

Doctrina del TS sobre el daño in re ipsa

Llamas Pombo, Eugenio

Práctica de Derecho de Daños, Nº 122, Sección Editorial, Primer trimestre de 2015, Editorial LA LEY

No puede pasarse por alto la importancia de la (en el momento en que redacto estas líneas) reciente STS (Sala Primera) de 10 de septiembre de 2014, de la que es ponente D. Francisco J. ORDUÑA MORENO, que ha venido a fijar como doctrina jurisprudencial que en los casos de incumplimiento de la obligación de entrega de la vivienda en el plazo acordado, no procede otorgar el resarcimiento derivado por el lucro cesante (*lucrum cessans*) de forma automática, por aplicación de la doctrina del daño ex re ipsa, por lo que incumbe la carga de su realidad y alcance a la parte que lo reclame. Se trata de un supuesto de permuta de solar por obra futura, en que los demandantes ejercitaban una acción de cumplimiento del contrato, y reclamaban además una indemnización por lucro cesante derivada del retraso en la entrega de la vivienda, con relación al valor de uso o arrendamiento de la misma.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a los demandados exclusivamente al cumplimiento del contrato, absolviéndolos del resto de pedimentos. La AP Granada, sin embargo, revocó la sentencia del Juzgado a fin de estimar también la pretensión indemnizatoria contenida en la demanda, por considerar aplicable al caso la doctrina del daño ex re ipsa.

El Tribunal Supremo, por el contrario, acertadamente en el planteamiento del asunto, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandados, casa la sentencia recurrida y confirma la del Juzgado. Afirma, a tal efecto, que conforme a su propia doctrina, el mero retraso en la entrega de la cosa, por sí solo, no resulta determinante de la resolución del contrato, y cuando ésta se produce, se declara el alcance indemnizatorio que pueda derivarse, que debe ser convenientemente separado y diferenciado del efecto restitutorio, con la consiguiente prueba y cuantificación del mismo, especialmente cuando el daño o perjuicio alegado cursa por la vía del lucro cesante o ganancia dejada de obtener, el cual debe de ser probado con una razonable verosimilitud, particularmente en aquellos supuestos, como el del presente caso, que fuera de ganancias ya existentes con anterioridad, se proyecta sobre ganancias futuras o expectativas de las mismas.

En definitiva, una vez más, se trata de distinguir entre la *aestimatio rei*, o sea, el mero efecto restitutorio de las prestaciones derivado de la resolución contractual, y el *id quod interest*, o resarcimiento de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento y, seguramente, de la resolución misma. Para lo primero, ningún daño hay que demostrar. Y para lo segundo, como venimos insistiendo desde nuestro Cumplimiento por equivalente y resarcimiento al acreedor desde los años noventa, es necesaria la cumplida demostración y cuantificación del perjuicio.

Una cosa es, como dice la sentencia que comentamos, la flexibilización del presupuesto de la prueba del daño por parte de la doctrina jurisprudencial en el caso del daño contractual, y otra muy diferente abandonar la doctrina general acerca de la necesidad de diferenciar la realidad y alcance del perjuicio irrogado tras el incumplimiento de la obligación. De modo que, cuando el incumplimiento no determina, por sí mismo, la relevancia del daño ni existe una norma que anuda la consecuencia resarcitoria a la sola actuación antijurídica del incumplidor, debe exigirse al demandante que aporte la debida prueba de los extremos que justifican su pretensión indemnizatoria.

Hace ya algunos años escribíamos en esta misma tribuna que, en el ámbito de la responsabilidad contractual, no es extraño encontrar referencias a la existencia de un daño in re ipsa (el TS a veces lo denomina ex re ipsa) en la

doctrina y la jurisprudencia. Suele identificarse con el daño estrictamente derivado de la falta de prestación debida, la lesión del expectation interest al que aluden FULLER-PERDUE, o el daño mínimo que «necesariamente» se produce para el acreedor, por el mero hecho de no recibir la prestación que le es debida, la primera partida en la liquidación de daños contractuales.

Así, la doctrina y el Tribunal Supremo vienen acogiendo «la posibilidad de apreciar el efecto indemnizatorio por el simple incumplimiento, referida a supuestos en que el incumplimiento determina por sí mismo un daño o perjuicio, una frustración de la economía de la parte, en su interés material o moral» (SSTS 18 julio 1997, 29 y 31 diciembre 1998, 16 marzo 1999).

Consciente de las dificultades teóricas que encierra tal afirmación, la STS 29 marzo 2001 ya aclaraba que ello no significa abandonar la doctrina general de que el incumplimiento contractual no desencadena de manera inexorable los daños y su reparación, sino que supone reconocer que en los mencionados supuestos el incumplimiento puede dar lugar per se a la indemnización, cuando esa frustración de la economía de la parte es una consecuencia forzosa (STS 25 febrero 2000), o natural e inevitable (SSTS 22 octubre 1993 y 18 diciembre 1995), o se trata de daños incontrovertibles (STS 20 septiembre 1989), evidentes (STS 23 febrero 1998) o patentes (STS 25 marzo 1998). Y en términos idénticos se pronuncia la STS 25 febrero 2000.

Ya hace años que puse de manifiesto las cautelas y observaciones que tal doctrina merece. En primer lugar, como han puesto de relieve los mejores comentaristas de nuestro Código Civil, se deben atajar aquellas consideraciones doctrinales que tratan de ver una diferencia entre el daño incontrovertible y un daño ulterior, con objeto de eximir en el primero de prueba del daño y de la culpa. Y en segundo término, parece claro que no hay ninguna razón para mezclar esa partida, el daño in re ipsa, con el auténtico daño, el verdadero perjuicio a los bienes vitales, derechos, patrimonio e incluso expectativas del acreedor, de valoración siempre mucho más difícil (pensemos, por ejemplo, en el resarcimiento de los daños futuros). Como dice CARRASCO, «no es nunca daño la no-prestación considerada como tal, la ausencia del deber de entrega, de cumplimiento en general. La no prestación sitúa al acreedor en la posibilidad de reclamarla por medio de la acción de cumplimiento, no de daños. Si no se entrega el aceite vendido, el aceite en cuanto tal no es una partida del lucro cesante, sino la prestación debida; lucro cesante es la impedida reventa del mismo». Y no es lucro cesante (y por tanto no es daño) ni el aceite en cuanto tal, ni su mero equivalente pecuniario, cuya prestación no es más que una forma subsidiaria de cumplimiento de la obligación.

En el ámbito contractual, como bien ha aclarado ahora el TS, de la acción de cumplimiento del contrato no se deriva, por sí sola, la relevancia o transcendencia jurídica del retraso como pretensión indemnizatoria por lucro cesante que, por tanto, debe probarse con una razonable verosimilitud, atendido un juicio de probabilidad objetivable.

Tal vez sólo pueda hablarse de verdadero daño in re ipsa en un caso concreto, y siempre dentro del ámbito contractual: el de la ruptura o resolución unilateral del contrato, con grave lesión del que doctrinalmente se conoce como «el interés contractual en la permanencia y cumplimiento del contrato», según el cual «cuando el acreedor tiene en virtud de contrato una pretensión al mantenimiento de una situación jurídica con cuya pretensión se lucra, tiene un interés en la permanencia del vínculo», cuya lesión ha de indemnizarse: no lo tiene el mandatario, pero sí el arrendador de servicios o de obra, quien tiene acción para reclamar daños cuando el deudor frustra un provecho esperado (STS 2 julio 1960). Es el caso de la STS 16 marzo 1999, cuando razona que en supuestos «de donde resulta una situación de incumplimiento contractual provocada única y exclusivamente por una de las partes, dicha circunstancia ya determina por sí misma la obligación reparadora...», pues lo contrario

equivaldría a sostener que el contrato operó en el vacío y sus vicisitudes, en concreto, las conculcaciones de las partes, no habrían de tener ninguna repercusión, pues así se contravendría la fuerza vinculante de los negocios obligacionales y las consecuencias previstas en los arts. 1258 y concordantes del CC», con cita de las SSTS 30 septiembre 1989, 22 octubre 1993 y 29 diciembre 1998.

Dejamos ahora de lado la admisibilidad de un daño extracontractual *in re ipsa*, donde ni siquiera existe ese interés contractual o prestacional, y por tanto resulta mucho más complicada, por larga que resulte la imaginación del legislador (cuando el art. 9.3 de la L.O. 1/1982 de 5 de mayo (LA LEY 1139/1982), de protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen presume la existencia de perjuicio una vez acreditada la intromisión ilegítima en tales derechos), y de algunas (y digo «algunas» porque no puede hablarse precisamente de criterio unánime) sentencias del TS en materia de propiedad industrial (recuérdese la STS 1 junio 2005, corregida luego, eso sí, por la STS 17 julio 2008) y competencia desleal.

En el ámbito contractual, como bien ha aclarado ahora el TS, de la acción de cumplimiento del contrato no se deriva, por sí sola, la relevancia o transcendencia jurídica del retraso como pretensión indemnizatoria por lucro cesante que, por tanto, debe probarse con una razonable verosimilitud, atendido un juicio de probabilidad objetivable.

Mejor sería, a nuestro modo de ver, acabar de un plumazo con esa (supuesta e inexistente) teoría del daño *in re ipsa*, para no tener que dar tantas explicaciones a la hora de aplicar, lisa y llanamente, los principios generales de toda regla resarcitoria: se resarce todo el daño y nada más que el daño, cuando resulta probado. Sin atajos teóricos que no tienen verdadero fundamento histórico, legal o doctrinal.

Eugenio Llamas Pombo

ellamas@usal.es

