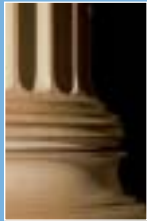


diario

LA LLEY

Año XXXI • Número 7322 • Lunes, 18 de enero de 2010

www.diariolaley.es



Columna

El dominio de las marismas

7



Tribuna

De nuevo sobre el concepto de *lex artis*

8



Jurisprudencia

Falta de práctica de una prueba imputable a una irregularidad de tramitación

13

DOCTRINA

LA LEY 20577/2009

Crisis inmobiliaria e indemnización como consecuencia de las operaciones de reemplazo

Pablo RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA

Responsable del Departamento de Derecho Procesal Manubens & Asociados Abogados

La prolongada crisis del sector inmobiliario y, singularmente, la constante depreciación de los inmuebles, constituye una buena excusa para detenerse en el estudio de una figura ya admitida por nuestros Tribunales: el resarcimiento por diferencia de costes o precios, en los casos en que, incumplido un contrato, la parte cumplidora celebra otro para suplir, en la medida de lo posible, la primera operación proyectada.

ciones de sustitución, se concede una indemnización equivalente a la diferencia de costes, en cuyo detalle entraremos posteriormente. Ello sin perjuicio de que por mi parte considero que este especial resarcimiento se otorga con una facilidad inaceptable; particularmente, sin tomar en consideración las circunstancias del caso y el comportamiento de cada una de las partes: del incumplidor y de quien, como consecuencia de la infracción contractual, celebra los negocios jurídicos de sustitución o reemplazo.

Desde luego, como cuestión de principio sólo puede afirmarse que los daños deben ser acreditados por parte de quien solicita su indemnización: así resulta, al margen del sentido común, del anteriormente vigente art. 1214 Código Civil (CC), del art. 217 Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), o del brocardo *incumbit probatio qui dicit, non qui negat*.

No obstante, no creo confundirme al afirmar que, para cualquier profesional del Derecho, ese principio se presenta con frecuencia en algo prácticamente vacío de contenido y requerido de múltiples precisiones: en definitiva, ante la riqueza de supuestos que la realidad nos ofrece (y, por tanto, de daños potencialmente reclamables), ¿hasta qué punto y con qué rigor deben acreditarse los perjuicios? ¿Cabe confiar en la aplicación de algún tipo de presunción, aun para ayudarnos a completar hechos meramente secundarios? ¿Cómo abordar la prueba cuando el acaecimiento de parte de los hechos en que se funda la indemnización no son seguros, pero sí altamente probables?

La respuesta a estas cuestiones no es sencilla, y obliga a consignar las anunciadas vacilaciones que nuestra jurisprudencia ha sufrido en esta materia. Ya adelantamos que este estudio muestra cómo los Tribunales oscilan desde la exigencia de la prueba más rigurosa de las imaginables (lo que abona la extendida idea de que, con carácter general, no debe con-

I. LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS, EN GENERAL: LA FALACIA DE SU RIGUROSA ACREDITACIÓN

Antes de adentrarnos en el estudio del peculiar régimen resarcitorio a que dan lugar las denominadas operaciones de sustitución o reemplazo, resulta conveniente hacer constar ciertas consideraciones acerca de la indemnización de daños y perjuicios en general; muy singularmente, acerca de la prueba requerida sobre aquellos daños.

No se oculta que la finalidad de estas reflexiones es llamar la atención acerca de que, aun reconociendo la singularidad de la indemnización derivada de las operaciones de sustitución, tampoco en la general indemnización de daños la prueba es tan rigurosa como en ocasiones se predica. O, cuando menos, se pretende recuperar la consciencia de que han convivido, y siguen haciéndolo, diversas corrientes sobre ese rigor probatorio.

Esas divergencias permiten comprender o, cuando menos, no sorprenderse tanto, ante la facilidad con la que, en las opera-

sumario

■ Doctrina	
Crisis inmobiliaria e indemnización como consecuencia de las operaciones de reemplazo	
<i>Pablo RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA</i>	1
■ Columna	
El dominio de las marismas	
<i>José ALMAGRO NOSETE</i>	7
■ Tribuna	
De nuevo sobre el concepto de <i>lex artis</i> : especial referencia a la doctrina de la pérdida de oportunidad y el daño desproporcionado o culpa virtual	
<i>María Jesús GALLARDO CASTILLO</i>	8
■ Jurisprudencia	
Selección de la jurisprudencia más destacada de todos los ámbitos	13

Audiencia Provincial de Navarra
la sentenciadel día
 Interpretación de la Ley 272 del Fuero Nuevo de Navarra
 Ponente: Lara González, Rafael

11



3652K11252

OPINIÓN

Partiendo de ciertos matices sobre el régimen general de la indemnización de daños, en este artículo se analiza la singular indemnización constituida, caso de incumplirse determinado contrato y se celebre en su lugar, por la diferencia entre el precio inicialmente pactado y el más adelante soportado por la parte cumplidora.

Específicamente en supuestos en que quien incumple es el vendedor, nuestros Tribunales han bendecido reiteradamente la posibilidad del comprador, que posteriormente contrata con un tercero por un precio superior, de reclamar la indemnización equivalente al sobrecoste derivado de esa contratación con terceros.

No obstante, dicho resarcimiento aparece concedido con carácter demasiado genérico, sin entrar a analizar las circunstancias del caso concreto y el comportamiento de la parte frente a quien el incumplimiento se produjo: particularmente, si con carácter previo instó el cumplimiento específico de la obligación, si notificó la resolución contractual o si, al celebrar el contrato de reemplazo, procuró actuar coherentemente con el principio que impone minorar el daño a quien lo sufre.

Por ello, en estas líneas se proponen determinados criterios a los que, a mi juicio, debe atenderse para que este singular tipo de resarcimiento pueda ser concedido.

No obstante, esta figura goza de gran actualidad no en los casos de incumplimiento del vendedor (en los que se centran los Tribunales), sino del comprador: en efecto, la realidad nos enseña a diario que muchas compraventas de inmuebles no llegan a formalizarse por causa proveniente del ámbito de aquel comprador: desde su imposibilidad para obtener la financiación necesaria, hasta su pérdida de interés en una operación cuyo coste no podrá luego repercutir.

Pues bien, de modo paralelo a lo que sucede cuando es el comprador quien celebra contratos de reemplazo, en este artículo se expone que el vendedor puede también ser resarcido por la diferencia entre el precio inicialmente pactado y el inferior al que luego vuelve a vender. En un contexto como el actual, la pasividad del vendedor conllevaría, no únicamente un perjuicio propio, sino también para el comprador inicial.

tarse con el resarcimiento del lucro cesante), hasta la toma en consideración de criterios de razonabilidad y, hasta cierto punto, probabilísticos. A pesar de que esta segunda postura pudiera parecer menos ajustada a Derecho, su aplicación ha respondido, principalmente, a criterios de justicia, así como de sanción a comportamientos claramente maliciosos. Más allá: dicha aplicación encuentra su fundamento último en la indiscutible regla esencial de la indemnización de daños y perjuicios: el principio de indemnidad, de acuerdo con el que el perjudicado debe ser colocado en la misma situación que tendría si jamás hubiera tenido que soportar el incumplimiento contractual (1).

Pasamos a exponer las anunciadas corrientes, diferenciando entre las relativas al daño emergente y al lucro cesante:

a) Respecto de la prueba del daño emergente, la necesidad de que sea especialmente rigurosa ha sido siempre la regla general: al fin y al cabo, nos hallamos ante daños cuya existencia y cuantificación está, por principio, perfectamente al alcance de quien pretende su resarcimiento.

Dejando al margen casos especiales, como los previstos en las leyes de Patentes y Marcas, que atienden a parámetros específicos (2), puede citarse, como ejemplo de esta postura, la STS de 10 de junio de 2000 (LA LEY 8636/2000): «(...) no basta el incumplimiento de una obligación para reclamar indemnización de daños y perjuicios, ya que ese incumplimiento no lleva consigo y en todo caso la producción de daños, los que han de ser probados y como derivados del incumplimiento ocasionado».

Como lógico complemento a lo anterior, se añade que la prueba de los daños no puede suplirse acudiendo a presunción alguna; dice la STS de 21 de abril de 1992 (LA LEY 14732-R/1992) que «(...) no puede aceptarse que el hecho de que ha de deducirse la presunción, conforme al art. 1249 del Código Civil, pueda basarse en aquella negativa de prueba de la parte demandada, lo que de ningún modo puede asimilarse al hecho que ha de estar "completamente acreditado", para poder basar en él una presunción, y en todo caso ninguna ilación, conforme al criterio humano que exige el art. 1253, existe entre tal hecho procesal y la conclusión obtenida de que se considere probada la existencia de unos daños».

Otras muchas sentencias se han manifestado en idéntico sentido; por ejemplo, las SSTS de 8 de febrero de 1955, 2 de abril de 1960, 8 de octubre de 1983 (LA LEY 8266-JF/0000), 17 de septiembre de 1987 (LA LEY 12552-JF/0000), 12 de mayo de 1994 (LA LEY 657/1994), 22 de julio de 1994 (LA LEY 956/1994), 8 de febrero de 1996 (LA LEY 7254/1996) y 28 diciembre 1999 (LA LEY 3239/2000) (3).

No obstante, en no pocas ocasiones nos planteamos una cuestión en la que con toda probabilidad encontraríamos la comprensión de cualquier lego en Derecho: siendo perfectamente indiscutido el incumplimiento, ¿no debo ser indemnizado? ¿No puedo, cuando menos, contar con alguna ayuda, algún empujón de parte del Ordenamiento jurídico, en mi pretensión de ser resarcido? Probablemente me sea imposible demostrar la cuantía exacta, hasta el último céntimo, de los daños que se me han ocasionado, pero no parece que ello pueda ser obstáculo para que la indemnización (cierta indemnización) me sea concedida.

Pues bien, a pesar de que a menudo nos olvidamos de ello, en no pocas ocasiones nuestros Tribunales han mostrado comprensión ante esa realidad, manifestando que si el incumplimiento y la relación de causalidad son claros, el resarcimiento debe ser concedido aunque el exacto importe de los daños no conste probado con todo rigor. Para entender esta doctrina, debe anticiparse que habitualmente diferencia dos supuestos: aquel en que se ha probado el incumplimiento, pero no la existencia de daños, y aquel en que, además, se considera constatada la concurrencia de daños (y, obviamente, su relación de causalidad con la infracción contractual). Es únicamente en este segundo caso en el que opera la tesis expuesta, de acuerdo con la que las dificultades en la exacta cuantificación de los daños no pueden obstar a la concesión de un resarcimiento.

De modo especialmente expresivo se manifiesta la STS de 23 de octubre de 1984 (LA LEY 9260-JF/0000), que, en un caso de infracción por parte de un arrendatario de industria, acaba manifestando, empleando unas palabras que se han hecho ya célebres: «con independencia de que el Tribunal a quo llega a la fijación de su cuantía apreciando con recto criterio los elementos de convicción aportados, es incontrovertible que en supuestos como el litigioso (negativa rotunda a cesar en la ilícita posesión de la industria arrendada, uso de todos los medios de impugnación para prolongar el estado de cosas, etc.), el mero incumplimiento lleva aparejada no ya la vehemente sospecha sino la certeza de que el otro sujeto de la relación ha sufrido perjuicios» (4).

En la misma línea se sitúa la STS de 5 de junio de 1985, que, analizando un supuesto de responsabilidad de arquitecto y aparejador por defectos constructivos, emplea una expresión que encontramos en otras muchas resoluciones judiciales: el incumplimiento genera *per se* un daño, entendido como una frustración en la economía de la parte cumplidora, bien sea en su interés material, bien en el moral. Añade esta resolución, también de modo muy sugerente, que reconocer la posibilidad de incumplimientos no ocasionadores de daños implicaría entender que la in-

fracción contractual ha operado en el vacío, como algo meramente intelectual y sin consecuencias prácticas.

Asimismo, esta sentencia impone la distinción antes mencionada: los casos en que la concurrencia de daño es dudosa —respecto de los que no es predicable esta doctrina—, y aquellos en los que, siendo segura la concurrencia de perjuicios, su exacta acreditación resulta discutible. Dice literalmente la sentencia: «(...) sin que por otra parte puedan equipararse los supuestos en los que hay una ausencia total de prueba respecto a la realidad de los daños y perjuicios, y aquellos otros en los que la falta o ausencia de elementos de convicción afectan no a la existencia de los daños, que se deducen del simple incumplimiento, sino a su cuantía».

El mismo criterio se refleja en la sentencia, también STS de 30 de septiembre de 1989 (LA LEY 12344-R/1989), que analiza un caso en el que el concedente de una opción de compra no sólo se niega a vender en favor del optante, sino que, para mayor gravedad en su incumplimiento, posteriormente vende la finca a un tercero.

En este supuesto, denunciada por el concedente de la opción la inaplicabilidad del art. 1454 CC (había sido condenado por la Audiencia a abonar una cantidad superior al doble de la entregada como prima), la sentencia, aun reconociendo que los hechos controvertidos no encajan en aquel precepto, convalida su aplicación, añadiendo a continuación algo tan sorprendente como que para establecer los daños sería igualmente lícito haber acudido a cualquier otro criterio cuantificativo. Se dice: «(...) aplicar análogamente el art. 1454 del Código Civil, el Tribunal a quo no hace sino fijar en el correcto uso de su facultad soberana la indemnización que estima pertinente, acudiendo para el señalamiento de su cuantía el módulo que representa el citado artículo, de la misma forma que podía haber acudido a cualquier otro parámetro».

En la misma línea puede citarse la STS de 7 de diciembre de 1990 (LA LEY 2158/1991), que analiza un caso extremadamente interesante, pues, rechazado el otorgamiento de cierta venta, considera que el vendedor, al haber continuado además ocupando injustificadamente el inmueble que debía ser objeto de dicho negocio, incurre en una doble responsabilidad: la derivada de la negativa a otorgar la venta, y la resultante de negarse a abandonar el inmueble.

Sobre esta base, la sentencia se plantea la indemnización a satisfacer por el incumplidor. Obviamente, aquélla debe comprender la penalidad prevista para el caso de negativa a otorgar la venta; sin embargo, el Tribunal duda de que ello otorgue a la parte cumplidora total compensación por los daños sufridos; en definitiva, si se cumplirá con el esencial principio de indemnidad. Pues bien

—acumulando al parecer dos consideraciones: la fáctica, consistente en la malicia del incumplidor, y la jurídica, por la que entiende que la ocupación es un incumplimiento distinto al previsto por la pena—, la sentencia concluye que la condena únicamente por dicha pena no sería coherente con la regla de indemnidad. En consecuencia, el Tribunal Supremo condena al incumplidor a abonar, además, 200.000 pesetas mensuales (importe que, sin demasiado rigor, había establecido el Juzgado). Se argumenta: «(...) dicha pena convencional, aun cuando deba ser entendida como absorbente y anticipadora de la indemnización de daños y perjuicios, al actuar como previa liquidación de los mismos (y no cumulativa o adicional con carácter rigurosamente penal o punitivo), ello no significa que todos los perjuicios producidos a la otra parte puedan entenderse absorbidos indefinidamente y más allá de lo que resulte del incumplimiento contractual» (5).

Arrastrando lo ya manifestando por las sentencias referidas, la STS de 15 de junio de 1992 (LA LEY 3367/1992) afirma que el principio de que el incumplimiento no lleva necesariamente aparejado un daño no puede jugar en todo caso.

En sentido similar, la STS de 22 de octubre de 1993 (LA LEY 15801-R/1993), que analiza un caso en que, arrendados determinados apartamentos, la arrendataria sigue ocupándolos más allá del tiempo taxativamente pactado.

El actor solicita que le sean abonados, no únicamente las rentas no satisfechas, sino, además, ciertas cantidades derivadas de la imposibilidad de disfrutar de los apartamentos durante el tiempo en que la demandada siguió maliciosamente ocupándolos. También en este caso la sentencia concede esa reclamación adicional, concluyendo: «No pueden alcanzar protección judicial ni reputarse situaciones de indemnidad las atribuidas a la parte culpable civil, desleal al contrato y egoísta en favor de sus intereses, pues, de otra manera, el incumplidor osado, contumaz y con pretensiones de avisado, tendría en sus exclusivas manos la posibilidad del cumplimiento de los negocios concertados y a su exclusivo arbitrio y capricho».

Llegado este punto, se impone algunos comentarios a las tres últimas sentencias, para tratar de comprender por qué acceden a indemnizar, no únicamente los daños que indudablemente proceden, sino también cantidades adicionales. Nótese que en todas esas sentencias:

i) Nos hallamos ante incumplimientos clamorosamente dolosos, lo que quizá llevó al Tribunal Supremo a aplicar, aun sin rigor, el art. 1107.2 CC («en caso de dolo, responderá el deudor de todos los [daños] que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación»).

ii) Lo que es más curioso, se trata de controversias en las que puede afirmarse que el incumplidor no lo es sólo de una obligación, sino de dos: recordemos que, en el primer caso, el concedente de la opción no sólo no vende al optante, sino que lo hace a favor de otra persona; en el segundo supuesto, el vendedor se niega a vender, y además permanece durante más tiempo en la finca, cuando bien pudiera, al menos, haberla abandonado; en el último caso, la arrendataria, al margen de no abonar las rentas, permanece en los locales más tiempo del convenido, generando así gastos adicionales a la parte contraria.

Quizá estas particularidades hagan más comprensibles las soluciones concedidas, y su intento de ser coherentes con el principio de indemnidad: considerándose incumplidas dos obligaciones, se entiende que no basta con otorgar la indemnización derivada de la infracción de sólo una de ellas, sino también la que, aun adoleciendo de cierta deficiencia probatoria, es consecuencia del incumplimiento de la otra.

En el mismo sentido, otras SSTs de 1 de julio de 1995 (LA LEY 838/1995), 18 de diciembre de 1995 (LA LEY 750/1996), 25 de octubre de 1996 (LA LEY 10188/1996) y 31 de diciembre de 1998 (LA LEY 141421/1998).

En definitiva, como puede comprobarse por las fechas de las sentencias que militan en una y otra posición (la más rigurosa y la más flexible), no puede afirmarse que ninguna de ellas haya quedado superada por la otra: ambas se mantienen en lo que podríamos denominar equilibrio inestable.

b) Respecto del lucro cesante, la dulcificación de una prueba extremadamente rigurosa constituía algo prácticamente obligado. Caso contrario sucedería que, siendo un daño inequívocamente resarcible (art. 1106 CC), quedaría de hecho vacío de contenido.

A pesar de ello, muchas sentencias se han mostrado sumamente exigentes en este punto, lo que ha extendido la ya mencionada sensación de que conseguir que el resarcimiento abarque el lucro cesante es algo que debe, como cuestión de principio, ser descartado. Así, por ejemplo, la STS de 30 noviembre de 1993 (LA LEY 13594/1993) afirma que «nuestra jurisprudencia 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 ventajas, sin que éstas sean dudosas o contingentes y sólo fundadas en esperanzas» (6).

No obstante, esta doctrina ha sido flexibilizada, sentándose el principio de que basta cierto grado de certidumbre acerca de la frustración del lucro para que éste deba ser resarcido. Dice la STS de 8 de julio de 1996 (Rec. 3542/1992): «Las ganancias que pueden reclamarse

son aquellas en las que concurren verosimilitud suficiente para poder ser reputadas como muy probables, en la mayor aproximación a su certeza efectiva. En todo caso, es preciso que se haya practicado prueba suficiente, respecto a la relación de causalidad entre el evento y las consecuencias negativas derivadas del mismo, con relación a la pérdida de provecho económico».

Más generosa se muestra la STS de 8 de junio de 2001 (LA LEY 5235/2001): «(...) ganancias que no eran dudosas o contingentes, o meramente esperadas, sino que respondían a una causa generadora constatada y en absoluto desprovista de certidumbre (como es “de ley” con arreglo a la reiterada doctrina de esta Sala), y especialmente si se tienen en cuenta las características del contrato de autos» (7).

Dejamos así elementalmente esbozado el panorama general, en el régimen general del incumplimiento contractual, respecto de la carga probatoria de los daños.

Ya adelantamos que la dulcificación de la necesidad de exacta y plena acreditación de tales daños es un primer paso para la comprensión de la indemnización, por diferencia de costes (o de beneficios, caso de incumplimiento del comprador), concedida en las operaciones de sustitución o reemplazo. Sin embargo, no por ello puede considerarse que esa singular indemnización es coherente con la expuesta flexibilización probatoria: principalmente, porque los Tribunales en absoluto toman en consideración (o únicamente lo hacen en levisima medida) el comportamiento de las partes, y porque algunas especialidades del resarcimiento resultante de las operaciones de reemplazo no afectan únicamente a la cuantificación del perjuicio, sino a la mismísima relación de causalidad.

II. LAS OPERACIONES DE SUSTITUCIÓN O REEMPLAZO: EL SUPUESTO DE HECHO

Por razones obvias, previamente al estudio de la indemnización derivada de las operaciones de sustitución o reemplazo se hace preciso delimitar qué entendemos por éstas. Con la siguiente advertencia previa: a pesar de que el fenómeno de la sustitución o reemplazo puede producirse con relación a negocios jurídicos de muy diversa naturaleza —compraventa, suministro, permuta, arrendamiento, etc.—, para mayor facilidad en adelante emplearemos únicamente la terminología propia de la compraventa.

Pues bien, hablamos de compras de sustitución o reemplazo cuando, incumplida determinada compraventa por causa imputable al vendedor, el comprador decide, o se ve obligado (como veremos, la distinción resulta esencial) a adquirir

de terceros bienes de iguales características a los inicialmente contratados.

Correlativamente, son ventas de sustitución o reemplazo las que se producen cuando el incumplidor es el comprador, y el vendedor transmite —de nuevo: bien porque libremente lo decide, bien porque está obligado— el bien a persona distinta.

Para el Derecho de daños, tales supuestos no merecerían especial atención si no fuera porque (como, por otro lado, puede adivinarse) es relativamente frecuente que el comprador frente a quien se incumplió celebre la compra de sustitución a un precio superior al inicialmente pactado, de modo que la nueva operación le resulta más onerosa que la que tenía la legítima expectativa de consumir.

Asimismo, caso de que el incumplidor sea el comprador, es frecuente que el vendedor, al celebrar la posterior venta, lo haga por un precio inferior, de modo que el beneficio que esperaba obtener se vea sensiblemente reducido.

Parece innecesario llamar la atención acerca de lo habitual de estos supuestos durante los últimos tiempos; muy particularmente, en casos de incumplimiento por parte de los compradores en la contratación inmobiliaria. La práctica nos ofrece ejemplos diarios de cómo una operación, concertada cierto tiempo atrás y, por tanto, con base a unos valores de mercado sensiblemente superiores, se frustra por causa proveniente de la esfera del comprador: desde su imposibilidad para obtener la financiación necesaria para formalizar la venta, hasta su pérdida de interés en la operación, pues es consciente de que le será posteriormente imposible revender a precios similares.

En estos supuestos, la cuestión, desde el punto de vista jurídico, es: ¿cabe que el comprador frente al que se incumplió reclame al vendedor inicial la que llamamos indemnización por diferencia de costes, esto es, por la diferencia entre el coste final de la operación (minuyendo) y el que inicialmente contrató (sustraendo)? ¿Puede el vendedor *in bonis* reclamar del comprador que incumplió la indemnización por la diferencia de beneficios entre la venta proyectada, e incumplida, y la posteriormente celebrada en su lugar?

Al margen de preceptos genéricos, estos casos no encuentran específica respuesta en nuestro Ordenamiento jurídico (ni, desde luego, tienen por qué). La prevención más específica es el art. 75 Convención de las Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de 11 de abril de 1980 (al que España se adhirió mediante Instrumento de 17 de julio de 1990), que es del siguiente tenor: «Si se resuelve el contrato y si, de manera razonable y dentro de un plazo razonable después de la resolución, el comprador procede a la com-

pra de reemplazo o el vendedor a una venta de reemplazo, la parte que exija la indemnización podrá obtener la diferencia entre el precio del contrato y el precio estipulado en la operación de reemplazo, así como cualesquiera otros daños y perjuicios exigibles conforme el art. 74 (que prevé el resarcimiento del daño emergente y lucro cesante, si bien con cierto tope)».

Como comprobaremos, esta regla ha sido con frecuencia aplicada por nuestros Tribunales en casos en que dicha Convención es perfectamente inaplicable.

Antes de analizar tales casos, debe advertirse que no serán aquí analizados otros en ocasiones confundidos con aquéllos: nos referimos a los conocidos como de «pérdida de oportunidades», referidos (al margen de su específica significación en el ámbito de la responsabilidad precontractual) a los supuestos en que el incumplimiento de una parte impide a la contraria llevar a cabo prestaciones y, por tanto, obtener determinados beneficios, pero en los que la parte *in bonis* no llega a celebrar la operación de reemplazo (8).

III. EL RESARCIMIENTO POR DIFERENCIA DE COSTES CONCEDIDO EN LAS OPERACIONES DE SUSTITUCIÓN O REEMPLAZO

Analizamos a continuación la solución otorgada a las reclamaciones de indemnización por la diferencia de costes, advirtiendo que, a diferencia del caso más frecuente en la actualidad (el incumplimiento del comprador en la contratación inmobiliaria), la inmensa mayoría de los casos analizados por nuestros Tribunales parten del incumplimiento del vendedor.

Ya adelantamos que aquéllos conceden a la parte *in bonis* la indemnización por la cantidad resultante de la diferencia entre: i) el precio pactado con el primer vendedor, que posteriormente incumple, y ii) el (superior) precio convenido entre el comprador y aquel con quien, ante dicho incumplimiento, finalmente contrata.

Con carácter general, la aplicación de semejante solución aparece, en la práctica totalidad de las ocasiones, desprovista de matices, pues se aplica sin considerar las circunstancias del caso y, en particular, el comportamiento de las partes: por ejemplo, si la parte cumplidora instó inicialmente el cumplimiento *in natura* o comunicó su decisión de resolver el contrato; si, una vez decidida a llevar a cabo la operación de reemplazo, esa parte *in bonis* optó por la más acorde al principio de minorar los daños, o si le acuciaba la premura para localizar una contratación alternativa. En definitiva, dicho resarcimiento se ha aplicado sin la sutileza que sugieren los dos adjetivos «razonable» contenidos

en el transcrito art. 75 de la Convención: el que se refiere al tiempo y el que adjetiva, en general, el modo en que la operación de reemplazo debe llevarse a cabo.

La primera sentencia del Tribunal Supremo sobre esta cuestión que alcanzó cierta celebridad fue la de 14 de febrero de 1964, que analiza un caso en que, concertado el suministro de 3.000 kilogramos de vino clarete, el suministrador incumple su obligación. Como consecuencia, el demandante reclama una indemnización equivalente a la diferencia de los costes inicialmente convenidos y los derivados de la contratación con otro suministrador de vino, que le vendió a un precio superior.

Aun posponiendo la exacta cuantificación de los daños para ejecución de sentencia (arts. 359 y 360 LEC 1881), el Tribunal Supremo estima íntegramente la demanda, sobre una base que resultó incontrovertida: que, en efecto, el precio del vino había aumentado sin descanso desde la celebración del contrato primitivo hasta la suscripción del de sustitución.

Un supuesto extremadamente semejante aparece analizado por la STS de 27 de marzo de 1974: pactada la entrega de 320.000 kilogramos de vino tinto filtrado, el suministrador únicamente entrega parte de lo acordado: concretamente, 144.350 kilogramos. De nuevo la sentencia condena al pago de la diferencia de costes derivados del cambio de suministrador: al igual que en el caso anterior, con base en la constancia (en este caso desconocemos si acreditada, notoria o supuesta) de que el precio del vino se había incrementado hasta en un 50%.

No obstante, esta sentencia aparece fundada en otro dato que, como se expondrá más adelante, considero determinante para acceder a esta reclamación; a saber: que, antes de acudir a la compra de sustitución, el contratante *in bonis* resolvió formalmente el contrato inicial, lo que permitió al vendedor adquirir conciencia de la potencial aparición de un sobre coste en la operación.

Poco después, el 30 de enero de 1976, el Alto Tribunal tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la misma cuestión, al examinar un supuesto en que el vendedor, comprometido a entregar 150 cerdos de ocho arrobas, a 485 pesetas la arroba, no cumple ese compromiso. Una vez más, la sentencia, con una alarmantería desidia argumentativa, concede una indemnización equivalente a la diferencia entre el coste de los cerdos de acuerdo con el contrato inicial y el posteriormente celebrado en su lugar.

En la actualidad, los Tribunales se muestran igualmente propensos (insistimos: sin atender suficientemente a las circunstancias del caso) a conceder indemnizaciones calculadas por la simple diferencia de costes. Analizando en primer

lugar la postura del Tribunal Supremo, citamos la sentencia de 14 de mayo de 2003 (LA LEY 12697/2003), que analiza una compraventa mercantil de mosto incumplida por el vendedor, que sólo puso a disposición del comprador 146.835 litros de aquella sustancia.

La sentencia concede a la parte actora el sobre coste sufrido, empleando las siguientes palabras: «(...) el precio que en el mercado tuviese en diciembre de 1994 el mosto comprado ha de ser el que sirva para establecer la diferencia con el precio de compra, y aquel precio era el de 520 pesetas por hectogramo».

Por lo demás, esta sentencia declara (casando aquí la sentencia de la Audiencia) que dicho sobre coste constituye un daño emergente, y no un lucro cesante: «si la compradora adquiere partidas de mosto para precaverse de las consecuencias del incumplimiento a un precio superior al contratado, serán un daño emergente que se le origina en su patrimonio, nada tiene que ver con el lucro cesante exacto, que son expectativas fundadas de ganancia con la venta de lo adquirido».

Por lo que respecta a la jurisprudencia menor, la SAP Palencia de 16 de marzo de 2009 (LA LEY 55281/2009) estudia un caso en que, contratada la entrega de 400 toneladas de trigo panificable, a 172 euros la tonelada, de nuevo el vendedor incumple su compromiso de entrega, hecho ante que el comprador, a través de otra empresa del ramo, adquiere las toneladas pendientes (concretamente, 282,86) sufriendo un sobreprecio de 24,31 euros por tonelada.

Reclamada por el contratante *in bonis* la diferencia entre el precio finalmente soportado y el pactado, el Tribunal vuelve a estimar la demanda. La sentencia resulta particularmente llamativa por su total falta de argumentación, pues, sin plantearse el más mínimo obstáculo, ni analizar el comportamiento de las partes, se limita a manifestar que los Tribunales tienen declarado que, en estos casos, los daños vienen constituidos por aquella diferencia; puede leerse: «TS establece (desde la añeja STS 14 de febrero de 1964, pasando por la intermedia de 30 de enero de 1976, o más reciente STS 14 de mayo de 2003) que los daños y perjuicios se cifrarán en la diferencia de precios pagados entre ambos momentos».

Al mismo argumento de simple autoridad acude la SAP Soria de 8 de abril de 2005 (LA LEY 77702/2005), que analiza un caso de incumplimiento de una compraventa de trigo, producido porque la constante subida de los precios impidió al vendedor adquirir para luego revender. Se afirma, sin más: «(...) según la doctrina jurisprudencial, los precios a tener en cuenta para la valoración del perjuicio, en supuestos como el presente en que hay un aumento del valor de la mercancía, son los del contrato y los de la fecha de cumplimiento del mismo

(STS Sala 1.ª de 14 mayo 2003, con cita de otras), siendo la diferencia entre ambos precios, lo que constituirá el importe a indemnizar».

Al menos, en este caso sí existe prueba suficiente del aumento del coste del producto, ya que el propio incumplidor así lo reconoció: de hecho, como hemos visto alegó ello como justificación de que su previa adquisición le era demasiado onerosa. Asimismo, cierto testigo declaró que, únicamente en un mes, el precio del cereal había subido un 9,4%.

Por su parte, la SAP Burgos de 3 octubre de 2005 (LA LEY 190971/2005) analiza un caso en que el suministrador incumplió su obligación de entregar 300 toneladas de trigo a 142,74 euros por tonelada. En la demanda se solicita de nuevo el resarcimiento por la diferencia de coste que comportó adquirir dicho producto de otras empresas.

En este caso, la parte incumplidora (que ante la Audiencia reconoció haber incumplido injustificadamente), combate —acertadamente, a mi juicio— dos extremos clave en relación con el modo de indemnizar que estamos analizando: la prueba de los daños sufridos por el comprador, y la relación de causalidad entre el incumplimiento y la necesidad de incurrir en costes más elevados. Puede leerse: «no haberse acreditado los requisitos de prosperabilidad de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios del artículo 1101 del Código Civil, por ausencia de perjuicio y, en todo caso, de nexa causal entre el incumplimiento del suministro atribuible a SERPAA SC y las compras realizadas por la Sociedad Cooperativa provincial Avícola y Ganadera, las cuales configuran el pretendido daño soportado».

A pesar de ello, la sentencia despacha esos argumentos limitándose a manifestar que el daño deriva del simple incumplimiento —primero—, y su exacta cuantificación, de la diferencia de costes —en segundo lugar—. Respecto de la prueba de la relación de causalidad, sencillamente desprecia su estudio: «El daño a la Cooperativa Avícola se deriva del incumplimiento del suministro contratado con SERPAA en el mes de octubre, y el perjuicio se materializa en la diferencia de precio que la Cooperativa Avícola tuvo que abonar entre el pacto con SERPAA en el mes de septiembre de 2003 (142,700 euros/tn) con el que efectivamente pagó a los proveedores del suministro de reemplazo, según los precios que regían en el mercado en el mes de diciembre de 2003 (156,86 y 169,28 euros/Tn) (...)».

Finalmente, topamos con una sentencia que sí entra a analizar algunos (no todos) de los criterios esenciales para que, en mi opinión, esta indemnización pueda ser otorgada: se trata de la SAP Asturias de 10 de mayo de 2007 (LA LEY 116503/2007), que resuelve una controversia derivada del acuerdo de sumi-

nistrar determinados tubos, que el adquirente debía a su vez instalar en una central térmica. Sin embargo, parte del material suministrado resultó inservible, ante lo que el material pendiente fue adquirido, por un precio superior, de un tercero.

En este caso, para conceder el sobreprecio derivado de la adquisición de reposición, la sentencia sí toma en consideración las concretas circunstancias del caso:

1) De un lado, los plazos de entrega eran esenciales: como se ha visto, el adquirente se había a su vez comprometido a instalar inmediatamente el material en una obra.

2) De otro lado, ante la recepción de la mercancía defectuosa, el adquirente no acudió presuroso a la resolución, sino que inicialmente exigió la inmediata reposición de aquélla. Únicamente cuando ese requerimiento fue desatendido, analizó la posibilidad de adquirir el material de un tercero.

IV. CRITERIOS A CONSIDERAR PARA QUE LA INDEMNIZACIÓN POR DIFERENCIA DE COSTES SEA PROCEDENTE

En el apartado anterior ya he denunciado la falta de precisión con la que nuestros Tribunales otorgan una indemnización que, por mucho que se tomen en consideración las atenuaciones operadas en la general acreditación de daños, sólo puede considerarse de excepcional.

De acuerdo con ello, trato a continuación de esbozar algunos criterios que creo deben ser considerados para que dicha indemnización sea concedida, diferenciados según afecten a la fase anterior o posterior a la celebración de la operación de sustitución. Ya advierto que, en definitiva, tales criterios están esencialmente orientados a tratar de evitar que quien reclama esta indemnización incurra en abusos o fraudes. La tentación que se le presenta no debe despreciarse: nótese que, ante cierta infracción contractual, es perfectamente posible que la parte *in bonis* consiga (mediante la realización a tiempo de la operación de reemplazo) ver satisfecha la prestación en su favor y, al mismo tiempo, pueda posteriormente obtener del incumplidor inicial una indemnización por diferencia de costes.

a) En la fase previa a la celebración de la operación de sustitución; más concretamente, desde el momento en que, en el desenvolvimiento del contrato inicial, tiene lugar el incumplimiento de una parte (en el sentido más laxo: se considere aquél resolutoria o no), debe sopesarse lo siguiente:

1.— Cuando se produce un mero retraso en la prestación, la importancia del plazo; muy particularmente, si tiene ca-

rácter esencial. Cierto es que, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho civil (paradigmáticamente, art. 1504 CC), en el Derecho mercantil el carácter esencial del término se presume (art. 61 CCom.: «no se reconocerán términos de gracia, cortesía u otros, que, bajo cualquier denominación, difieran el cumplimiento de las obligaciones mercantiles, sino los que las partes hubieren prefijado en el contrato o se apoyaren en una disposición terminante de Derecho»).

No obstante, considero que tampoco en la contratación mercantil debe darse por supuesto que el término es esencial a los efectos que aquí interesan, esto es, para legitimar al cumplidor para celebrar operaciones de reemplazo y reclamar la indemnización por la diferencia de costes.

Considero que, más allá del contenido de aquel precepto, debe escrutarse detalladamente la voluntad de las partes (arts. 1281 y ss. CC) para resolver si el plazo fue considerado determinante por aquéllas. Un dato puede ayudar en esa labor: si la parte *in bonis* se halla a su vez obligada a la inmediata entrega de lo que debe recibir, la esencialidad del plazo debe suponerse.

Como se recordará, así sucedía en el caso analizado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 10 de mayo de 2007, en la que el adquirente debía a su vez instalar el material recibido en una central térmica. En las demás resoluciones judiciales, este dato ni siquiera aparece tomando en consideración.

2.— Es discutible si, para poder reclamar la indemnización analizada, la parte cumplidora debe haber comunicado la resolución del contrato primitivo. Se trata de un requisito sí exigido por el Convenio de Viena (art. 75); no obstante, con alguna excepción, nuestros Tribunales no requieren dicha comunicación para legitimar la posterior reclamación de la diferencia de costes.

No parece la opción más prudente: considerando la especial naturaleza de esta indemnización, y la apuntada facilidad con la que se presta a abusos de la parte cumplidora, no debe darse cobertura a quien, ante determinado incumplimiento, no ejercita ninguna de las facultades previstas en el art. 1124 CC y, sin embargo, lleva a cabo, ocultándolo a la parte contraria, operaciones de reemplazo que pueden implicar para aquélla la necesidad de abonar una indemnización tan peculiar como la de diferencia de costes.

Por ello, considero que la parte *in bonis* debe, antes de considerarse libre para concertar las operaciones de reemplazo, optar por notificar la resolución o reclamar el cumplimiento *in natura*.

Es más: para conceder mayor garantía al incumplidor ante una posterior reclamación por diferencia de costes, pare-

ce lo más sensato que en la propia notificación de resolución se haga específicamente constar la intención de celebrar operaciones de sustitución.

3.— De modo similar, puede también debatirse acerca de si, antes de entrar a celebrar operaciones de sustitución, la parte cumplidora debe reclamar el cumplimiento *in natura* de la obligación a ese momento infringida.

De nuevo, se trata de algo no requerido por la inmensa mayoría de las sentencias analizadas. Ciertamente, en apoyo de ese general entendimiento puede alegarse que, acaecido cierto incumplimien-

Tampoco en la contratación mercantil debe darse por supuesto que el término es esencial a los efectos que aquí interesan, esto es, para legitimar al cumplidor para celebrar operaciones de reemplazo y reclamar la indemnización por la diferencia de costes

to, el art. 1124 CC no privilegia ninguna de las alternativas, de modo que la parte cumplidora tiene libérrima opción de elegir entre reclamar el cumplimiento o la resolución, posibilidades ambas (no sólo la primera) que llevan anudada la posible reclamación de daños.

Como es sabido, en su momento se discutió si, de optarse directamente por la resolución, procedía la indemnización de daños: particularmente, la del lucro cesante. Si bien el estudio de este debate excede el ámbito de este trabajo, bastará aquí con indicar que parte de la doctrina denunció la contradicción que constituiría dejar sin efecto el contrato a través de la resolución y, al mismo tiempo, defender su vigencia intelectual a los efectos de legitimar la reclamación del lucro cesante, únicamente procedente proyectando la subsistencia de la relación contractual.

Aunque esa tesis no prosperó, en la actualidad puede detectarse cierto rastro de la misma. Me refiero a la siguiente idea: si bien, con carácter general, la resolución contractual legitima para reclamar también el lucro cesante, si ante cierto incumplimiento se opta apresuradamente por la resolución —añado: pareciendo haberse esfumado el interés en el cumplimiento, sustituido por el de reclamar posteriormente la indemnización—, sólo procederá el resarcimiento por el interés contractual negativo. Dice, por todas, la SAP Cantabria de 20 de septiembre de 2002 (LA LEY 153245/2002): «(...) como la cumplidora opta por la resolución, y no por el cumplimiento, el resarcimiento, en congruencia con la naturaleza de la resolu-

ción y con los efectos retroactivos de ésta, habrá de serlo del interés contractual negativo» (9).

Pues bien, a mi entender esta doctrina (más que discutible con carácter general) sí debe aplicarse en el ámbito que estamos examinando. Por tanto, quien ante un incumplimiento pretenda posteriormente solicitar la indemnización por diferencia de costes debe requerir, en primer lugar, el cumplimiento específico de la obligación.

La razón es, de nuevo, el carácter especial de esta indemnización y la facilidad que presenta para el fraude, ante lo que considero garantía elemental para el incumplidor, con simple base en el art. 1258 CC, disponer de tempestiva oportunidad de subsanar su inicial incumplimiento.

Las dos últimas cuestiones (si debe haberse instado el cumplimiento *in natura*, y si debe haberse resuelto el contrato originario) merecen especial atención en el marco de la compraventa mercantil. En particular porque, según se ha interpretado, el art. 329 CCom. («si el vendedor no entregare en el plazo estipulado los efectos vendidos,

podrá el comprador pedir el cumplimiento o la rescisión del contrato, con indemnización, en uno y otro caso, de los perjuicios que se le hayan irrogado por la tardanza») legitima al comprador para reclamar el resarcimiento, además de sin necesidad de incumplimiento culpable, sin requerimiento previo al vendedor incumplidor. Dice, por ejemplo, la STS de 11 de junio de 2002 (LA LEY 6542/2002): «A diferencia de lo establecido en el artículo 1101 del Código Civil, el artículo 329 del Código de Comercio no exige incumplimiento culpable o doloso de su obligación por el vendedor, sino que basta con que desatienda su prestación de entrega para que se origine el derecho del comprador a ser resarcido de los daños o perjuicios que con tal inobservancia se le hayan causado, sin que sea necesario requerimiento judicial o extrajudicial alguno para que el comprador pueda dirigir su acción en reclamación de los mismos» (10).

De acuerdo con las tan reiteradas especialidades de la indemnización por diferencia de costes, considero que este régimen específicamente mercantil debe encontrar aquí una excepción, de modo que para reclamar aquélla sea igualmente necesario haber requerido el cumplimiento específico y, de no ser atendido, haber notificado formalmente la resolución.

b) Por lo que respecta al criterio rector al momento de la celebración de la operación de sustitución, deriva de un principio bien conocido y con el que aquí se debe ser especialmente exigente: el principio por el que quien sufre un daño, cuyo resarcimiento pretenderá, debe ha-

cer lo posible para que aquél sea el menor posible.

Si bien se trata de un principio con escaso reflejo en nuestro Derecho positivo (primer inciso del art. 17 Ley de Contrato de Seguro), puede considerarse principio general del Derecho a los efectos del art. 1.4 CC (11).

Como también hemos denunciado, nuestros Tribunales tampoco se molestan a analizar este principio, y omiten estudiar si, al buscar alternativas de reemplazo, la parte *in bonis* ha hecho lo posible para tratar de que el sobrecoste haya sido el menor posible. No puede aceptarse semejante omisión; si bien resulta en extremo difícil determinar con nitidez las actuaciones que impone este deber de minorar el daño, me permito apuntar las siguientes:

i) Que, con carácter previo a la celebración de la operación de reemplazo, el cumplidor haya examinado diversas alternativas, de modo que sea claro —salvo en caso de extraordinaria premura—

que no que ha aceptado el primer negocio sometido a su consideración (o incluso el más costoso, con la esperanza de poder más adelante reclamar al incumplidor un daño superior).

ii) Que la parte *in bonis* justifique que el precio ha sufrido, desde la celebración del contrato inicial hasta la del de reemplazo, una efectiva elevación.

Si bien centradas en las compras de reemplazo, las consideraciones expuestas son igualmente predicables respecto de las ventas del mismo carácter: siempre que se cumplan los requisitos expuestos (la concurrencia de un incumplimiento total o un retraso resolutorio, que en primer lugar se inste el cumplimiento específico y, cuando éste no sea posible, se notifique la resolución), en ellas es perfectamente admisible reclamar el resarcimiento por la cantidad resultante de restar, al precio inicialmente convenido, el que más tarde se pacta con el nuevo comprador. Su base y fundamento son los mismos que cuando es el vendedor quien in-

cumple. Ello sin perjuicio de que, evidentemente, aquí no resulta adecuada la denominación de indemnización por diferencia de costes, debiendo más bien hablarse de indemnización por diferencia de precios o beneficios.

Una particularidad debe hacerse constar, en comparación con los casos habitualmente analizados por nuestros Tribunales. Dada la evolución que muestra, desde hace tiempo, el mercado inmobiliario, podría entenderse que el intento de celebrar una venta posterior es, no sólo un derecho del vendedor, sino también una obligación: ese ulterior contrato no será únicamente algo por él deseado (aun como segunda opción), sino también potencialmente beneficioso para quien incumplió el contrato original. Adviértase que, si tras la frustración de la primera venta, el vendedor optase por permanecer inmóvil, el mantenimiento de la tendencia a la baja del mercado inmobiliario haría que la indemnización a abonar por el comprador fuera superior a la que resultaría de una venta de reemplazo.

Por último, cabe preguntarse si, cuando en el período transcurrido entre la celebración del contrato y el pago de la totalidad del precio se hubieran modificado sensiblemente los valores del mercado, entre los requisitos para que el vendedor pueda reclamar esta indemnización se encuentra el ofrecimiento al comprador de cierta rebaja en el precio, o una modificación de las condiciones (singularmente, de los plazos de pago). Al margen de lo que el vendedor considere más inteligente, no parece que semejante comportamiento pueda imponerse al vendedor: con las excepciones de Cataluña y Navarra, es sabido que el precio estipulado no tiene por qué coincidir con el valor real, y la equidad en que dicho comportamiento del vendedor pudiera basarse no puede prevalecer sobre lo pactado, ley entre partes (arts. 1091 y 3.1 CC). Obviamente, cosa distinta es si en estos supuestos el comprador podría alegar la ahora resucitada (al menos por algunos) cláusula *rebus sic stantibus*, lo que no es objeto de estas líneas. ■

NOTAS

(1) Dice, por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2005 (LA LEY 10703/2006): «(...) la indemnización por daños ha de comprender el daño emergente y el lucro cesante, pero teniendo la indemnidad del perjudicado como límite del resarcimiento (Sentencias de 26 de noviembre de 1994 (sic), de 13 de abril de 1987, de 28 de abril de 1992), por cuanto el resarcimiento tiene por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento (Sentencias de 6 de octubre de 1982, de 2 de abril de 1997)».

(2) Dice el actual art. 43 Ley de Marcas, de 7 de diciembre de 2001: «1. La indemnización de daños y perjuicios comprenderá no sólo las pérdidas sufridas, sino también las ganancias dejadas de obtener por el titular del registro de la marca a causa de la violación de su derecho (...). 2. Las ganancias dejadas de obtener se fijarán, a elección del perjudicado, con arreglo a uno de los criterios siguientes: a) Los beneficios que el titular habría obtenido mediante el uso de la marca si no hubiera tenido lugar la violación. b) Los beneficios que haya obtenido el infractor como consecuencia de la violación. c) El precio que el infractor hubiera debido pagar al titular por la concesión de una licencia que le hubiera permitido llevar a cabo su utilización conforme a derecho. 3. Para la fijación de la indemnización se tendrá en cuenta, entre otras circunstancias, la notoriedad, renombre y prestigio de la marca y el número y clase de licencias concedidas en el momento en que comenzó la violación. En el caso de daño en el prestigio de la marca se atenderá, además, a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión en el mercado».

De modo similar, el art. 66 Ley de Patentes de 20 de marzo de 1986.

(3) Dice la última de esas sentencias: «(...) la regla general es que el incumplimiento contractual no genera per se el desencadenamiento inexorable de los daños y perjuicios y de su reparación. Incumbe al reclamante la carga procesal u onus

probandi de su demostración y concreción. Así resulta de una tradicional doctrina al respecto —ad exemplum, sentencias de 15 de octubre de 1912, 1 de abril de 1913, 31 de mayo de 1944, 9 de diciembre de 1949, 6 de mayo de 1960, 6 de octubre de 1961, 16 de mayo de 1964, 11 de marzo de 1967, etc., y más recientemente, en las de 8 de noviembre de 1983, 7 de mayo de 1991 y 5 de marzo de 1992—».

(4) El párrafo completo es del siguiente tenor: «(...) el hecho de haberse negado categóricamente los locatarios a la devolución de la industria arrendada una vez cumplido el término estipulado de los diez años, infringiendo manifiestamente la obligación que les venía impuesta por los artículos mil quinientos cuarenta y tres y mil quinientos sesenta y uno del mismo Cuerpo legal, constituye un claro incumplimiento de aquélla (...) no puede ponerse en duda la certeza de la lesión económica sufrida por los arrendadores, pues con independencia de que el Tribunal a quo llega a la fijación de su cuantía apreciando con recto criterio los elementos de convicción aportados, es incontrovertible que en supuestos como el litigioso (negativa rotunda a cesar en la ilícita posesión de la industria arrendada, uso de todos los medios de impugnación para prolongar el estado de cosas, etc.) el mero incumplimiento lleva aparejada no ya la vehemente sospecha sino la certeza de que el otro sujeto de la relación ha sufrido perjuicios».

(5) Dice la sentencia: «Pero dicha pena convencional, aun cuando deba ser entendida como absorbente y anticipadora de la indemnización de daños y perjuicios, al actuar como previa liquidación de los mismos (y no cumulativa o adicional con carácter rigurosamente penal o punitivo), ello no significa que todos los perjuicios producidos a la otra parte puedan entenderse absorbidos indefinidamente y más allá de lo que resulte del incumplimiento contractual propiamente dicho, pues lo contrario supondría que el incumplidor contumaz y avisado tendría en sus manos la posibilidad de vaciar de contenido y efectos la previsión cautelar de la propia cláusula sancionadora, al poder aquél, a su arbitrio y de forma unilateral,

retrasar el desalojo efectivo del inmueble continuando su ocupación de mala fe hasta considerarse compensado de las cantidades perdidas por aplicación de la cláusula contractual pactada».

(6) De forma similar, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1993 (LA LEY 968-5/1993): «(...) si bien es verdad, que la indemnización por daños causados por el incumplimiento contractual, alcanza, junto al valor de las pérdidas sufridas el de las ganancias dejadas de obtener, no lo es menos que la doctrina jurisprudencial (SS 22 de junio de 1967, 6 de junio de 1968, 25 junio y 6 julio 1983) es constante en exigir para la indemnizabilidad de perjuicios el que sean ciertos y probados y por lo que, en concreto, hace el lucro cesante, su acreditamiento con rigor al menos razonable, sin que baste la consideración de pérdidas dudosas o contingentes».

(7) En la misma línea, la SAP Almería de 2 de julio de 2003 (LA LEY 116502/2003): «(...) indemnización de daños y perjuicios, al señalar que comprenden no sólo al valor de las pérdidas, sino también el de las ganancias que se hayan dejado de obtener, es decir, el de las ganancias frustradas o lucro cesante que, con cierta probabilidad, fuera de esperar en el desarrollo normal de las circunstancias concurrentes y que en este caso es perfectamente determinable porque se basa en el hecho terminante y plenamente acreditado de que la ganancia de la recurrida está definida en la documentación elaborada por la propia recurrente en el marco contractual en el que se desarrollan sus relaciones con la recurrida, fijándose en el 100% del precio de compra (folios 33 a 40), por lo que el lucro cesante reclamado está basado en hechos concretos y no en expectativa de futuro».

(8) Buenos ejemplos de casos de «pérdida de oportunidades» son los analizados, entre otros, por la SAP Valladolid de 14 de julio de 2009 (LA LEY 143072/2009) y por la de la SAP Salamanca de 16 de junio de 2008 (LA LEY 202877/2008).

(9) Por todas, la SAP Cantabria de 20 de septiembre de 2002 (LA LEY 202877/2008):

«Pero como la cumplidora opta por la resolución, y no por el cumplimiento, el resarcimiento, en congruencia con la naturaleza de la resolución y con los efectos retroactivos de ésta, habrá de serlo del interés contractual negativo. Es decir, se trata de colocar al contratante en aquella situación patrimonial en que se encontraría si el contrato no se hubiese concluido; y no la que resultaría del cumplimiento íntegro y perfecto de la obligación, pues a ello se renunció al resolver. Puede, por tanto, el acreedor reclamar el resarcimiento de aquellos gastos e inversiones que el incumplimiento torna inútiles; o el pago de los intereses debidos como consecuencia de esas inversiones; o el de los gastos necesarios para la reposición de aquellos bienes o derechos que, estando en el patrimonio del acreedor antes del contrato, resultan destruidos por causa de la falta de ejecución, etc. No puede, sin embargo, reclamar el acreedor el beneficio que habría obtenido si la contraparte hubiera cumplido su obligación, porque con la resolución no se busca el cumplimiento del contrario, sino precisamente la destrucción del contrato».

(10) En igual sentido, por ejemplo, la STS de 19 de septiembre de 1988.

(11) Por todas, la SAP Valencia de 31 de marzo de 2005 (LA LEY 72241/2005): «En relación con este informe, se ha de destacar el contenido de la declaración en el acto de juicio de DON Braulio —emisor del mismo— quien además de proceder a su ratificación, vino a poner de manifiesto que su obligación como perito de la entidad aseguradora es la de minimizar el daño, y tras explicar las condiciones en que se encontraban los alimentos por razón de la presencia de signos de descongelación y de recongelación, estimó que sólo podía ser utilizado para el consumo animal por la pérdida de valor, sin que finalmente fuera posible encontrar comprador para la mercancía demeritada, indicando expresamente que no hubo ninguna prohibición por parte de la entidad FRIGORÍFICOS DELFÍN en orden a la venta de la mercancía, pero de haber existido tal prohibición no hubieran atendido a la misma, por razón de su obligación de minorar el daño».