



Derecho Español Contemporáneo

EL LUCRO CESANTE

Elena Vicente Domingo

Catedrática de Derecho civil
Universidad de Burgos



COLECCIÓN DE DERECHO ESPAÑOL CONTEMPORÁNEO

TÍTULOS PUBLICADOS

- Renuncia y repudiación de la herencia en el Código civil**, *Carlos Rogel Vide* (2011).
- La prueba en el procedimiento contencioso-administrativo**, *David Ordóñez Solís* (2011).
- Formulación de cuentas anuales en las sociedades de capital**, *Leopoldo del Puerto Cabrera* (2011).
- Fuentes del Derecho Nobiliario**, *Vanessa E. Gil Rodríguez de Clara* (2011).
- La cláusula penal**, *Silvia Díaz Alabart* (2011).
- Adquisición de la nacionalidad por descendientes de españoles**, *María José Cazorla González* (2011).
- Honor, intimidad e imagen en el deporte**, *Blanca Sánchez-Calero Arribas* (2011).
- La impugnación del arbitraje**, *Miguel L. Lacruz Mantecón* (2011).
- Recargas hipotecarias e hipotecas recargables**, *Helena Díez García* (2012).
- La responsabilidad precontractual**, *Pablo Valés Duque* (2012).
- El pago en metálico de la legítima de los descendientes**, *Carlos Vattier Fuenzalida* (2012).
- La donación en España y en Europa**, *Antoni Vaquer Aloy* (2012).
- La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias**, *Josep Solé Feliu* (2012).
- El error de derecho**, *Salvador Carrión* (2012).
- La condonación de la deuda**, *Francisco de P. Blasco Gascó* (2012).
- La compraventa y la categoría del negocio jurídico abstracto**, *Cristina Fuenteseca Degeneffe* (2012).
- La denominación de origen: su protección jurídica**, *Francisco Millán Salas* (2012).
- Derecho de asociación con fines profesionales en la Guardia Civil**, *Francisco Javier Marín Lizarraga* (2012).
- Contratos sobre bienes litigiosos y su rescisión**, *Carlos Manuel Díez Soto* (2013).
- Matrimonio y Constitución (presente, y posible futuro)**, *Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla* (2013).
- La institución del Jurado, introducción a su estudio psicosocial**, *Ricardo Yáñez Velasco* (2014).
- Tauromaquia y Propiedad Intelectual**, *Hugo de Patrocinio Polo* (2014).
- La frustración del derecho de visita**, *M^a Lourdes Martínez de Morentin Llamas* (2014).
- El lucro cesante**, *Elena Vicente Domingo* (2014).

DERECHO ESPAÑOL CONTEMPORÁNEO

Directores:

CARLOS ROGEL VIDE y SILVIA DÍAZ ALABART

Catedráticos de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

EL LUCRO CESANTE

Elena Vicente Domingo

*Catedrática de Derecho civil
Universidad de Burgos*



Madrid, 2014

© Editorial Reus, S. A.
C/ Rafael Calvo, 18, 2º C – 28010 Madrid
Tfno.: (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 445 11 26
E-mail: reus@editorialreus.es
<http://www.editorialreus.es>

1ª edición REUS, S.A. (2014)
ISBN: 978-84-290-1831-8
Depósito Legal: M 36764-2014
Diseño de portada: María Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales Cometa, S. A.
Ctra. Castellón, km 3,400 – 50013 Zaragoza

Ni Editorial Reus, ni los Directores de Colección de ésta responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan los autores de los mismos. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley. Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

A mis padres, por tanto

I. EL CONCEPTO DE LUCRO CESANTE Y SU PROBLEMÁTICA CLÁSICA

El lucro cesante está tomando un protagonismo doctrinal creciente en los últimos tiempos¹ lo cual es una muestra de que sigue siendo objeto de discusión y sigue, por ello, necesitando de análisis y estudio para avanzar hacia soluciones más satisfactorias, tanto en el terreno de la responsabilidad civil extracontractual como en el de la contractual. Como afirma MORALES MORENO² en su magnífico trabajo sobre esta materia, y es necesario profundizar en la concepción dogmática del lucro cesante, al tiempo que sostiene que los

¹ LLAMAS POMBO, E., *Una contribución decisiva al estudio del lucro cesante*, editorial de la revista Derecho de Daños, n° 81, 2010, en la que tras hacerse eco y elogiar el discurso de entrada en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de MORALES MORENO, A. M., anima a avivar la llama de la reflexión jurídica sobre la materia.

— Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación “El proceso penal contra empresas” (DER2011-27825).

² MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, 2010.

argumentos entorno al lucro cesante están escasamente articulados.

Se pone de relieve una necesidad, la de estudiar este tema tratando de arrojar un poco de luz y de reabrir una categoría de daño cuya apreciación y valoración no está bien resuelta. Sin embargo, el concepto de lucro cesante apenas ha evolucionado, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia y se puede afirmar que está anclado en el pasado. Y, por el contrario, la realidad de su rica expresión demuestra que el lucro cesante se ha sofisticado y que tiene muchos matices, lo que dificulta tanto su adaptación a los genéricos razonamientos de siempre, como también complica y equivoca su correcto encaje bien en la categoría del lucro cesante o bien en la del daño emergente. Su estudio necesita un nuevo enfoque, más analítico y crítico con el concepto hasta ahora repetido, con el fin de replantear los criterios con los que se rechaza frecuentemente su reparación.

1. Aspectos jurídicos y económicos del concepto

Como es sabido, el lucro cesante es un daño patrimonial, un tipo o clase dentro de esta categoría. Es una manifestación concreta del daño patrimonial³ que consiste, en la ganancia que el per-

³ Siempre se presenta al lucro cesante como una de los elementos que comprende el daño patrimonial, DÍEZ PICAZO, L.,

judicado ha dejado de obtener o en la pérdida de ingresos sufrida, consecuencia directa e inmediata del hecho lesivo⁴.

Como afirma CENDOM, “*il lucro cessante è l’incremento patrimoniale netto che il danneggiato avrebbe conseguito se l’obbligazione fosse stata regolarmente adempiuta o il bene non fosse stato oggetto di lesione*”⁵.

Como se puede apreciar, el concepto de lucro cesante ha permanecido inalterado en el tiempo: “*est le bénéfice manqué, lucrum cessans, en un mot suivant les expressions de Paul quantum mea interfuit, id est quantum mihi abest, quantumque lucrari potri, ce que j’ai perdu, ce que j’ai pu gagner*”⁶. Desde esta perspectiva conceptual, a pesar de ser repetitiva y acrítica, el lucro cesante no tiene dificultad alguna y no suscita problema su comprensión en cuanto tal. En esta línea, CASTAN afirma que “*no plantea ningún problema la indemnización de los daños materiales o patrimoniales. Lo mismo que en la responsabilidad contractual, se entiende que la obligación de reparar debe comprender*

Derecho de Daños, Ed., Aranzadi, 1999, p. 323. También llamado daño material, DE ÁNGEL YAGÜEZ, A., *Tratado de Responsabilidad Civil*, 1993, p. 671, “el daño material consiste en el menoscabo patrimonial sufrido por la víctima y comprende tanto el desembolso efectivo como la ganancia frustrada o que se haya dejado de obtener”.

⁴ El concepto de lucro cesante, como beneficio dejado de obtener, STS 3 marzo 2004, RJ-2004/807

⁵ CENDOM, 1998, p. 17.

⁶ LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, Paris 1885, vol. II, art. 1149, n. 1, p. 31

no sólo la pérdida efectivamente sufrida (daño emergente) sino también la ganancia dejada de obtener (lucro cesante) por la víctima del daño por aplicación del art. 1106.⁷”

La otra manifestación del daño patrimonial es el daño emergente, el daño que surge directamente como consecuencia del hecho lesivo o del incumplimiento contractual y con el que no siempre están bien definidas las fronteras.

Asimismo, los Códigos latinos asumen la distinción que hace el artículo 1149 del *Còde* que por mediación de POTHIER recoge el Derecho Intermedio y que establece la diferencia entre daño emergente y lucro cesante. La referencia separada a ambos tipos de daños la encontramos también en los Códigos civiles italiano (art. 1223) y alemán (252 BGB)⁸. El CC Griego, en el art. 298, establece que la reparación tiene que alcanzar a la pérdida de

⁷ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español común y foral*, IV, 1981, p. 928.

⁸ Estos dos aspectos del daño patrimonial también encuentran reflejo en los Principios Europeos de los Contratos PECL y en el *Draft Common Frame of Reference*.

Así, el Artículo 9:501: Derecho a la indemnización de daños y perjuicios

(1) La parte perjudicada tiene derecho a una indemnización de daños y perjuicios respecto de las pérdidas sufridas a consecuencia del incumplimiento de la otra parte, siempre que este incumplimiento no quede cubierto por la excepción del artículo 8:108.

(2) Las pérdidas que cubre esta indemnización incluyen:

(a) Pérdidas no pecuniarias.

(b) Futuras pérdidas previsibles y probables.

ganancias esperada con un alto grado de probabilidad en el normal suceder de los hechos, teniendo en cuenta las especiales circunstancias y, concretamente, las medidas preparatorias que se hubieran tomado. Además, el lucro cesante puede haber sido ya causado o puede surgir en el futuro. Tal y como afirma ALPA⁹, el sector que convencionalmente se designa con el término responsabilidad civil se refiere en Italia, Francia, España, Portugal y América Latina y también en Alemania, Inglaterra y los Estados Unidos de América, al mismo fenómeno¹ y hay plena coincidencia conceptual en ambas categorías: daño emergente y lucro cesante. Sin embargo, a pesar de que su significado y alcance es asumido sin dificultad, ello no evita sus problemas reales, concretamente sus límites. En esta línea, ya FISHER apuntaba que el lucro cesante debía de ser controlado a través de un criterio exterior que lo limitara. Precisamente, esta es la dificultad más

Por su parte, el Artículo 9:502 establece los criterios generales de cálculo de los daños y perjuicios:

El cálculo de la indemnización de daños y perjuicios se hará de forma que se coloque al perjudicado en una posición lo más próxima posible a la que hubiera disfrutado de haberse ejecutado correctamente el contrato. La indemnización por daños comprende las pérdidas efectivamente sufridas por la parte perjudicada y las ganancias que haya dejado de obtener.

También en el 2:101 DCFR ofrece un concepto de lucro cesante dentro de la categoría de daño patrimonial en el sentido señalado: *economic loss includes loss of income or profit, burdens incurred and a reduction in the value or property.*

⁹ *La responsabilità civile. Parte Generale*, 2010, p. 4.

evidente en el lucro cesante, su delimitación, especialmente en los casos en los que hay proyección de la pérdida hacia el futuro. Sus dificultades, tal y como señalaba CASTÁN en la línea del autor alemán, se encuentran en su determinación y límites¹⁰ pues el art. 1106 CC no *preceptúa cómo ha de procederse en la prueba del lucro cesante y en su cálculo*¹¹.

Si respecto de esta delimitación conceptual del lucro cesante no hay conflicto, lo que se produce en algunos supuestos concretos es que los tribunales lo resuelven con un cierre en falso, esto es, con argumentos que lo rechazan, que niegan su reparación de forma poco meditada y, cuando se profundiza en estos argumentos o trazos generales y se contrastan con sus diversas manifestaciones y su composición, surgen desajustes. Lo que se aprecia es que lo que se ha producido es un rechazo a la indemnización de la pérdida de ganancia que podría haberse superado con una buena prueba actuarial y con una actitud más receptiva a la comprensión de los diversos matices que el lucro cesante puede revestir. En este sentido, la variedad de los supuestos que la realidad ofrece es muy rica y presenta numerosos rasgos por lo que habría que elaborar con más detalle los argumentos con los que se deniega su reparación.

¹⁰ CASTÁN, *Derecho Civil*, III, 1958, p. 176.

¹¹ *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, 1989, t-15, vol. 1, p. 669.

ÍNDICE

I. EL CONCEPTO DE LUCRO CESANTE Y SU PROBLEMÁTICA CLÁSICA.....	7
1. Aspectos jurídicos y económicos del concepto	8
2. Surge en el ámbito contractual o extracontractual.....	16
3. Confusión del lucro cesante con el daño emergente	23
A. Dos casos en los que se confunden ambos conceptos	25
A) El caso del fresón y el lucro cesante	25
B) Daño emergente derivado de vicios constructivos.....	30
II. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES EN LA REPARACIÓN DEL LUCRO CESANTE	32
1. Criterio restrictivo y prudencia rigurosa en la reparación del lucro cesante.....	33

A.	Dos casos análogos, dos soluciones diferentes	35
A)	lucro cesante por no poder comenzar la actividad industrial	35
B)	lucro cesante por la privación del derecho a edificar.....	37
2.	Criterio de razonable probabilidad.	41
A.	Calculo prospectivo del descenso de ventas como consecuencia de incumplimiento contractual.....	45
3.	La importancia de los medios de prueba	50
A.	El éxito del asunto depende de los medios adecuados de prueba.....	52
B.	Modelos de buenas prácticas.....	55
A)	daño derivado de rescisión unilateral de contrato de programación en exclusiva	55
B)	pérdida de beneficios económicos por incendio en una planta de hormigón	57
C)	caída de actriz en hotel de lujo...	58
D)	retraso en la grabación de un disco	60
E)	cierre de local de venta de prensa	61
F)	resolución unilateral de un contrato de arrendamiento de local de negocio.....	62
G)	un caso americano sobre la prueba de la pérdida de ganancia: <i>Rombola v. Cosindas</i> 220 N.E.2d 919 (Mass. 1966).	65

4. Lucro neto o bruto	69
A. Bruto y neto por la disminución de estancias turísticas	71
B. Bruto y neto por el daño causado por corte de suministro	73
C. Deducción de los gastos, costes e IVA en la reedición de libro-guía	74
D. Daño a consecuencia de construcción de una vía de servicio a una gasolinera.....	75
5. En particular, lucro cesante por pérdida de beneficio	78
 III. EL PROBLEMA DE LA PROYECCIÓN FUTURA DEL LUCRO CESANTE	84
 IV. EL LUCRO CESANTE FUTURO QUE DERIVA DE UN DAÑO PERSONAL ..	91
 V. EL LUCRO CESANTE EN LOS ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN	94
1. Su consideración a partir de la entrada en vigor del sistema	94
2. La indemnización proporcional del lucro cesante: la vía abierta por la sentencia de 25 de marzo 2010	101
3. Nuevos criterios para valorar el lucro cesante	106
A. Que se haya probado debidamente la existencia de un grave desajuste entre el factor de corrección por perjuicios económicos y el lucro cesante futuro realmente padecido	107

- B. Que este no resulte compensado mediante la aplicación de otros factores de corrección, teniendo en cuenta, eventualmente, la proporción en que el factor de corrección por incapacidad permanente pueda considerarse razonablemente que comprende una compensación por la disminución de ingresos, ya que la falta de vertebración de la indemnización por este concepto de que adolece la LRCSCVM no impide que este se tenga en cuenta 109
- C. Que la determinación del porcentaje de aumento debe hacerse de acuerdo con los principios del sistema y, por ende, acudiendo analógicamente a la aplicación proporcional de los criterios fijados por las tablas para situaciones que puedan ser susceptibles de comparación. De esto se sigue que la corrección debe hacerse en proporción al grado de desajuste probado, con un límite máximo admisible, que en este caso es el que corresponde a un porcentaje del 75% de incremento de la indemnización básica, pues éste es el porcentaje máximo que se fija en el factor de corrección por perjuicios económicos 121
- D. Que la aplicación del factor de corrección de la tabla iv sobre elemen-

- tos correctores para la compensación del lucro cesante ha de entenderse que es compatible con el factor de corrección por perjuicios económicos, en virtud de la regla general sobre compatibilidad de los diversos factores de corrección 127
- E. Que el porcentaje de incremento de la indemnización básica debe ser suficiente para que el lucro cesante futuro quede compensado en una proporción razonable, teniendo en cuenta que el sistema no establece su íntegra reparación, ni ésta es exigible constitucionalmente. En la fijación del porcentaje de incremento debe tenerse en cuenta la suma concedida aplicando el factor de corrección por perjuicios económicos, pues, siendo compatible, se proyecta sobre la misma realidad económica 128
- F. Que el porcentaje de incremento sobre la indemnización básica por incapacidad permanente no puede ser aplicado sobre la indemnización básica concedida por incapacidad temporal, puesto que el sistema de valoración únicamente permite la aplicación de un factor de corrección por elementos correctores de aumento cuando se trata de lesiones

permanentes a las que resulta aplicables la tabla IV	129
VI. LOSS OF EARNINGS EN EL DERECHO INGLÉS	131
1. The Odgen tables	135
VII. EL DEBER DE MITIGAR EL DAÑO COMO FÓRMULA DE CONTRAPESO DEL LUCRO CESANTE.....	138
BIBLIOGRAFÍA	147

