

# La prueba del lucro cesante



**Juan F. Garnica Martín**

*Magistrado*

*Profesor Ordinario de la Escuela Judicial*

## SUMARIO

- I. Conceptos integrantes del daño: la necesidad de distinguir entre ellos
- II. El concepto de lucro cesante
  1. El lucro como ganancia probable
  2. ¿Es resarcible la pérdida de oportunidades?
  3. Lucro cesante y actividades ilícitas o inmorales
  4. La distinción entre la prueba del lucro y la de su entidad o importancia
- III. La tutela del lucro cesante derivado del daño personal producido en accidentes de tráfico
  1. Consecuencias indeseables del sistema baremizado de resarcimiento del lucro cesante analizadas desde la perspectiva del responsable civil
  2. Consecuencias indeseables del sistema contempladas desde la perspectiva de la víctima
  3. El concepto de culpa relevante y el resarcimiento del lucro cesante
- IV. La prueba del lucro cesante
  1. La prueba de la existencia del lucro
  2. La prueba de la cuantía de la ganancia frustrada
  3. Lucro cesante derivado de la paralización de vehículos industriales
  4. Ganancias frustradas derivadas de la necesidad de cierre de un negocio



## I. Conceptos integrantes del daño: la necesidad de distinguir entre ellos

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 fortaleza conceptual de esa idea que se acaba de exponer, ha constituido una práctica muy generalizada en nuestra tradición jurídica la de que nuestros tribunales no exigieran, ni se autoexigieran 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.

Fruto de esa pereza intelectual y conceptual ha sido que en nuestro derecho no se hayan definido suficientemente las pautas que el enjuiciamiento del daño exigía para hacer realidad un principio que es esencial en esta materia, el principio de la indemnidad. 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 fue la de la comodidad. Comodidad que tiene una doble perspectiva: (i) una comodidad argumentativa, la de no exigirse un esfuerzo de diferenciación entre los diversos conceptos de daño que, a título de mero ejemplo, pueden resultar implicados cuando alguien es atropellado por un vehículo y sufre lesiones; y (ii) también se trata de una comodidad de acreditación. Podría decirse que fundamentalmente se ha tratado siempre más de esto último que de lo primero, porque la prueba del daño, particularmente de algunos de sus aspectos, como el que nos ocupa, no resulta fácil.

Para resolver esos inconvenientes y poder asegurar un efectivo resarcimiento del daño, la práctica judicial se refugió en convenciones, en “prácticas”,

que a fuerza de ser repetidas por los tribunales parecieron convertirse en norma obligatoria. Así ocurrió, por ejemplo, para cuantificar los daños derivados de la incapacidad temporal: juzgados y tribunales fueron definiendo “módulos” que utilizaban como parámetro único de resarcimiento de todos los conceptos de daño que pudieran verse afectados por ese genérico concepto de “incapacidad temporal”. Aunque existía una justificación razonable para esa práctica judicial tan poco propia, tan viciosa podríamos decir sin ruborizarnos, el problema fundamental que comportaba, y por el que fue especialmente denostada, fue el de la inseguridad jurídica que comportaba, porque los criterios aplicados por los diversos jueces no siempre coincidían, y el juez se podía sentir libre (y de hecho con frecuencia así ocurría) de prescindir de parámetros medios y utilizar los que personalmente le parecían más justos en el caso concreto.

El fundamento de ese sistema se encontraba en el arbitrio judicial; se partía de la idea de que el juez era libre de valorar el daño según su criterio y si aceptaba someterse a módulos definidos en la práctica judicial era porque quería, no porque tales criterios tuvieran valor obligatorio.

Un sistema de valoración del daño en el que se había producido una completa perversión de las reglas razonables del enjuiciamiento del daño, particularmente del llamado daño personal, un sistema completamente chapucero e irracional de valoración del daño se había vuelto tan acomodaticio que no era esencialmente criticado en sus propios fundamentos, que era donde se encontraba el mal, sino por cuestiones puramente accesorias, porque el sistema se había vuelto tan caprichoso que la seguridad jurídica resultaba comprometida, y con ella la seguridad económica del sector asegurador, que era quien debía sufrir los inconvenientes de tal sistema. Así se puede explicar lo que ha venido ocurriendo durante los últimos veinticinco años: no se ha cuestionado propiamente el sistema de valo-

ración del daño que no distinguía entre las diversas partidas que lo integran y procedía a resarcirlo in totum, como un verdadero totum revolutum. Por esa razón la crítica que se ha hecho al poder público cuando ha introducido mecanismo para resolver el “problema” de la valoración del daño personal ha sido una crítica de baja intensidad, una crítica hecha desde el acomodo que todos los operadores jurídicos sentían por el sistema.

El poder público (primero el poder ejecutivo en el año 1991 y luego el poder legislativo en el año 1995) lo que hizo fue simplemente sustituir los “módulos judiciales” o el desmesurado arbitrio judicial por unos módulos objetivados con los que intentar, en un principio, orientar la aplicación judicial, y que más tarde se terminaron imponiendo como único criterio posible. No es sino hasta el momento en el que se da este último paso, esto es, cuando el legislador introduce en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, el sistema de baremos para el resarcimiento del daño corporal cuando se comienza a producir una verdadera reacción entre los jueces y en la doctrina contra tal sistema.

Bien mirado, y desde una perspectiva puramente económica o sociológica, el legislador no había hecho otra cosa que poner cordura allí donde no existía: establecer parámetros objetivos que limitaran el excesivo arbitrio judicial sustituyendo los que antes se habían ido imponiendo por generación interna en la práctica judicial.

Desde una perspectiva jurídica, en cambio, lo que se hizo fue atribuir categoría de norma jurídica a un sistema chapucero de valoración del daño. Tal sistema de “valoración integral del daño” no tiene parangón en ningún otro ordenamiento jurídico y ha sido descalificado como inadmisibles por la doctrina extranjera que se ha pronunciado sobre él. Se trata de una solución jurídica “a la española” que se asienta sobre unas bases intelectuales inasumibles, pero que está perfectamente acomodado

en nuestro ordenamiento jurídico, a pesar de las serias objeciones que el Tribunal Constitucional se vio forzado a ponerle (STC 181/00).

La referida Sentencia del Tribunal Constitucional, que ha considerado en parte inconstitucional el sistema, tiene la virtualidad de permitir una amplia reflexión sobre los fundamentos de todo el sistema de resarcimiento de daños, reflexión que nos permita entender cuál es el verdadero derecho vigente en la materia.

Los daños, desde la perspectiva que aquí los contemplamos, la de su valoración y resarcimiento, se pueden clasificar en dos grandes categorías: a) daños de carácter patrimonial; y b) daños de carácter no patrimonial, que también se pueden denominar daños morales.

El ámbito de los daños morales no es una cuestión fácil de determinar, ni tampoco su concepto, particularmente porque en nuestra jurisprudencia se ha hecho un uso perverso de este concepto, ampliándolo de manera excesiva e incluyendo en su interior muchos supuestos de verdaderos daños patrimoniales. Eso sí, tal perversión se ha hecho con las mejores intenciones, por razones de equidad, con la voluntad de intentar evitar que daños patrimoniales que se pueden presumir existentes queden sin resarcimiento por la falta de una cumplida prueba. Pero lo que creemos esencial a la hora de definir el concepto de daños morales es la nota de insusceptibilidad de valoración económica. En el pretium doloris, uno de los conceptos en los que no se discute el carácter de daño moral, puede advertirse esa imposibilidad de valoración económica. Por esa razón se afirma que el daño moral no se pueda resarcir sino que únicamente se puede compensar. Para señalar esa compensación no existen parámetros objetivos, de forma que siempre existirá un alto grado de arbitrariedad en cualquier sistema que se proponga resarcir tales daños. Por ello no parece demasiado razonable



que el resarcimiento de tales daños se haga siguiendo el arbitrio judicial, lo que puede comportar una gran inseguridad jurídica, además de un posible trato desigual de los ciudadanos ante la Ley. Esas razones determinan que sea muy bien recibido en cualquier ordenamiento jurídico un sistema que objetive el resarcimiento del daño moral, un baremo de daño moral, como el que se aplica en otros países de nuestro entorno.

El daño moral resulta muy difícil de acreditar e imposible de cuantificar. Pese a ello, existe coincidencia en que debe ser resarcido, porque es verdadero daño. Por consiguiente, el ordenamiento positivo debe poner los medios que lo posibiliten y, en el caso de que no lo haga, serán los jueces los que se encarguen de introducirlos. La apreciación o valoración judicial será en tal caso la única alternativa a las propias dificultades que la tutela de este tipo de daño plantea.

En cambio, en el ámbito del daño patrimonial las cosas resultan diferentes: pueden existir dificultades para determinarlo y para cuantificarlo, pero no son dificultades a priori insuperables. Es posible que algunos de sus conceptos resulten difíciles de acreditar, si bien son la excepción, no la regla. Por tal razón, en principio, no parece justificado que el legislador deba establecer mecanismos adicionales que permitan su resarcimiento sino que deberían bastar las reglas generales del enjuiciamiento. De acuerdo con ellas, le corresponde a quien ha sufrido el daño, por lo común el demandante, la carga de su acreditación, como hecho constitutivo de la demanda que es (art. 217.2 LEC).

Por otra parte, los problemas de prueba de los perjuicios económicos, si son insuperables objetivamente para quien los ha sufrido, tampoco debieran impedir su resarcimiento. Y ello sin necesidad de acudir al concepto de daños morales para dar entrada a su través a razones de equidad. Creemos que es preferible considerarlos en todo

caso como perjuicios económicos y aplicar en su enjuiciamiento las reglas sobre la carga de la prueba de la manera más flexible, algo que permite el propio sistema legal, que modera enormemente el alcance de la regla básica de que la carga de la acreditación de los hechos constitutivos pesa sobre la parte actora.

Si profundizamos un poco más en los dos conceptos que integran el daño patrimonial, esto es, daño emergente y lucro cesante, observaremos que el problema de prueba que se produce respecto de cada uno de ellos es bien distinto. Mientras respecto del daño emergente no existen mayores problemas de prueba que respecto de cualesquiera otros hechos constitutivos de la demanda, para la prueba del lucro cesante existe un problema añadido que resulta del hecho de que tal daño no se ha materializado, sino que normalmente se debería materializar en el futuro. Esa dificultad se concreta en la imposibilidad de llegar a conseguir el mismo grado de certeza en la prueba del daño emergente que en la del lucro cesante. Mientras respecto del primero es exigible certeza, respecto del segundo es preciso contentarse con probabilidad, alto grado de probabilidad si se quiere, pero muy difícilmente certeza.

Esa dificultad, en ocasiones incluso extrema, está insita en la naturaleza de las cosas, si bien no puede suponer un obstáculo insuperable al resarcimiento. A la parte que lo reclama le corresponderá extremar su diligencia probatoria y a los órganos jurisdiccionales aplicar con sabiduría y prudencia las reglas de enjuiciamiento que permitan que la tutela de ese daño no quede desprovista de contenido efectivo.

En suma, el propósito de esta introducción no es otro que el haber puesto de manifiesto que los distintos conceptos que se incluyen dentro del daño resarcible no se pueden reducir a la unidad porque su régimen jurídico es muy diverso. Aunque

el legislador haya podido dar pie a la idea de que es posible el reduccionismo, no se pueden ignorar los problemas que entraña. Ese reduccionismo no es propiamente un mecanismo que permita resolver tales problemas sino sólo ignorarlos. Y como no siempre pueden ser ignorados, es preciso examinarlos con detalle para conocer qué posibilidades de actuación se tienen cuando, como víctima o como responsable, se está frente a la necesidad de determinar y cuantificar el daño.

## II. El concepto de lucro cesante

El lucro cesante es, siguiendo la terminología del art. 1106 del Código Civil, la ganancia que se haya dejado de obtener por consecuencia del hecho del que se es responsable. Si concebimos como daño cualquier lesión de un interés, sea patrimonial o no, el concepto de lucro cesante se circunscribe a la lesión de un interés patrimonial consistente en la pérdida de un incremento patrimonial neto (esto es, deducidos costes) que se haya dejado de obtener como consecuencia del incumplimiento contractual por el deudor o bien del acto ilícito que se imputa a un tercero.

La ganancia frustrada no es preciso que se fundamente en un título que exista en el patrimonio del acreedor en el momento del daño. Esto es, no resulta imprescindible que en el momento en el que se produce el hecho dañoso el incremento patrimonial susceptible de integrar el lucro cesante ya se haya concretado, sino que basta que se pudiera razonable haber llegado a concretar en el futuro.

Ello no significa que deba identificarse el concepto de lucro cesante con el de daño futuro. El lucro cesante puede ser tanto actual como futuro y también puede existir daño emergente actual y daño emergente futuro. Esa diferencia se puede ilustrar muy bien con un ejemplo que tomamos de

Yzquierdo Tolsada<sup>1</sup>. En un accidente de circulación con lesiones corporales será: (1) daño emergente actual, el coste de reposición del vehículo y los gastos de farmacia y hospital; (2) lucro cesante actual, los perjuicios derivados de la imposibilidad de la víctima para trabajar mientras duró la convalecencia; (3) daño emergente futuro, los gastos que deberá acometer para afrontar el tratamiento de las secuelas permanentes; y (4) lucro cesante futuro, las ganancias que se dejaron de percibir como consecuencia de la incapacidad permanente.

En nuestra legislación, aparte de esa identificación del lucro cesante con la ganancia que se haya dejado de obtener, no puede considerarse que exista un verdadero concepto normativo de lucro cesante, como tampoco existe un concepto normativo de daño. En el art. 252 del B.G.B. alemán se considera como lucro cesante la ganancia que con cierta verosimilitud cabía esperar según el curso normal de las cosas o según las circunstancias especiales del caso.

La jurisprudencia no se ha preocupado del concepto de lucro cesante, aunque sí ha establecido las pautas esenciales para su resarcimiento. Ya la Sentencia de fecha 22 de junio de 1967 de la Sala 1ª del T.S. se encargó de resumir la doctrina sobre el lucro cesante en los siguientes términos:

*«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 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, y nuestra jurisprudencia*

<sup>1</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M., en *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Dykinson, 2001, pág. 150.



*se orienta en un prudente criterio restrictivo de la estimación del lucro cesante, declarando con reiteración que ha de probarse rigurosamente que se dejaron de obtener las ganancias, sin que éstas sean dudosas o contingentes y sólo fundadas en esperanzas, pues no pueden derivarse de supuestos meramente posibles pero de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, por lo que estas pretendidas ganancias han de ser acreditadas y probadas mediante la justificación de la realidad de tal lucro cesante».*

Esa doctrina jurisprudencial exige certeza respecto de las ganancias, que las mismas no sean contingentes o inseguras, esto es, que no pueden derivarse de supuestos meramente posibles, pero de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre. Además, es una constante en la doctrina jurisprudencial la afirmación del carácter restrictivo con el que hay que proceder en el resarcimiento del lucro cesante. A continuación procederemos a examinar esas dos notas (certeza y restrictividad) intentando matizar el significado de los pronunciamientos jurisprudenciales, que no siempre son bien comprendidos.

## 1. El lucro como ganancia probable

Ese planteamiento jurisprudencial al que acabamos de hacer referencia puede parecer que todavía se encuentra vigente, pues en algunas sentencias en las que se quiere fundamentar que no existe lucro cesante se acude a fórmulas similares para justificar esa idea. No obstante, creemos que se trata más bien de una argumentación de conveniencia. Nuestra actual doctrina jurisprudencial no exige certidumbre sobre la ganancia sino que se conforma con algo menos, como puede verse en la STS, 1ª, de 8 de julio de 1996: «las ganancias que pueden reclamarse son aquellas en las

que concurre verosimilitud suficiente para poder ser reputadas como muy probables, en la mayor aproximación a su certeza efectiva».

Por consiguiente, no resulta indispensable la certeza absoluta sobre la ganancia, algo difícil de lograr cuando la misma aún no se ha producido, sino que basta una alta probabilidad, rayana en la certeza, pero en definitiva probabilidad. En la STS (1ª) de 15 de julio de 1998 (RJ 1998/5550) se baja incluso más el listón y se habla de “ganancias frustradas o lucro cesante que, con cierta probabilidad, fuera de esperar en el desarrollo normal de las circunstancias del caso”.

En sentencias mucho más recientes se habla más abiertamente de que el principio básico en la determinación del lucro cesante se funda en un juicio de probabilidad (SSTS 26 de septiembre de 2002 -RJ 2002/8094- y de 14 de julio de 2003 -RJ 2003/4629-, entre otras). En la STS de 29 de diciembre de 2001 (RJ 2001/1474) se precisa que debe tratarse de una “cierta probabilidad objetiva”, que resulte del decurso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto.

En conclusión, la jurisprudencia no exige certeza absoluta sobre la existencia de las ganancias futuras frustradas, lo que resultaría una exigencia excesiva porque resulta imposible acreditar la existencia de algo que aún no se ha producido, sino una fundada probabilidad de que las mismas se produzcan en el normal desarrollo de las circunstancias del caso. Se trata, por consiguiente, de un juicio de probabilidad respecto del advenimiento de esas ganancias esperadas que no se producirán o que ya no se han producido. Como tal juicio no puede producirse sobre hechos concretos siempre será un juicio hipotético, que debe ser realizado a partir de juicios de valor. Por esa razón ocupa un lugar destacado en él el parámetro de la normalidad. Por consiguiente, para

<sup>2</sup> SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, Madrid, 1993, pág. 290 y ss



que las ganancias frustradas se estimen acreditadas basta que se llegue a la conclusión de que se habrían normalmente producido de no mediar el hecho generador de responsabilidad.

El lucro cesante se apoya en la presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el acontecimiento dañoso<sup>2</sup>. Este juicio de probabilidad plantea los siguientes problemas:

- 1º) ¿En qué momento debe hacerse?
- 2º) ¿Quién debe hacerlo?
- 3º) ¿Con qué criterio?

Respecto al primero de esos puntos, el juicio sobre el lucro cesante es siempre un juicio de pronóstico, un juicio respecto de algo que debería haberse producido en el futuro. No obstante, el juicio de pronóstico debe hacerse en referencia al propio momento en el que el daño se produjo, particularmente en el caso de responsabilidad extracontractual. En el caso de la responsabilidad contractual puede parecer discutible si también el juicio debe referirse al momento del incumplimiento o bien debe anticiparse al momento de constitución de la obligación. No obstante, parece que lo más razonable es que se refiera a ese segundo momento. No faltan opiniones que apuntan que incluso deben tomarse en consideración las circunstancias ulteriores a ese momento para enjuiciar si la ganancia frustrada era previsible y en qué medida lo podía ser.

En cuanto al segundo problema, el juicio de probabilidad en que consiste el juicio sobre el lucro cesante no puede ser un juicio subjetivo, esto es, un juicio realizado por el propio perjudicado, sino un juicio objetivo, realizado por un tercero, sea el propio juez o bien un perito.

En cuanto a los criterios a tomar en considera-

ción para realizar es juicio de pronóstico, son criterios de normalidad, que los podemos ver constantemente expresados en la jurisprudencia con la referencia a «según el curso normal de los acontecimientos».

El juicio sobre las ganancias es un juicio de probabilidad, sí, pero un juicio que se debe efectuar con parámetros objetivos. Cuando no es posible objetivar esos parámetros nos encontramos ante lo que la jurisprudencia viene denominando como meros “sueños de fortuna”, esto es, situaciones en las que las ganancias no se pueden representar como probables sino más bien como contingentes o fundadas en meras esperanzas o expectativas sin sustento real. En tales casos no se puede considerar que estemos ante un verdadero lucro cesante que se deba resarcir (SSTS 2 Oct. 1999 –RJ 1999/7849-). Ni siquiera con fundamento en la equidad puede procederse a resarcir ese tipo de expectativas, porque las mismas no pueden ser consideradas como daño (STS 6 de Sept. 1991 –RJ 1991/6045-).

## 2. ¿Es resarcible la pérdida de oportunidades?

Ya hemos visto como se ha tendido a negar la posibilidad de que la ganancia que constituye una mera expectativa merezca la consideración de lucro cesante resarcible. De ello parece derivarse la idea de que la pérdida de una oportunidad de ganancia no resultaría resarcible, lo cual creemos que resulta muy discutible. En principio, se trata de una ganancia sobre la que no existe ninguna certeza de que se vaya a producir sino que únicamente existen meras posibilidades de que se llegue a producir. Con los parámetros que utiliza nuestra jurisprudencia para el resarcimiento del lucro esa pérdida de oportunidades no parece, en principio, resarcible, cosa que no consideramos razonable.

<sup>3</sup>YZQUIERDO TOLSADA, op. cit. pág. 153.



Para ilustrar mejor la idea que nos proponemos desarrollar hay que hacer referencia a algunos de los supuestos que se suelen citar por la doctrina como de pérdida de oportunidades:

1/ El caballo de carreras que debe ser transportado a otra ciudad para asistir a una carrera y no llega a tiempo de poder participar por culpa imputable al transportista.

2/ El opositor que no puede llegar a presentarse a un examen por causa imputable a un tercero.

3/ La parte que no puede presentar un recurso por causa imputable a su procurador o abogado.

En todos esos casos se da un mismo problema: se ha perdido una oportunidad de ganancia por causa imputable a un tercero. Y la cuestión es si esa pérdida no merece una reparación. El problema que concurre en estos casos no es que no exista daño sino que resulta muy difícil de determinar en qué consiste, y por consiguiente de valorar. No existe ninguna seguridad de que el caballo pudiera ganar la carrera, ni que el opositor ganara la oposición o que la parte ganara el recurso y, por consiguiente, no se puede considerar como ganancia frustrada el premio de la carrera, o el sueldo que el opositor podría haber llegado a ganar o la cantidad reclamada en el pleito. No obstante, sí que es seguro que existía una probabilidad razonable de que tales resultados se pudieran producir. Por consiguiente, existe, como dice YZQUIERDO TOLSADA<sup>3</sup>, incertidumbre de perjuicio pero certidumbre de probabilidad.

Esa incertidumbre de perjuicio no creo que pueda justificar que el daño quede sin resarcimiento porque el daño no consiste propiamente en la frustración de la ganancia que se esperaba sino en la propia pérdida de la oportunidad de llegar

a conseguirla. En materia de responsabilidad de abogado y procurador la jurisprudencia ha venido admitiendo de forma bastante generalizada que la mera pérdida de una oportunidad es acreedora de ser considerada como daño resarcible, de forma que ha admitido con frecuencia la acción de resarcimiento. El problema que se ha debido afrontar es el de cómo valorar el daño, lo que obliga al juez a realizar un juicio de pronóstico sobre el resultado favorable o adverso del juicio, esto es, un juicio dentro del juicio que permita valorar cuanto vale la oportunidad perdida.

Los ejemplos sobre ello son muy numerosos en la jurisprudencia, que acepta de forma reiterada el resarcimiento de las pérdidas indebidas de oportunidades procesales (SSTS de 26 de enero de 1999 –EDJ 1999/308-, de 8 de febrero de 2000 –EDJ 2000/604-, de 8 de abril de 2003 –EDJ 2003/9751- y de 28 de julio de 2003 –EDJ 2003/80466-). No obstante, en la mayor parte de las ocasiones en las que se concede resarcimiento no se hace en concepto de daño patrimonial (lucro cesante) sino como daño moral (así puede verse en SSTS de 28 de abril de 2005 –EDJ 2005/55109- y de 28 de enero de 2005 –EDJ 2005/6955-, entre otras muchas cuya cita puede verse en la segunda de las citadas). En la Sentencia de 28 de Julio de 2003 (RJ 2003/80466) se precisa que la indemnización procedente por la pérdida de una oportunidad procesal puede resarcirse tanto por la vía del daño moral como por la del daño material, si bien únicamente es útil la primera cuando la posibilidad de éxito del recurso frustrado es escasa. Sería admisible, en cambio, obtener el resarcimiento en concepto de daño material, si la probabilidad de éxito del recurso es elevada.

En suma, lo que hace la jurisprudencia en estos casos es aplicar a los supuestos de pérdida

<sup>4</sup> En ese sentido puede verse ALBIEZ DHORMANN, K. J., en *El tratamiento del lucro cesante en el sistema valorativo*, en RDP, 1998, pág. 382.

<sup>5</sup> En esa línea puede la opinión de VICENTE DOMINGO, Elena, *Los daños corporales: tipología y valoración*, Bosch 1994, p. 125.



de una oportunidad procesal los criterios del resarcimiento del lucro cesante, de forma que se estima la pretensión con fundamento en él cuando existía una alta probabilidad de éxito de la oportunidad frustrada. En cambio, fuera de tales casos se estima que el resarcimiento de las oportunidades frustradas únicamente puede hacerse en concepto de daño moral. Creemos que tal proceder, aunque justo, es objetable. Una cuestión relativa a la valoración del daño se ha sustantivado hasta el extremo de determinar dos clases de daño distinto. En realidad lo que ha hecho la jurisprudencia con ese proceder no es otra cosa que dar entrada a criterios de equidad en el resarcimiento, sólo que de forma disimulada o encubierta, acudiendo a un concepto (el de daño moral) que poco o nada debería decir aquí. El concepto de daño moral sirve con frecuencia en la jurisprudencia como un simple comodín que permite dar solución a problemas que no son atinentes a la clasificación de los daños sino a su prueba y valoración, porque, como es bien conocido, el daño moral tiene unas reglas de enjuiciamiento tan laxas que deja en manos del tribunal tanto su existencia como su valoración.

### 3. Lucro cesante y actividades ilícitas o inmoraes

Un sector de la doctrina estima que no procede el resarcimiento del lucro cesante procedente de actividades ilegales. No obstante, no faltan voces que propugnan que debe distinguirse entre los ingresos procedentes de actividades ilícitas de aquellas otras simplemente inmoraes. En ningún caso se pueden reparar las pérdidas de ganancias que deriven de actividades sancionadas por el ordenamiento penal y la misma suerte deberían correr las procedentes de una actividad sancionada administrativamente, como por ejemplo, las ganancias procedentes de la economía sumergida

o de un trabajo clandestino<sup>4</sup>. En cambio, el planteamiento debe ser distinto cuando se trata de actividades simplemente inmoraes, como, por ejemplo, la prostitución. Respecto de esa actividad no faltan opiniones favorables a que no se penalice su resarcimiento, siquiera sea por un criterio de equidad<sup>5</sup>.

### 4. La distinción entre la prueba del lucro y la de su entidad o importancia

La exposición que hemos realizado sobre el resarcimiento de las oportunidades ha puesto al descubierto una idea que no siempre ha sido bien tratada en el ámbito de la tutela del lucro cesante: la necesidad de distinguir entre la existencia de la ganancia frustrada y su valoración. Los problemas que se producen en cada uno de esos ámbitos tienen un perfil distinto, de forma que no es conveniente mezclarlos, porque no a ambas cuestiones les convienen unos mismos principios. Así, cuando en la jurisprudencia se habla del carácter restrictivo que tiene el lucro cesante no se discrimina suficientemente bien el alcance de esa idea y ello es una constante fuente de problemas.

Los problemas que plantea la acreditación del lucro cesante se traducen de manera fundamental en cuestiones de relación de causalidad. En cambio, los problemas de cuantificación de la pérdida sufrida se suelen traducir en un juicio de probabilidad o razonabilidad<sup>6</sup>. Por esa razón puede estar justificado que se adopte un criterio restrictivo respecto de la cuantificación de la pérdida, pero no así respecto de la acreditación del lucro. Respecto a esto último más que restrictivo lo que se ha de ser es riguroso, esto es, exigente en la acreditación de la existencia de relación de causalidad, si bien no en una medida distinta a la de cualquier otro concepto de daño.

<sup>6</sup> ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, en «El tratamiento del lucro cesante en el sistema valorativo», en Revista de Derecho Privado, 1998, p. 364..



### III. La tutela del lucro cesante derivado del daño personal producido en accidentes de tráfico

Según llevamos visto, para conseguir el resarcimiento del lucro cesante como concepto autónomo y diverso de otros de los que componen el daño es preciso afrontar el problema de su acreditación o prueba, lo que no resulta tarea fácil atendida la concepción restrictiva que sobre concepto se ha extendido en nuestros tribunales.

En cambio, existe un ámbito en el que esas dificultades se han visto enormemente atenuadas: es el del lucro cesante asociado a daños de carácter personal. Ya hemos anticipado, al menos en parte, la razón por la que en este ámbito existen particularidades propias: se encuentra en la inveterada costumbre de nuestros tribunales de no exigir una diferenciación entre los diversos conceptos integrantes del daño, que tradicionalmente se había venido valorando de forma conjunta formando un totum revolutum en el que no resulta fácil distinguir entre el lucro cesante y los demás conceptos, particularmente el daño moral. Aprovechando las dificultades que la cuantificación del daño moral plantea, que no resulta posible someter a reglas objetivas, había que confiar en el criterio de los tribunales para compensar por tal daño. A partir de ahí se dio un paso más adelante: el de utilizar esa flexibilidad para no sólo resolver los problemas de cuantificación del daño moral sino para resolver también, de una tacada, los problemas que la tutela del lucro cesante venía planteando.

El legislador siguió por la misma senda en la Ley 30/1995, establecer un sistema de valoración de daños personales que no se detenía a discriminar realmente entre el daño moral y el lucro cesante. En las cuantías que se establecen en las diversas tablas se advierte que está incluido el daño moral, si bien no exclusivamente, de forma

que también puede presumirse que dentro de ellas se encuentra incluido, al menos en parte, lucro cesante, además del daño emergente. Y decimos que en parte, porque las cuantías básicas no son el único instrumento a través del cual el legislador admite que se pueda resarcir el lucro cesante, pues también dispone que se pueda aumentar la cuantía básica con la aplicación del llamado “factor de corrección” por perjuicios económicos que se recoge en las tablas II, IV y V.

Esa forma de resarcimiento del lucro cesante derivado de daños corporales ofrecía innumerables ventajas prácticas sobre la que anteriormente venía aplicando nuestros tribunales, que se fundaba esencialmente en su criterio discrecional, y es que introducía un factor de racionalidad en el sistema, lo dotaba de parámetros objetivos que permitían atribuirle una dosis de seguridad jurídica de la que carecía el anterior. El sistema legal supuso dar un gran paso adelante para quien debía pagar los daños, particularmente para los aseguradores, porque les permitía poder hacer sus cálculos de previsiones de gastos de forma más racional y segura, y también supuso un gran beneficio para las víctimas, porque seguían estando exoneradas de la mayor parte de los problemas que plantea la tutela del lucro cesante: no se veían forzadas a acreditar las ganancias frustradas de las que se habían visto desprovistas como consecuencia del hecho dañoso, ya que el legislador había venido en su ayuda estableciendo unas pautas de enjuiciamiento que exoneraban de su prueba o la facilitaban de manera muy notable.

Se imponía a las víctimas un sacrificio, porque se establecía un límite al importe máximo que podrían percibir en concepto de lucro cesante, si bien los beneficios eran incomparablemente mayores, al quedar exonerados de la prueba del lucro, dado que el legislador había acudido a criterios objetivos, criterios fundados (al menos presuntamente) en el cálculo de los perjuicios que en término medio soporta una persona ante una situación similar.

Esa forma de proceder del legislador puede resultar impecable desde una perspectiva colectiva, si bien plantea muchas dudas desde una perspectiva singular: la perspectiva de cada una de las víctimas de un accidente. Y también lo hace desde la perspectiva de los que han causado el accidente, que deben reparar el daño causado, pero únicamente el causado. Si nos olvidamos de que el pagador usual del daño es un asegurador y pensamos que lo es un ciudadano normal, como con cierta frecuencia ocurre, sea porque no existe seguro, aunque se trate de un accidente de tráfico, o bien porque se trate de una aplicación analógica del sistema fuera del ámbito propio de la circulación, podremos ver que el sistema puede producir consecuencias indeseables desde la perspectiva del responsables civil.

### **1. Consecuencias indeseables del sistema baremizado de resarcimiento del lucro cesante analizadas desde la perspectiva del responsable civil**

Cuando se utiliza el sistema de baremos para el resarcimiento del lucro cesante, sea en el ámbito estricto de aplicación de la Ley 30/1995 o bien cuando el sistema instaurado por dicha Ley se aplica de forma analógica fuera del ámbito de la responsabilidad civil derivada de accidentes de tráfico (lo que constituye una constante a consecuencia del éxito que el sistema ha tenido) se priva al responsable de poder cuestionar que el daño que ha causado se corresponde estrictamente con el que se le está reclamando de acuerdo con el sistema tabular. El sistema de baremos únicamente permite discutir a partir de las bases del sistema, pero no las propias bases del sistema, de forma que ante una situación en la que el daño haya consistido en la muerte de una persona, si existen legitimados para reclamar la indemnización señalada en el sistema, el responsable no puede discutir: (1) si de verdad existe daño moral y si es equitativo que el mismo se compense con la cuantía preestableci-

da; (2) si los perjuicios económicos resarcibles son efectivamente los que se están resarcendo por el legislador.

Y algo similar ocurriría ante una situación de incapacidad temporal o de lesiones permanentes: el modelo legal no le permite al responsable discutir que el daño moral y los perjuicios económicos que se puede ver forzado a abonar en concepto de resarcimiento no son los que efectivamente ha causado, sino que son muy superiores a ellos. Eso creemos que no es razonable, y que es contrario al derecho a la tutela efectiva del art. 24.1 de la Constitución, en los mismos términos en los que el propio Tribunal Constitucional (STC 181/2000) ya consideró que conculcaba esa misma norma la restricción que se imponía a la víctima en la tabla V del sistema de baremos al limitar la cuantía máxima que se podría reclamar por perjuicios económicos (fundamentalmente lucro cesante) en situaciones de incapacidad temporal.

El responsable civil debe responder del daño que cause, pero no así del que no cause, de forma que el derecho a la tutela de su posición jurídica que el constituyente consagra como derecho fundamental en el art. 24.1 CE debe incluir la posibilidad de combatir cualquier concepto de daño que le sea reclamado y que crea que no ha producido. Pues bien, a cualquier operador jurídico que sea mínimamente conocedor del sistema de baremos instaurado por la Ley 30/1995 no se le escapa que el legislador no permite que el responsable pueda cuestionar la procedencia de la indemnización que con el carácter de mínimo legal se establece en cada caso. El legislador, por consiguiente, procede no sólo a tasar el daño de manera objetiva sino a predeterminar en cada caso cual es el daño moral y patrimonial que se asocia a la producción de daños personales. El legislador no permite la prueba en contra respecto de los conceptos y cuantías que se asocian al daño personal por el que se reclama y con ello restringe de manera inadmisibles los derechos del responsable.



Esa lectura del sistema no es frecuente que se haga, porque no existe la misma sensibilidad respecto de la cuestión de la restricción de los derechos de defensa del responsable que de la víctima. No obstante, debe reconocerse que la idea que late en uno y otro supuesto es exactamente la misma. Y, si se apura, la cuestión nos parece intelectualmente incluso más clara contemplada desde la perspectiva del responsable que desde la de la víctima.

## 2. Consecuencias indeseables del sistema contempladas desde la perspectiva de la víctima

La principal de esas consecuencias ya la hemos adelantado: si bien el baremo establece un sistema que facilita el resarcimiento del lucro cesante, también lo limita. El legislador ha establecido un techo a la posibilidad de resarcir el lucro, no permitiendo que dentro del sistema se puedan sobrepasar los límites que en cada caso se señalan. Tal limitación se dijo que suponía un atentado respecto de los derechos constitucionales de la víctima y así lo sostuvo el Tribunal Constitucional en su Sentencia 181/2000, en la que estimó contraria al derecho a la tutela efectiva parte de la tabla V, aquella parte en la que se establece el sistema que se debe aplicar para el resarcimiento del lucro cesante derivado de la incapacidad temporal. El sistema legal consiste en aplicar sobre el valor de la indemnización básica un porcentaje de incremento de hasta un 75%, porcentaje que se aplica en función del nivel de los ingresos netos anuales de la víctima por trabajo personal.

El pronunciamiento de inconstitucional al que se acaba de hacer referencia no cabe duda alguna de que es extensivo a todas las demás tablas del sistema establecidas para el resarcimiento del lucro cesante, a pesar de que el Tribunal Constitucional no lo dijera expresamente, permitiendo con ello que subsista la duda en nuestro ordenamiento

jurídico. Las razones de esa extensión están en que los mismos reproches que se hacen a la tabla V son de aplicación a las demás. No creemos que existan razones que justifiquen una idea distinta.

No obstante, no puede hablarse en sentido estricto de un pronunciamiento de inconstitucionalidad. Un pronunciamiento de ese tipo expulsa la norma que se reputa inconstitucional del ordenamiento jurídico y no ha sido eso lo que hiciera la STC 181/2000 con las normas en cuestión. Lo único que hizo el Alto Tribunal fue interpretar el sistema en términos acordes con la Constitución, de forma que su Sentencia se limita a considerar inconstitucional la limitación (el techo) que el sistema impone en el resarcimiento de los daños y perjuicios. El sistema sigue vigente, pero no puede impedir que se reclame y que se resarza un lucro cesante por cantidades superiores a las que el sistema contempla.

Una buena muestra del resultado a que ha conducido el pronunciamiento de inconstitucionalidad contenido en la STC 181/2000 lo encontramos en la STC 104/05, de 9 de mayo de 2005 (EDJ 1005/61628). El Tribunal Constitucional concede amparo en un juicio verbal enjuiciado por el Juzgado de Primera Instancia 10 de Barcelona y más tarde por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, porque se había aplicado de manera imperativa el "baremo" no entrando a valorar si era resarcible un concepto de daño emergente asociado a la incapacidad temporal. Se había pretendido por la víctima de un accidente de tráfico que se le indemnizaran los gastos derivados de la contratación de un trabajador que supliera el trabajo de la actora durante su incapacidad. Tal pretensión se desestimó, no porque no se considerara acreditada sino argumentando que el sistema legal no lo permitía. El Alto Tribunal anula la sentencia de la Audiencia y le ordena que dicte nueva sentencia respetuosa con el derecho a la tutela efectiva de la actora, esto es, que le dé respuesta a la cuestión

planteada y proceda al resarcimiento del daño sin tomar en consideración el techo establecido en la norma legal reputada inconstitucional. El pronunciamiento del TC se limita a indicar a la Audiencia que resuelva sobre la pretensión relativa a los gastos de contratación de un trabajador y mantiene los demás pronunciamientos. Con ello el Alto Tribunal, sin advertirlo, ha incurrido en el error de permitir que se pueda producir una situación de teórico doble resarcimiento: los perjuicios económicos han sido, todos ellos, resarcidos<sup>7</sup> de forma conjunta a través de la aplicación del baremo; por otro lado, también puede serlo un concepto concreto de forma separada. Para que esa duplicidad de resarcimiento no se produjera, debería poder descontarse de la indemnización baremizada la parte correspondiente a perjuicios económicos, o al menos a parte de los perjuicios económicos, lo que en la práctica resulta imposible.

Este es el desajuste fundamental que se puede producir cuando se conjugan, como resulta indispensable hacer hoy, los “baremos” con elementos ajenos al sistema. ¿Cómo se combinan esos dos sistemas que responden a principios completamente distintos? Si en el sistema de baremos se hubiera precisado lo que corresponde a cada uno de los conceptos (daño moral, lucro cesante, daño emergente) se podría descontar la parte correspondiente cuando la víctima decide acudir a las reglas generales del enjuiciamiento civil, tal y como le permite la STC 181/2000. Pero como las cuantías del sistema de baremos integran un totum revolutum tal discriminación no resulta posible, de manera que el sistema debe convivir con esa inconsecuencia.

El resultado práctico de esta situación viene siendo el mismo que resulta de la Sentencia del TC núm. 104/05, es decir, la conversión de las cuantías del sistema tabular en un baremo de daño moral, algo que no se corresponde en absoluto con el espíritu de la norma. Por lo tanto, el baremo ha pa-

sado de tener la consideración de medida de todo el daño producido, de límite máximo a la reclamación de la víctima a adquirir el carácter de un baremo de mínimos, un parámetro que marca el umbral del resarcimiento por los daños personales, pero que deja abierta la puerta a que separadamente se pueda conseguir el resarcimiento del lucro cesante y del daño emergente que se acrediten.

Buen ejemplo de ello lo podemos encontrar en la SAP de Córdoba (Sec. 1ª) de 30 de marzo de 2004 (EDJ 2004/14477), en la que puede leerse lo siguiente:

*«Pero lo que no ofrece la menor duda es que el lucro cesante, acreditado, es perfectamente indemnizable y no se origina duplicidad indemnizatoria por el hecho de haberse abonado al perjudicado el importe de los días de impedimento por incapacidad y el factor de corrección».*

Aún así, esto es, con un sistema que ha quedado completamente pervertido, la situación sigue siendo incomparablemente mejor a la previa a su instauración. La razón de ello se encuentra en la escasa frecuencia con la que se acude a la prueba de daños específicos y distintos a los baremizados, lo que sin duda se debe a la dificultad que entraña su acreditación, particularmente cuando se trata de lucro cesante. Y la propia existencia del “baremo”, aun herido de muerte, ha hecho descubrir a los tribunales algo que había quedado en el olvido: la necesidad de probar el lucro cesante para que pueda darse lugar a su resarcimiento.

### **3. El concepto de culpa relevante y el resarcimiento del lucro cesante**

Una interpretación interesada que se ha hecho de la STC 181/2000 es la de quienes opinan que para que proceda el resarcimiento del lucro



cesante hace falta que exista “culpa relevante” del responsable. A su vez, esa limitación puede ser referida a dos cosas distintas:

1.ª) Si no existe culpa relevante no puede reclamarse lucro cesante extratabular.

2.ª) Si no existe culpa relevante no puede reclamarse lucro cesante ni extratabular ni tampoco el tabular, dado que el TC ha declarado inconstitucional la tabla V.

No es preciso decir lo poco afortunada que ha sido la referencia por parte del Tribunal Constitucional al concepto de “culpa relevante”, no sólo porque no se sepa muy bien en qué consiste, sino porque ha introducido un parámetro interpretativo nuevo, que no estaba en la Ley y que no tenía por qué estar. Con ello el Tribunal Constitucional puede habernos devuelto al pasado del enjuiciamiento de la responsabilidad civil del automóvil. El daño del que se responde en el ámbito de aplicación de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación del vehículo de motor por daños personales no es más o menos amplio en función del título de imputación de la responsabilidad, porque el baremo no es un baremo de seguro obligatorio sino un baremo de responsabilidad civil. Eso no creemos que lo haya cambiado el pronunciamiento de parcial inconstitucionalidad, aunque lo puede parecer.

Pero, si pudiera sostenerse que tal pronunciamiento ha convertido el baremo en un baremo de seguro obligatorio, ello no sería razón para sostener que el resarcimiento del lucro cesante pudiera quedar limitado a las cuantías básicas del sistema y no al factor de corrección. En nuestra opinión ésa es una lectura incorrecta de la doctrina que el TC estableciera en la STC 181/00.

Por nuestra parte estimamos como criterio más acertado el que se sostiene en la SAP de Badajoz (Sec. 3ª) de 14 de diciembre de 2004 (EDJ 2004/198095) y que parcialmente transcribimos:

«1. El apelante considera que se ha producido infracción de precepto legal al no concedérsele el factor de corrección del 10% por perjuicios económicos establecidos en el baremo de la Ley 30/1995 EDL 1995/16212, derivado de una interpretación de la jurisprudencia constitucional al respecto.

2. En efecto, la Sentencia de instancia no aplica el citado factor de corrección “al haber sido declarado inconstitucional por la STC 29-6-00 EDJ 2000/13213”, pero una recta interpretación de la referida doctrina nos ha llevar a adoptar una conclusión opuesta:

La STC 181/2000 de 29 de junio (EDJ 2000/13213), declaró “inconstitucionales y nulos, en los términos expresados en el último fundamento jurídico de esta Sentencia, el inciso final “y corregido conforme a los factores que expresa la propia tabla” del apartado c) del criterio segundo (explicación del sistema), así como el total contenido del apartado letra B) “factores de corrección”, de la tabla V, ambos del Anexo que contiene el “Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación”, de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro de Circulación de Vehículos a Motor, en la redacción dada a la misma por la Disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados” y en tal fundamento jurídico (21) se dice que:

“De lo antes razonado se desprende que, en relación con el sistema legal de tasación introducido por la Ley 30/1995, y en los aspectos que las dudas de constitucionalidad cuestionan, la inconstitucionalidad apreciada, por violación de los arts. 9.3 y 24.1 de la Constitución, ha de constreñirse a las concretas previsiones contenidas en el apartado B) de la tabla V del Anexo, y ello no de forma absoluta o incondicionada, sino únicamente en cuanto tales indemnizaciones tasadas deban ser aplicadas a aquellos supuestos en que el daño a las personas,



determinante de “incapacidad temporal”, tenga su causa exclusiva en una culpa relevante y, en su caso, judicialmente declarada, imputable al agente causante del hecho lesivo.

La anterior precisión conduce a la adecuada modulación en el alcance del fallo que hemos de pronunciar. En efecto, cuando se trate de resarcir daños ocasionados sin culpa, es decir, con base en responsabilidad civil objetiva o por riesgo, la indemnización por “perjuicios económicos”, a que se refiere el apartado letra B) de la tabla V del anexo, operará como un auténtico y propio factor de corrección de la denominada “indemnización básica (incluidos daños morales)” del apartado A), conforme a los expresos términos dispuestos en la Ley, puesto que, como ya hemos razonado, en tales supuestos dicha regulación no incurre en arbitrariedad ni ocasiona indefensión.

Por el contrario, cuando la culpa relevante y, en su caso, judicialmente declarada, sea la causa determinante del daño a reparar, los “perjuicios económicos” del mencionado apartado B) de la tabla V del Anexo, se hallan afectados por la inconstitucionalidad apreciada y, por lo tanto, la cuantificación de tales perjuicios económicos o ganancias dejadas de obtener (art. 1.2 de la Ley 30/1995 EDL 1995/16212) podrá ser establecida de manera independiente, y fijada con arreglo a lo que oportunamente se acredite en el correspondiente proceso”.

En consonancia con ello, el reciente RDLeg. 8/2004 de 29 de octubre, explica al respecto que, por lo que se refiere a las “Indemnizaciones por incapacidades temporales (tabla V). Estas indemnizaciones serán compatibles con cualesquiera otras y se determinan por un importe diario (variable según se precise, o no, una estancia hospitalaria) multiplicado por los días que tarda en sanar

la lesión y corregido conforme a los factores que expresa la propia tabla, salvo que se apreciara en la conducta del causante del daño culpa relevante y, en su caso, judicialmente declarada.

3. Dos son los efectos que ello lleva consigo en relación con las pretensiones de los recurrentes:

1º Que, como bien afirma el actor, el apartado B) de la Tabla V se declaró vigente por el TC pero ha de interpretarse conforme al criterio sustentado en la STC 181/2000; y

2º Que dado que en este caso se ha declarado judicialmente la culpa relevante del conductor del turismo como la causa determinante del daño que ha de repararse, la cuantificación de los “perjuicios económicos” o ganancias dejadas de obtener del mencionado apartado B) de la tabla V del Anexo (art. 1.2 de la Ley sobre Responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, según redacción dada por la propia L 30/1995) podrá ser establecida de manera independiente, y fijada con arreglo a lo que oportunamente se acredite».

#### IV. La prueba del lucro cesante

La jurisprudencia, cuando se trata de la prueba del lucro cesante, viene haciendo invocaciones constantes al rigor o criterio restrictivo con el que se debe valorar la existencia del mismo. No obstante, no faltan pronunciamientos en los que se afirma que

«lo verdaderamente cierto, más que rigor o criterio restrictivo, es que se ha de probar como en todo caso debe probarse el hecho con cuya base se reclama una indemnización, se ha de probar el nexo causal entre el acto ilícito y el beneficio dejado de percibir –lucro cesante– y la realidad de éste, no con mayor rigor o criterio restrictivo que cualquier hecho que constituye la base de

<sup>8</sup> SAP Córdoba (1ª) de 30 de marzo de 2004 (EDJ 2004/14477).



una pretensión (SS. 8.7.96 EDJ 1996/3549 y 21.10.96 EDJ 1996/6432)<sup>8»</sup>.

La única diferencia que realmente existe entre la prueba del lucro cesante y la prueba de cualquier otro hecho constitutivo de una pretensión es que el lucro cesante no está referido a un hecho acontecido sino a un hecho que podría haber acontecido y que no se produjo. De ello se derivará 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 producido.

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

Por otra parte, también debe distinguirse entre los problemas que plantea la prueba de la existencia de la ganancia frustrada y los que plantea la prueba de su cuantía, que son muy diversos. En cuanto a la prueba de la ganancia en sí misma, el problema consiste en convencer al juez de su existencia, lo que puede ser sencillo cuando la propia naturaleza de las cosas la conlleve, o más complicado, cuando escape a los parámetros de normalidad. Así, en la propia naturaleza de las cosas está que el propietario y conductor de un auto-taxi se va a ver privado de ganancias durante el tiempo en que resulte imposibilitado para conducirlo, particularmente en el caso de que el propio vehículo haya quedado dañado y deba permanecer en el taller para ser reparado, pero también cuando él personalmente resulte imposibilitado para su conducción. Por consiguiente, la prueba de la existencia de ganancias frustradas en estos casos es una prueba fácil: basta con acreditar que el dañado es

el titular de un auto-taxi y que va a resultar impedido para ejercer su oficio o bien para utilizar el vehículo para tal fin.. En cambio, para cuantificar el lucro los problemas son mucho mayores, porque su importe dependerá de muchas circunstancias distintas, como el número de horas que trabaje el taxista afectado o la posibilidad que haya tenido de ser sustituido en la conducción.

## 1. La prueba de la existencia del lucro

La carga de la acreditación del lucro le corresponde al que lo reclama, al tratarse de un hecho constitutivo de su pretensión (art. 217.2 LEC).

Se trata de una prueba que debe hacerse de manera indirecta, a través de indicios, ya que, por concepto, no pueden existir medios de prueba directos de algo que no ha llegado a existir. La prueba por indicios es relativamente frecuente en el enjuiciamiento civil en todos aquellos supuestos en los que no se dispone de medios de prueba directos.

Así, para acreditar la ganancia frustrada de un negocio que se ha debido cerrar se deberá acudir a la prueba de hechos indirectamente indicativos de los mismos, tales como las ganancias experimentadas durante el año anterior, sea en el mismo período del cierre, o bien sea en término medio. A su vez, tales ganancias tampoco resultan fáciles de acreditar y es preciso acudir a medios de prueba tales como la propia contabilidad del comerciante afectado o sus declaraciones fiscales o bien a una pericial que las determine de acuerdo con criterios medios, esto es, las ganancias habituales o normales en el sector de actividad para un establecimiento como el afectado.

Como se puede apreciar, todos esos parámetros indirectos que permiten determinar si han existido ganancias frustradas pueden parecer discutibles, pero más desde la perspectiva de la con-

creción de su importe que de la existencia o inexistencia de la propia ganancia. Por consiguiente, la prueba de la existencia del lucro puede representarse a priori como extraordinariamente más fácil que la prueba de su importe.

Con todo, no se trata de una prueba fácil. El problema fundamental que esta prueba plantea es el de la intensidad probatoria precisa para que se pueda estimar acreditada la ganancia frustrada. Esa intensidad no tiene por qué exasperarse sino que tiene que ser la razonable, en función de:

1º) Las dificultades probatorias que en el caso de plantean, esto es, de las abstractas posibilidades de prueba que se encuentren a disposición de las partes; y,

2º) El grado de previsibilidad de esas mismas ganancias. Sólo cuando las mismas se separen de la normalidad es cuando cabe exigir un mayor grado de esfuerzo probatorio.

Por otra parte, para que el lucro cesante se pueda resarcir no basta con acreditar su existencia genérica sino que también debe probarse su entidad o alcance, lo que es algo distinto a su valoración propiamente dicha. La prueba de la extensión o conceptos a los que alcanza la ganancia frustrada es la prueba de la relación de causalidad entre los concretos conceptos que lo integran y el hecho del que se deba responder. Cuando las ganancias frustradas que se reclamen sean muy diversas no es posible tratarlas a efectos probatorios como un todo único sino que resulta indispensable hacer esfuerzo probatorio para acreditar que en cada uno de los casos la ganancia se ha frustrado y que lo ha

sido por consecuencia del hecho dañoso del que se debe responder.

## 2. La prueba de la cuantía de la ganancia frustrada

La prueba de la cuantía de la ganancia frustrada plantea problemas mayores que los de la propia ganancia en sí. En cualquier caso, acreditada la ganancia, las dificultades probatorias respecto de su cuantía no debieran determinar que no se conceda resarcimiento. Con frecuencia, en cambio, los tribunales dejan de conceder indemnización por las ganancias frustradas, no porque éstas no se hayan determinado sino porque no se han cuantificado bien, lo que creemos que constituye un error de concepto<sup>9</sup>.

En otros ordenamientos jurídicos, como ocurre en el italiano, se autoriza expresamente al juez a usar criterios de equidad para cuantificar el daño si el mismo no ha resultado posible probarlo en su debida entidad. Así se dispone en el art. 1226 del Código Civil (en sede de obligaciones contractuales, aunque con aplicación también al daño contractual por la expresa disposición del art. 2056, 1 CC): «si el daño no puede ser probado en su debida entidad, puede liquidarlo el juez según su prudente criterio de equidad<sup>10</sup>». El recurso a la equidad para proceder a la cuantificación del daño tampoco es extraño a nuestra tradición jurídica. En los arts. 103 y 104 del Código Penal de 1973 también se establecía que para la cuantificación de los daños y perjuicios se procedería según la regulación del tribunal, expresión en la que se consideraba insita

<sup>9</sup> Claro ejemplo de ello lo constituye la SAP de Zaragoza (Sec. 5ª) de 30 de mayo de 2005 (EDJ 2005/70667). Se trataba de una reclamación por lucro cesante a consecuencia de la paralización de un vehículo de auto-escuela. Acreditada la paralización, la pretensión se desestima porque para fundar el importe a percibir únicamente se aporta una certificación del Secretario de la Asociación Provincial de Autoescuelas de Zaragoza expresiva del precio de una clase para un vehículo como el siniestrado. En opinión de la Audiencia tal certificación no era prueba suficiente de la cuantía del daño porque la autoescuela, que sólo contaba con dos vehículos, tenía a su disposición otros medios de prueba que permitieran conocer con mayor exactitud la entidad del daño.

Otro ejemplo, aún más discutible, es el de la SAP Zamora de 14 de Septiembre de 2005. Se trataba de un camión que hubo de permanecer paralizado por consecuencia de un accidente. La Audiencia estima plenamente acreditada la existencia de ganancia frustrada, si bien desestima la demanda porque el criterio utilizado por la parte actora para cuantificarla (un certificado del observatorio de costes de Comité Nacional de Transportes por Carretera) no le parece una prueba suficientemente objetiva.

<sup>10</sup> Sobre el particular puede verse en DE CUPIS, A., El daño, trad. de Martínez Carrión, A., Bosch, 1975, pág. 548 y ss.



una referencia a la equidad hasta el extremo que la cuantificación realizada por el juez se consideraba inatacable por vía de recurso. Y no es el único supuesto en el que se recurre a la equidad: también en el art. 1103 del CC (que la jurisprudencia suele considerar aplicable también a la culpa extracontractual) se faculta al juez para moderar la responsabilidad. Si bien lo más usual es que se trata de un facultad que permite a los tribunales reducir el importe del resarcimiento, creemos que en su interior encierra la posibilidad de acudir a criterios de equidad para fijar el importe efectivo del daño cuando no haya podido ser acreditado de otro modo.

La dificultad para cuantificar la ganancia frustrada reside en que las bases a partir de las cuales se puede llevar a cabo esa valoración no resultan fáciles de determinar y menos aún de acreditar. Por tal razón se ha tendido en la práctica de los tribunales a acudir a criterios estandarizados, como por ejemplo, los criterios según los cuales por cada día de inactividad de un vehículo la ganancia frustrada se traduce en una cantidad concreta. Tales criterios pueden ser objetables por muchas razones, pero constituyen un valioso instrumento de cuantificación del lucro cesante, dado que su aplicación se encuentra completamente generalizada.

El fundamento de esos criterios se encuentra en la propia experiencia humana: son criterios de valoración que aplican los jueces a partir de datos de la experiencia práctica. Su fundamento se encuentra en el principio de normalidad, del que son aplicación.

Tales criterios creemos que son admisibles, como de hecho vienen siendo considerados por la mayor parte de la denominada jurisprudencia menor, y constituyen un parámetro inestimable para proceder a la valoración del daño, en la medida en que constituyen una alternativa razonable a las dificultades de su acreditación. No obstante, tampoco

creemos que deban constituirse como el parámetro fundamental, que desplace a la verdadera prueba del daño. Al contrario, creemos que debe ser aplicado como un parámetro subsidiario, que impida que el daño quede sin resarcimiento por falta de cumplida prueba de su cuantía. Pero el parámetro fundamental debe seguir siendo el de la prueba de la entidad del daño a partir de datos que lo intenten determinar de manera más concreta. Tratándose de un daño hipotético, esos datos siempre han de ser una medida relativa del daño. De lo que se trata es que supongan una medida objetiva del mismo, lo que se puede conseguir acudiendo tanto a datos internos como externos, esto es, datos pertenecientes a la esfera interna de la actividad del que ha sufrido el daño o bien ajenos a ella y pertenecientes a la experiencia de otro con el que exista similitud de situación.

No creemos que se pueda establecer una regla general sobre cuáles de esos datos son preferibles. Los procedentes de la esfera interna pueden parecer más sospechosos, pero son también más directamente indicativos. Si se consigue dotarlos de objetividad, demostrar que no se han manipulado, son el mejor parámetro para la prueba del lucro cesante. Los externos pueden parecer a priori más objetivos, pero también están más alejados del objetivo que se pretende: son indicativos de las ganancias de otros, no de las propias. La combinación de unos y otros es siempre el mejor remedio.

### **3. Lucro cesante derivado de la paralización de vehículos industriales**

Los criterios que sigue la jurisprudencia menor a la hora de proceder al resarcimiento de este lucro son los siguientes:

1.º) La paralización de un vehículo industrial durante el tiempo de su reparación es susceptible de ser indemnizado.

2.º) No toda paralización, sin embargo, implica por ello lucro cesante.

3.º) No puede tomarse como base para la valoración del lucro los beneficios o ingresos brutos que pudiera haber reportado el vehículo siniestrado, sino los importes líquidos que su actividad pueda producir.

Los problemas más frecuentes que se plantean para el resarcimiento del lucro cesante en estos casos son dos:

1.º) La determinación de los días de inactividad por los que se debe responder.

2.º) La cuantía con la que se debe indemnizar cada día de inactividad.

Respecto de la primera cuestión, como está relacionada con la existencia del lucro, no con la cuantificación propiamente tal, el criterio determinante será el de nexo de causal. El responsable debe responder de los días de inmovilización que sean consecuencia natural del daño, de forma que, si la paralización se ha prolongado por causas imputables al propio perjudicado, de ello no debe responder el autor del daño<sup>11</sup>. Si la prolongación se ha llevado a cabo por circunstancias imputables a un tercero, por lo general el propio taller, el criterio general es incluir esos días en el resarcimiento, con el argumento de que no pueden estar a disposición de quien sufre el daño todos los medios para su reparación sino en la medida en que lo permita la propia disponibilidad de medios<sup>12</sup>. Con mayor motivo cuando haya podido ser el propio demandado o agentes suyos (por ejemplo, un perito) la causa del retraso, como ocurre en el caso sobre el que recayó la SAP Las Palmas (Sec. 5ª) de 22 de abril de 2005 (EDJ 1005/64963).

Por otra parte, los días de paralización no son un parámetro absoluto del daño, sino un parámetro relativo que es preciso poner en relación con los días de efectiva inactividad de la máquina, para lo que será preciso descontar los días en los que previsiblemente no se hubiera utilizado.

En cuanto a la cuantía por día de paralización los criterios que se manejan son diversos:

a) Para algunas Audiencias Provinciales basta con certificados gremiales proceder a cuantificar el daño a partir de lo que de ellos resulta. Así la SAP Asturias (Sec. 5ª) de 18 de septiembre de 2002 (AC 2002/2000).

b) Para otras hay que acudir a criterios de la experiencia humana acudiendo a cuantías normalizadas que se vienen aplicando en la práctica de los tribunales. En este último sentido puede verse la SAP Madrid (Sec. 10ª) de 16 de mayo de 2005 (EDJ 2005/79587). En el mismo sentido la SAP Madrid (Sec. 11ª), de 13 de diciembre de 2002 (AC 2003/374) o la SAP Zaragoza (Sec. 4ª) de 8 de septiembre de 1998 (AC 1998/6345).

c) La mayoría acepta como criterio determinante la cuantía que resulte de las declaraciones fiscales del perjudicado.

d) En algunos casos se acude con carácter orientativo a la Orden Ministerial de 23 de diciembre de 1997<sup>13</sup>, para el caso de vehículos industriales. Así se hace en SAP de Asturias (Sec. 5ª) de 8 de febrero de 2002 (AC 2002/1881), en SAP Almería (Sec. 2ª) de 14 de diciembre de 2001 (JUR 2002/67430) y en SAP Cantabria (Sec. 1ª) de 30 de mayo de 2001 (JUR 2001/258894).

<sup>11</sup> Así puede verse en SAP Lleida (Sec. 2ª) de 25 de febrero de 2003 (AC 2003/606).

<sup>12</sup> No se trata de otra cosa que de una aplicación del principio de normalidad. Conforme a él, no puede presumirse una completa disponibilidad de talleres sino una disponibilidad relativa, de forma que una razonable demora en la reparación entra dentro de la normalidad.

<sup>13</sup> Tal O.M., de Ministerio de Fomento regulaba las tarifas de transporte público por carretera y fue derogada y sustituida por la posterior O.M. de 30 de diciembre de 1999 (EDJ 1999/64124).



En la mayor parte de las ocasiones, ninguno de los criterios se utiliza con carácter excluyente sino como un parámetro más para la cuantificación de un concepto de daño que se reconoce difícil de cuantificar.

#### 4. Ganancias frustradas derivadas de la necesidad de cierre de un negocio

Otra problemática frecuente en nuestros tribunales es la derivada de la necesidad de acreditar el lucro cesante en los supuestos de cierre de un negocio como consecuencia de un hecho dañoso. También aquí parece poco cuestionable en principio la existencia de un lucro cesante que se deriva del hecho del cierre y el problema se suele centrar en su cuantificación. Los parámetros a los que se puede acudir para acreditar esa cuantía son diversos: la propia contabilidad del comerciante, sus declaraciones fiscales, etc.

Las declaraciones fiscales suelen tener un valor excepcional como medio de prueba de ese daño, salvo en el caso de que el comerciante esté acogido al régimen fiscal de estimación objetiva. En este caso puede existir una importante diferencia entre los beneficios reales y aquellos por los que se tributa, por lo que puede no ser precisamente el medio de prueba más adecuado. Una magnífica aplicación de esta idea se puede ver en la SAP Barcelona (Sec. 17<sup>a</sup>) de 18 de febrero

de 2003 (EDJ 2003/82862), en el caso de cierre de un restaurante. La Audiencia se decantó por los datos que resultaban de la propia contabilidad del comerciante, que se encontraban soportados por las conclusiones probatorias que se pudieron extraer de otros medios de prueba, tales como testificales de clientes sobre el grado de ocupación y documentales relativas al éxito del establecimiento.

#### PRINCIPAL BIBLIOGRAFIA UTILIZADA

ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN, *El tratamiento del lucro cesante en el sistema valorativo*, en Revista de Derecho Privado, 1998, p. 361 y ss.

CARRASCO PERERA, *Comentario al art. 1106 del Código Civil*, en los Comentarios al Código Civil dirigidos por M. Albaladejo.

CERDÁ OLMEDO, MIGUEL, *Responsabilidad civil por daños futuros*, en ADC, 1985, pp. 623 y ss.

DE CUPIS, A., «El daño», traducción de Angel Martínez Carrión, Edit. Bosch, 1975.

MOISSET DE ESPANES, *Reflexiones sobre el “daño actual” y el “daño futuro”, con relación al “daño emergente” y al “lucro cesante”*, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1975, pp. 195 y ss.

SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, Madrid, 1993.

YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Dykinson, 2001.