aplican la referida regla mitigadora, aunque resulta muy poco frecuente que los tribunales se refieran a ella expresamente.

A propósito de la referida sentencia del Tribunal Supremo surge un interrogante que, aún en la actualidad, no ha encontrado una respuesta uniforme por la doctrina. Se discute si el deber de mitigar el daño comprende tanto la evitación o mitigación de la propagación del daño como el deber de evitar incluso el nacimiento del daño tras el incumplimiento contractual, o exclusivamente el deber de minorar los daños una vez éstos han aparecido. Es cierto, y así se ha advertido anteriormente, que la doctrina mayoritaria entiende que la carga de mitigar el daño se mueve en dos momentos temporales, a saber: antes de la

⁷⁸ PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P.: “La carga de evitar”, cit., p. 28.

⁷⁹ MORALES MORENO, A. M.: *Incumplimiento del contrato*, cit., pp. 182-184;

⁸⁰ SOLER PRESAS, A.: “El deber de mitigar el daño”, cit., p. 960.

producción del daño con el deber de evitar que éste se genere, y después del hecho dañoso con el deber de minorar la expansión del mismo. Opina lo contrario CARRASCO PERERA quien mantiene, en relación a dicha sentencia, que si bien formula por primera vez formalmente la carga de minimizar los daños “no se trataba propiamente de un caso de esta clase, porque la carga que se reprocha al acreedor haber incumplido era anterior a la producción del daño”⁸¹.

Enunciadas ambas posturas surgen algunas dudas al respecto:

- i) Por un lado, en principio, entender el deber mitigar el daño en un sentido amplio de forma que se engloben en dicha regla tanto la carga de minorar el daño ya producido como tratar de evitar el daño que podría ocasionarse como consecuencia del incumplimiento, puede acarrear una serie de consecuencias ciertamente desproporcionadas. Así, no es cuestionable que, en la inmensa mayoría de incumplimientos contractuales siempre van a existir alternativas que razonablemente el acreedor del resarcimiento podría haber empleado para evitar la causación del daño o minorarlo, incluso antes de que se produjera. Supondría por tanto una medida que reduciría considerablemente las consecuencias que el incumplimiento de lo pactado acarrearía para el deudor, reduciendo así la innegable fuerza inhibitoria del incumplimiento que la indemnización de daños y perjuicios ejerce sobre el deudor de una determinada relación obligatoria. Así, se incrementan las probabilidades de que un determinado deudor encuentre mayores incentivos para incumplir determinado deber de prestación en su propio beneficio. De este modo parece que, ante la aparente facilidad con la que el deudor puede probar la existencia de operaciones de reemplazo, se esté imponiendo una verdadera obligación jurídica al acreedor perjudicado de evitar o mitigar los daños antes de que aparezcan, pues de lo contrario se arriesgaría a perder la indemnización de los daños y perjuicios que le han sido irrogados a cambio del coste –si es que lo hubiere⁸²- de la medida mitigadora que razonablemente debería haber empleado. Creo que este es el razonamiento que lleva a CARRASCO PERERA a concluir que el deber de mitigar el daño opera una vez acaecido el daño derivado del incumplimiento del contrato, y que va dirigido únicamente a tratar de minimizar esos daños, que en ese momento, ya existen y son indemnizables por el incumplidor.
- ii) No obstante lo anterior, por otro lado, es cierto que tampoco parece tener sentido que el deber de mitigar el daño, derivado de la buena fe contractual, exija actuar al acreedor sólo en el momento en el que se verifique el daño y no antes si, atendidas las circunstancias concurrentes en el caso concreto, era razonable esperar que el mismo se podía producir.

En definitiva, en la actualidad la figura de la carga de mitigar el daño sigue presentando en su seno una complejidad y unos matices que hacen que continúe siendo objeto de disputa doctrinal. Y es por ello que creo que el juzgador debe valorar las circunstancias

⁸¹ CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de contratos*, Aranzadi/Thomson- Reuters, Cizur Menor (Pamplona), 2010, p. 1261.

⁸² Piénsese en el caso en el que el negocio de reemplazo coloque a la parte que sufre el incumplimiento contractual en una mejor posición patrimonial de la que estaría de haberse cumplido el contrato. En este caso, no existiría ningún tipo de daño, pues al contrario, dicha parte obtendría un beneficio como consecuencia de la medida mitigadora.

concurrentes en el caso concreto desde el prisma de la razonabilidad con el fin de evitar que esta regla se emplee de forma abusiva por la parte incumplidora de un contrato.

2. Reflejo en la jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Valencia

La Audiencia Provincial de Valencia, al igual que venía haciendo el TS, sin citar expresamente el deber de mitigar el daño sí alude a él en numerosas sentencias de las que cabe destacar las siguientes:

- 1) SAP de Valencia de 2 de noviembre de 2015, núm. rec. 539/2015: “Concluida la procedencia de la declaración de resolución del contrato de arrendamiento, combate la recurrente el quantum indemnizatorio, tiene dicho el Tribunal Supremo en sentencia de 30 de julio de 2012: ‘(...) 53. Ello, claro está, sin perjuicio del deber del acreedor de minimizar razonablemente los daños derivados del incumplimiento -en este sentido el artículo 1211 de la Propuesta de Modernización dispone que "no responderá el deudor del daño que el acreedor hubiera podido evitar o reducir adoptando para ello las medidas requeridas por la buena fe, pero deberá resarcir los gastos razonablemente ocasionados al acreedor con tal fin, aunque las medidas hayan resultado infructuosas", y el artículo 9:505 de los Principios de Derecho europeo de los contratos que "(1) La parte que incumple no responde de las pérdidas sufridas por el perjudicado en la medida en que éste hubiera podido mitigar el daño adoptando medidas razonables.’

Esta exigencia tiene especial importancia, ya que cuando el perjudicado observa la más absoluta pasividad frente al incumplimiento de la contraparte, y no acude a un negocio de reemplazo, singularmente cuando se trata de bienes fungibles o existen en el mercado otros equivalentes, el lucro cesante no puede imputarse exclusivamente a quien incumplió. (...) Sobre la base de estas premisas, en orden a la determinación de la indemnización (...) del (...) lucro cesante, la jurisprudencia ha realizado una interpretación acorde a una equilibrada y adecuada indemnización, evitando que incurriera en un supuesto de enriquecimiento injusto”. (F.D 4º).

Este caso versa sobre el enormemente frecuente supuesto de resolución unilateral e injustificada de contrato de arrendamiento de local comercial por parte de la arrendataria. En este concreto litigio, la arrendataria funda la resolución argumentando que la explotación del café-bar (destino del inmueble arrendado), resultó imposible a consecuencia de su enfermedad y los malos resultados obtenidos cuando se dejó la explotación a cargo de terceros. La Audiencia concluye que la resolución unilateral es, en efecto, injustificada y declara resuelto el referido contrato de arrendamiento de local comercial por el incumplimiento de la arrendataria de la obligación de abonar las rentas pactadas. Para fijar el quantum indemnizatorio emplea conjuntamente, con cita de una sentencia del Tribunal Supremo, el deber de mitigar el daño (“deber del acreedor de minimizar razonablemente los daños derivados del incumplimiento”) y la ya estudiada aplicación analógica del art. 11 LAU. Finalmente, el tribunal “considera lo más ajustado

fijar en dos⁸³ mensualidades de renta o su parte proporcional por cada año que restase para la conclusión del contrato(...). En consecuencia, restando 4 años y cinco meses para la conclusión del contrato desde la última renta pagada, y siendo la renta de 1564'31.-€, resulta un total de 26.332'56.-€”.

Sobre el contenido de la sentencia cabe apuntar que la Audiencia, en este caso concreto, parece no tener muy claro el verdadero sentido y fundamento de la carga de mitigar los daños. Por un lado, al aseverar que en los casos en los que el agraviado “observa la más absoluta pasividad frente al incumplimiento de la contraparte (...), el lucro cesante no puede imputarse exclusivamente a quien incumplió” parece confundir el deber de mitigar el daño con la concurrencia de culpas, siendo ambas figuras distintas a pesar de que las dos cumplen una función limitadora de la cuantía indemnizatoria. Así, la mitigación tiene como presupuesto básico que el daño sea exclusivamente imputable al que lo provoca, de forma que la carga nace de forma autónoma y con posterioridad a la producción del daño. En este sentido, como bien señala SOLER PRESAS “el deber de mitigar el daño surge en cabeza del acreedor del resarcimiento en un momento posterior. Su aplicación presupone que el daño haya sido causado exclusivamente por el comportamiento del demandado, sin que pueda imputarse la posterior extensión o propagación de las consecuencias de dicho daño a un nuevo curso causal introducido por el demandante”⁸⁴. En cambio, la concurrencia de culpas engloba aquellos supuestos en los que, tanto el comportamiento culposo del deudor incumplidor como el del perjudicado contribuyen conjuntamente a la causación del daño. Al concurrir la participación de ambas partes, el incumplidor sólo responde en la proporción que le sea objetivamente imputable. De este modo, la concurrencia de culpas no es autónoma y posterior a la producción del daño sino, al contrario, dependiente y concurrente a dicho momento. Dicho esto, de los hechos de la resolución se desprende que del daño (el impago de rentas) es exclusivamente responsable la arrendataria en tanto es la que decide resolver unilateralmente el contrato de manera injustificada y consecuentemente deja de abonar las rentas que se pactaron en el contrato.

Por otro lado, el tribunal también parece desconocer, en esta resolución, el papel del deber de mitigar el daño en lo que a la limitación cuantitativa de la indemnización en los supuestos de resolución de contrato de arrendamiento de local se refiere, ya que es cuestión pacífica en la doctrina científica y así lo viene reconociendo el Tribunal Supremo desde la STS de 18 marzo del 2010 (JUR 2010, 100321) que en estos casos, la privación de la indemnización del acreedor de aquellas rentas posteriores al tiempo en que pudo razonablemente haber realizado un alquiler de reemplazo no se fundamenta en el principio de la prohibición de enriquecimiento injustificado sino en el deber de mitigar el daño y éste, a su vez, en el principio general de la buena fe. Por tanto, toda referencia a la prohibición del enriquecimiento injusto como base de la limitación del *quantum respondatur* en estos casos

⁸³ Como ya se ha advertido en el epígrafe dedicado al estudio de la prueba del quantum indemnizatorio: “Es criterio de esta Sala en los casos de resolución unilateral de contrato de arrendamiento de inmueble para uso distinto de vivienda, fijar una indemnización a favor del arrendatario que ve frustradas sus expectativas, a razón de dos o tres meses de renta por anualidad incumplida (...)” (ST N° 4) y en este caso lo fija en dos atendiendo a las concretas circunstancias del caso.

⁸⁴ SOLER PRESAS, A. : “El deber de mitigar el daño”, cit., p. 963.

deviene contraria al parecer general de la doctrina y a la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Finalmente se menciona el “negocio de reemplazo” como medida mitigadora por antonomasia en términos generales, pero más aún si cabe en el caso de desistimiento del arrendatario en contratos de arrendamiento de local, donde la nueva puesta en arriendo del local, tras el incumplimiento de la arrendadora, se estima necesario para poder reclamar la indemnización de los perjuicios irrogados. En definitiva, lo que no se puede pretender por parte del arrendador, es recibir la totalidad de rentas, o mejor dicho, el beneficio neto, que hubiera obtenido de haberse cumplido íntegramente el contrato, precisamente porque, ante el incumplimiento del arrendatario y por mor del deber de mitigar el daño, el arrendador debe reducir el daño tratando de, atendiendo a un razonable esfuerzo, arrendar de nuevo el local de negocio, de tal forma que las rentas susceptibles de ser reclamadas (descontados los gastos necesarios para generarlas), teóricamente, serían únicamente aquellos que medien entre el incumplimiento contractual y el nuevo arrendamiento del local. Ahora bien, en la práctica no siempre funciona así. Unas veces porque la demanda se resuelve antes de que se logre volver arrendar el local, y otras porque no se demuestra que el arrendador haya cumplido con la carga de mitigar el daño dejando pasar el tiempo sin buscar nuevos interesados en su local. En uno y otro caso, el juez debe resolver observando criterios de razonabilidad, atendiendo al tiempo que, dadas las circunstancias concretas del caso, prudentemente tardaría en arrendarse un local de las mismas características que el del objeto del litigio. De ahí a que el Tribunal Supremo inicialmente, y a raíz de él, la Audiencia Provincial de Valencia hayan establecido ciertos criterios a la hora de indemnizar el lucro cesante en supuestos de desistimiento unilateral del arrendatario en contratos de arrendamiento de local de negocio.

- 2) SAP de Valencia, secc. 7, de 13 de julio de 2015, núm. rec. 244/2015: “(...) consideramos acreditado que se produjo una resolución unilateral del contrato, (...). Pero no estimamos que la puesta en arriendo de los locales, existiendo una previa negativa a suscribir un acuerdo resolutorio, pueda equiparse a una aceptación tácita de tal resolución unilateral, sino a la mera recuperación efectiva de la posesión unido al intento de arrendar nuevamente los locales, en caso contrario, como afirma la parte actora, de mantener una actitud completamente pasiva, se podría estimar que obra de manera negligente en la gestión de sus bienes y de mala fe frente a la parte contraria, tratando de aumentar los perjuicios sufridos. (...) Como normas y doctrina citamos (...) la SAP de Barcelona de 18-6-2012, que sobre esta cuestión refiere en sus Fundamentos: ‘(...) Aquí el actor (...) lo que realmente acaba pidiendo es la indemnización derivada del incumplimiento. Esa indemnización la cuantifica en la renta de los meses que debió mantenerse el arriendo. Posteriormente, como consecuencia de que consigue alquilar nuevamente el local, reduce la indemnización al importe de los meses transcurridos entre el abandono unilateral y el nuevo alquiler, a fin de evitar la acusación de enriquecimiento injustificado (...).

En esta sentencia, a diferencia del caso anterior, el tribunal no habla del deber de mitigar el daño como argumento para justificar la cuantía de la indemnización sino que reconoce su vigencia al afirmar que la conducta del demandante tendente a la

puesta en arriendo de los locales no puede ser considerada una aceptación tácita a la previa resolución unilateral del contrato por la parte arrendataria, sino más bien una actuación acorde con el deber que tiene todo perjudicado de mitigar el daño padecido.

- 3) SAP de Valencia de 23 de noviembre de 2015, núm. rec. 482/2015: “C) (...) Como lucro cesante se reclaman (...), 471.000 euros por el precio de venta de las dos viviendas ejecutadas menos el coste de la ejecución menos gastos comunes de modo que por él se reclaman 244.629,57 euros.

Este concepto se entiende indemnizable en el porcentaje del 10%, que suponen 24.462,957 euros, en que ciframos el incumplimiento de los demandados causal con la repetida resolución de los dos contratos de compraventa y la no obtención de su precio a que se ciñe el presente tomando también como parámetro para fijar aquel el que, pese a mediar el defecto que varió la configuración de las parcelas mermando sus vistas, las mismas si bien no se pudieron vender por aquel precio sí pudieron concluirse en su ejecución para intentar venderse por otro inferior para paliar las ganancias dejadas de obtener.”

Aquí la Audiencia se equivoca justificando la minoración de la indemnización empleando implícitamente el incumplimiento del deber de mitigar el daño porque su apreciación precisa de la alegación y prueba por el demandante, circunstancia que no concurre en el caso. Un caso similar resuelve la SAP de Valencia de 24 de noviembre de 2016, núm. rec. 881/2016.

- 4) SAP de Valencia de 22 de marzo de 2016, núm. rec. 847/2015: “(...) CUARTO.- Desde esa perspectiva jurisprudencial [de la STS de 9 de abril de 2012⁸⁵], (...) aunque la arrendadora no quisiera recibir las llaves del local, era consciente de que la arrendataria había salido definitivamente de él, cesando en la posesión material de la cosa, de manera que no cabe entender que el arrendamiento siga en vigor sine die, y que aquella pueda reclamar cuantas rentas tenga por conveniente, correspondientes a los meses que libérrimamente deje transcurrir hasta que interponga su demanda”.

Finalmente, en este caso, observamos cómo el Audiencia Provincial emplea el deber de mitigar el daño como fundamento de la limitación temporal de la indemnización del daño. Al respecto, MORALES MORENO afirma que “[s]i se trata de un lucro que había de producirse de modo continuado, durante cierto tiempo o por tiempo indefinido (p. ej., arrendamiento, sociedad, contratos de colaboración), la consideración del deber de mitigar el daño también permite establecer el límite temporal de indemnización del dolo. Porque

⁸⁵ “(...)La Sala considera, (...), que establecer una equivalencia entre los perjuicios económicos futuros con el importe íntegro de la renta dejada de percibir durante los seis años establecidos para la vigencia mínima del contrato -presumiendo implícitamente que el bien arrendado no pudo ser objeto de explotación económica alguna durante esos años- significa desconocer la racionalidad económica de la posibilidad de que la arrendadora concertase un nuevo arrendamiento, en principio por una renta similar, transcurrido un periodo razonable desde el momento de la resolución unilateral del contrato por parte de la arrendataria, u obtuviese un beneficio o renta por el bien mediante operaciones económicas de otro tipo (...).”

no es adecuado que los acreedores descansen indefinidamente en la responsabilidad del deudor, sin reajustar su situación económica”⁸⁶.

⁸⁶ MORALES MORENO, A. M.: *Incumplimiento del contrato*, cit., p. 182.

VII. CONCLUSIONES

Finalmente, en relación a las partidas del daño y, en especial al lucro cesante, de la lectura conjunta de las sentencias que contiene la muestra estudiada y el Trabajo de Final de Grado, se desprenden las siguientes conclusiones:

- Pese a que la jurisprudencia venía mostrando cierta reticencia a la indemnización del lucro cesante a consumidores, con la publicación de la STS del Pleno de 16 de enero de 2017, se ha disipado toda duda sobre la posibilidad de resarcir la ganancia dejada de obtener en tales supuestos al mismo tiempo que se ha ofrecido un sustento jurídico para la admisión de tales pretensiones.
- Pese al carácter general que presenta su regulación en el CC, el lucro cesante también puede ser reparado –o excluido– mediante la aplicación de regímenes jurídicos contenidos en leyes especiales como las ya analizadas.
- Del estudio de los distintos regímenes jurídicos y, en especial, el del Código Civil, es fácil concluir que el deudor goza de un mayor abanico de posibilidades o barreras defensivas. En primer lugar, el perjudicado debe probar que ha existido incumplimiento del contrato; a continuación; debe probar, con la dificultad que ello conlleva, la existencia del lucro cesante; y finalmente la cuantificación del mismo. Frente a estas tres fases el deudor tiene a su favor tanto los criterios jurisprudenciales que dificultan seriamente la prueba de la existencia y cuantificación del lucro, como, a pesar de carecer de uso práctico, con la exigencia de la previsibilidad del daño a la que apunta el art. 1107 CC.
- El principal problema y del que derivan el resto de los que a continuación van a plantearse es el escaso tratamiento y desarrollo jurisprudencial de las partidas del daño, y en especial, del lucro cesante. Resulta verdaderamente sorprendente como una cuestión de la enorme relevancia del lucro cesante se muestra tan ayuna de cualquier razonamiento en las sentencias de nuestros tribunales.
- Es muy complicado, en no pocas ocasiones, discernir entre qué debe reputarse daño emergente y qué lucro cesante. En este terreno, en el que reina la imprecisión y la ausencia de nitidez, se hace necesaria la intervención de los tribunales con el fin de aclarar la definición del lucro cesante más allá de la clásica concepción de la ganancia dejada de obtener. Máxime en el contexto de la economía actual, mucho más compleja, dinámica que la de épocas anteriores y que, en la práctica, arroja nuevas formas de expresión del lucro cesante.

- Los planteamientos doctrinales, alguno de los cuales han sido expuestos a lo largo del trabajo, son escasamente adoptados por los tribunales. Es cierto que se aprecia cierta tendencia a incorporar esas sugerencias, pero no lo es menos que estas se mantienen en un plano general y conceptual, muy alejadas de la fundamentación de la decisión final.
- Al hilo de lo anterior, también es un elemento que se repite a lo largo de todo fundamento jurídico de las sentencias estudiadas la completa desconexión existente entre los planteamientos teóricos derivados de la doctrina en la materia, que ha ido confeccionando el TS, y el fallo de la sentencia, de tal forma que parece que existe un salto entre estos enunciados puramente teóricos y la aplicación de los mismos al caso concreto. Es práctica generalizada citar en bloque toda la doctrina aplicable al caso y, posteriormente, decidir con arreglo a criterios subjetivos de razonabilidad, proporcionalidad y, pese a estar vetado expresamente por el Tribunal Supremo en materia de lucro cesante, en equidad.
- Entorno al modo de proceder en la prueba de la existencia y cuantía del lucro cesante, resulta prácticamente imposible la formulación de criterios o pautas generales. Y ello porque cada caso presenta unos matices tan peculiares que dificultan enormemente que los razonamientos del tribunal y la solución dada sean extrapolables. Ahora bien, el hecho de que la realidad fáctica sea casuística para nada justifica que los razonamientos de la Audiencia lo sean, que es al final lo que sucede. Los únicos elementos de generalización que han podido advertirse a lo largo de la muestra son, por un lado, la reproducción de los textos de los arts. 1106 y 1107 CC, y, por otro, la cita de la misma doctrina jurisprudencial del lucro cesante.
- El importante papel que teóricamente deben jugar los informes periciales económico-financieros en esta cuestión contrasta con la praxis judicial. La Audiencia Provincial, en términos generales, no describe ni explica pormenorizadamente los informes periciales aportados al proceso y mucho menos conecta las conclusiones alcanzadas por los peritos con la solución del caso. Dicho esto se hace necesaria una pregunta: ¿cómo resuelven los tribunales? La respuesta es sencilla, tan sencilla que la única sensación que deja tras conocerla es de perplejidad e inseguridad, y es que nuestros tribunales deciden en la mayoría de supuestos, como se ha hecho mención ya, conforme a criterios alejados de la objetividad y razonabilidad que deben imperar en la aplicación de las leyes, y que pueden resumirse en la regla “a ojo de buen cubero”, esto es, basándose en apreciaciones subjetivas derivadas casi exclusivamente del relato fáctico presentado por las partes.
- No parece existir voluntad por parte de los tribunales de revertir esta

situación de incertidumbre e inseguridad jurídica. Así, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, lejos de tratar de definir y completar los conceptos y reglas relativas a las partidas del daño con el fin de generar su propia doctrina jurisprudencial y así contribuir a un mayor esclarecimiento de la práctica del resarcimiento de los daños y perjuicios en general y del lucro cesante en especial, se limitan simplemente a citar y transcribir sistemáticamente fragmentos de sentencias del Tribunal Supremo y de alguna Audiencia Provincial. Además, generalmente citan un número tan desproporcionado de sentencias que en ocasiones se generan contradicciones y duplicidades entre los fragmentos citados.

Finalmente, a modo de epílogo, no resulta una cuestión discutida, ni discutible, que el daño resarcible no puede ser reducido a una idea única sino que está integrado por una pluralidad de conceptos, cada uno de los cuales presenta particularidades propias en su enjuiciamiento. A pesar de la nitidez conceptual de esa idea, ha constituido una práctica muy generalizada en nuestra tradición jurídica, y que aun encuentra reflejo en nuestra Audiencia Provincial, la de que nuestros tribunales no exigieran, ni se auto exigieran tampoco, una verdadera distinción entre los diversos elementos o conceptos integrantes del daño, de forma que con frecuencia éste quedaba en la más completa indefinición, y por consiguiente indeterminación, en el momento del resarcimiento.

En lugar de afrontar esa cuestión en toda su complejidad y riqueza de matices, la idea que ha preponderado en el enjuiciamiento de nuestra responsabilidad civil ha sido y es la de la comodidad. Comodidad que tiene una doble perspectiva: (i) una comodidad argumentativa, que supone la falta de exigencia de un esfuerzo de diferenciación entre los diversos conceptos de daño; y (ii) también se trata de un comodidad de acreditación. Podría decirse que verdaderamente se trata más de esto último que de lo primero, porque la prueba del lucro cesante no resulta para nada fácil.

Sea como fuere, este sistema debe ser revisado con cierta urgencia pues de lo contrario continuará comprometiendo seriamente la seguridad jurídica, y con ella la seguridad del tráfico económico.

El lucro cesante continua siendo un gran desconocido.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ASÚA GONZÁLEZ, C.: “Artículo 1106”, en AA.VV., *Comentarios al Código Civil* (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tomo VI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de contratos*, Aranzadi/Thomson- Reuters, Cizur Menor (Pamplona), 2010, p. 1261.
- CRISTOBAL MONTES, A.: *El incumplimiento de las obligaciones*, Tecnos, Madrid, 1989
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Comentarios al Código Civil*, Art. 1106, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 45 y ss..
- DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Civitas, Madrid, 2012.
- FENOY PICÓN, N.: “Sentencia de 5 de junio de 2008: Lucro cesante: el beneficio (neto) de la venta; Lucro cesante: la pérdida de volumen del negocio: el vendedor puede llevar a cabo la venta frustrada por el incumplimiento del comprador y la posterior venta en la que el vendedor enajenó la máquina destinada a cumplir la primera venta. Interés positivo. En el tráfico mercantil, el fin de la actividad económica es la obtención del beneficio empresarial, por lo que la frustración de una venta necesariamente acarrea la pérdida de su beneficio. Daño emergente. Art. 1106 CC.: Venta de reemplazo. Sistema abstracto de valoración de los daños”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 2009, N° 80, pp. 571-590.
- GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios al Código Civil español*, Tomo III, art. 1016, Sociedad tipográfico-Editorial, Madrid, 1852.
- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M.: *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*, Comares, Granada, 2008.
- GÓMEZ POMAR, F.:
- “La relación entre normativa sobre protección de consumidores y normativa sobre defensa de la competencia”, *InDret*, 2003, núm. 1.
 - “El incumplimiento contractual en Derecho español”, *InDret*, 2007, núm. 3.
- MORALES MORENO, A. M.: *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010.

PANTALEÓN PRIETO, F.:

- “Resolución por incumplimiento e indemnización”, *Anuario de derecho civil*, 1989, Vol. 42, núm. 4.
- *Comentario al Código Civil*, II, 2.ª ed., Madrid, 1993, artículo 1902.

PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P.: “La carga de evitar o mitigar el daño derivado del incumplimiento del contrato”, *InDret*, 2015, núm.1.

RUDA GONZÁLEZ, A.: “Entre todo y nada. Una visión crítica de la responsabilidad por cuota de mercado”, *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, 2003, núm. 5.

SAIZ DE MARCO, I.: “Algunos casos de ‘espiguelo’ en la jurisprudencia reciente”, *Actualidad laboral*, 2011, núm. 7.

SOLER PRESAS, A.:

- “El deber de mitigar el daño (A propósito de la STS [1.ª] de 15 de Noviembre de 1994)”, *Anuario de derecho civil*, 1995, Vol. 48, núm. 2, pp. 951-970.
- *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- “La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2009, núm. 2.

VICENTE DOMINGO, E.: *El lucro cesante*, Reus, Madrid, 2014.