

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA FIGURA DEL LUCRO CESANTE

Azahara Rodrigo Alarcón

Sumario: 1. Introducción. 2. Desarrollo histórico. 2.1 Desarrollo histórico del lucro cesante, con especial referencia al ámbito de los contratos. 2.1.1 Derecho Romano Clásico. 2.1.2 Época Postclásica y Derecho Justiniano. 2.1.3 Análisis de los distintos pasajes del Digesto. 2.1.4 Desarrollo posterior. 2.2 Lucro cesante en el ámbito delictual. 3. Breve referencia al artículo 1106 del Código Civil y a sus antecesores.

1.- INTRODUCCIÓN.

Con el término “daño” se hace referencia a la lesión o menoscabo que sufre una persona en la integridad física o psíquica de sus bienes o derechos presentes o futuros. En el análisis de los daños que son relevantes para el Derecho y provocan la intervención del ordenamiento jurídico¹ ha de distinguirse entre los que son de naturaleza patrimonial (pérdidas sufridas y ganancias dejadas de obtener) y los que afectan al cuerpo o a la mente de la persona, esto es, los llamados daños psicofísicos o daños biológicos (vida, integridad física, creencias, sentimientos, dignidad, estima social, salud mental, etc.).

En el presente estudio se expondrá cuál ha sido la evolución histórica de un tipo de daños en concreto, las ganancias dejadas de obtener, pretensión indemnizatoria que por lo general integra el *petitum* de toda demanda de indemnización de daños, y sobre la que existen numerosos pronunciamientos jurisprudenciales.

El espíritu más litigioso de los damnificados ha conducido a que los daños, que se habían asumido en tiempos pretéritos como fruto del infortunio, sean ahora reclamados al considerarse que quien ha causado el perjuicio es quien debe repararlo. Y a ello se une la tendencia a incrementar, a veces de forma injustificada, la indemnización reclamada, exigiendo en muchos casos, bajo expectativas ilusorias, cantidades que no sólo vendrían a reparar o compensar el daño, sino producir un enriquecimiento injusto. Ello ocurre sobre todo en relación con las ganancias frustradas, para las que las indemnizaciones solicitadas alcanzan a veces cifras exorbitantes, producto de unos abstractos “sueños de ganancia”.

1 Existen otros daños que no tienen relevancia para el Derecho y que deben ser soportados por quien los sufre, por ejemplo los daños (humos, ruidos...), que provengan de las relaciones de vecindad, siempre y cuando no excedan de ciertos niveles. En todo caso según la STS 19 febrero 1962, la determinación de los daños, con relevancia jurídica, es tarea de los Tribunales en cada caso concreto, señalando además que carecerán de efectos jurídicos las simples molestias, que no puedan equipararse a los daños propiamente dichos.

Esto explica la posición restrictiva que ha mantenido la jurisprudencia a la hora de conceder indemnizaciones por este concepto, al entender que estos daños responden a meras expectativas, que no disfrutaban del requisito de certeza necesario.

No obstante, el desarrollo histórico, y así lo ha recogido el Código Civil, da cabida a tal concepto dentro de los preceptos que regulan la indemnización de daños, por lo que carece de respaldo normativo una postura totalmente restrictiva a su concesión, aunque sí resulta pertinente una cierta cautela a la hora de indemnizar, debido al carácter por lo general futuro y contingente de tales perjuicios². Por ello a pesar de esa posición inicialmente restrictiva de la Jurisprudencia se ha experimentado una progresiva evolución, que tiende a ampliar su reconocimiento e indemnización.

Para que el lucro cesante sea indemnizado es requisito indispensable que el perjudicado demuestre que esa ganancia se hubiera obtenido con un alto grado de probabilidad según el curso normal de los hechos, constituyendo, en esencia, un problema de prueba. Y puede ser éste el motivo por el que la doctrina española no ha tratado en profundidad la cuestión, limitándose a definir ante qué tipo de daños nos encontramos y a poner de relieve las dificultades probatorias que obstaculizan su reconocimiento.

Sin profundizar por el momento en ninguna disquisición sobre la prueba o a los factores que intervienen en la determinación de la cuantía de este daño me limitaré a exponer lo que pudo ser la evolución histórica del lucro cesante.

2.- DESARROLLO HISTÓRICO.

2.1. Desarrollo histórico del lucro cesante, con especial referencia al ámbito de los contratos.

El intento de análisis de la génesis y desarrollo de la figura del lucro cesante como un concreto tipo de daño ha de examinarse dentro de la disciplina más amplia y general del Derecho de daños. La evolución experimentada por el Derecho Romano en este punto revelará los cambios a que se ha visto sometida esta materia.

Originariamente la indemnización de daños se limitaba al mero valor objetivo de la cosa dañada, prescindiendo para su cálculo de cualquier otro perjuicio que surgiese de forma conexas. Existía una gran preocupación por la objetividad, que se desvanecía al analizar la esfera subjetiva de la persona dañada. Se presumió que este interés subjetivo era superior al valor objetivo de la cosa. De este modo, en la gran mayoría de los casos, el perjudicado tendría interés en que se le indemnizase cualquier perjuicio derivado del hecho dañoso, mientras que el causante preferiría una valoración de la indemnización sustentada sobre parámetros objetivos. Ello sin perjuicio de los casos en los que no hubiese utilización lucrativa del bien o derecho dañado, de modo que el interés subjetivo sería nulo y al dañado le resultaría mas ventajoso que se le indemnizase en la medida del valor objetivo de aquellos.

² La calificación que realmente dota de un carácter diferencial a estos daños no es tanto su carácter futuro, lo cual depende del momento del fallo judicial, si no la contingencia o la posibilidad de que una cosa suceda o no; es decir, aquello que no es empíricamente constatable. Su indemnización dependerá del grado de probabilidad con el que el Tribunal estime que dicho daño se hubiere producido por el caso en concreto.

Sin perjuicio de la especial atención conferida al valor objetivo del bien o derecho dañado que aparece en distintos pasajes del Digesto, que excluyen del *quantum* indemnizatorio las cantidades que compensarían por las ganancias dejadas de obtener por entender que pertenecían a la esfera subjetiva del individuo, el mismo texto contuvo otros fragmentos en los que la indemnización por daños y perjuicios incluyó la compensación de los distintos intereses subjetivos de las partes, para su cuantificación se atendió a criterios individuales, anómalos y singulares.

Remontándonos históricamente en la búsqueda del tratamiento dado al lucro cesante, no se encuentra la citada denominación dentro de las fuentes del Derecho Romano, sino que comenzó a ser utilizada como término técnico a partir de la Edad Media, sin embargo su indemnización si aparecía prevista en aquellas fuentes.

2.1.1.- Derecho Romano Clásico.

Generalmente es aceptado que hasta la época del Derecho Romano Clásico sólo eran susceptibles de indemnización los daños que se derivasen del suceso de forma abstracta y objetiva, si bien no existe unanimidad sobre la indemnización del lucro cesante en esta etapa; Lo que no cabe lugar a dudas es que el sistema de indemnización del lucro cesante fue desarrollado por los juristas postclásicos³, que prepararon el camino que conduciría a una generalización de la indemnización por este concepto⁴. Retornando de nuevo al análisis del Derecho Romano Clásico debe mencionarse que el resarcimiento de perjuicios tenía un origen procesal⁵, consecuencia del procedimiento formulario. La indemnización de daños y perjuicios debía ser planteada a través de la acción preceptiva⁶, que dependía de diversos criterios entre los que se encontraba el del tipo de bien o derecho dañado. Esto daba lugar a una disparidad de criterios valorativos y a un gran casuismo⁷. El punto común que sin embargo mantuvieron todas las *actios* fue la obligatoria *condemnatio pecuniaria*. La sistematización de las distintas *actios* que aparecieron dentro del Derecho Romano Clásico no deja de ser complicada, a pesar de lo cual se ha podido elaborar la siguiente clasificación en función del tipo de bien dañado:

Los daños a un *certum* eran valorados por el juez en base a la fórmula “*quanti ea res est (o erit)*”; Se tenía en cuenta el valor objetivo de la cosa, sin atender a otras consecuencias perjudiciales que pudiesen derivarse del daño⁸. Este fue el sistema indemnizatorio de las acciones según la fórmula “*quanti ea res est*” durante toda la época Clásica. Así, en la *stipulatio, legado por damnationem* -constitutivos de negocios formales- la libertad del juez a la hora de determinar el *quantum* de la indemnización quedaba limitada por el valor del objeto de la prestación.

Los supuestos comprendidos bajo la fórmula “*quanti ea res erit*” experimentaron una evolución; No fueron entendidos como casos estrictos de *certum*, lo que provocó una valoración e indemnización de los daños que el perjudicado había sufrido de forma concreta. Se originó, el primer acercamiento entre los criterios que se tenían en cuenta

3 BELOW [1964], p. 78.

4 BELOW [1964], p. 127.

5 ARIAS RAMOS y ARIAS BONET [1990], p. 593.

6 KASER [1965], p. 162. El término indemnización fue extraño en ésta época para los romanos que no conocían ese deber general de reparar los daños, sino que se limitaban a analizar exclusivamente los casos particulares.

7 KASER [1971], p. 499.

8 La referencia al valor objetivo de la cosa fue designada con expresiones como “*verum rei pretium*”, “*aestimatio rei*”, entre otras.

para valorar los daños producidos en los *certum* y el de los *incertum*, y que continuaría en la época Postclásica.

Dentro de este tipo de acciones se incluyeron los casos de daños causados a esclavos beneficiados con una herencia, la cual pertenecería junto al propio esclavo al adjudicatario del mismo. Las circunstancias subjetivas del esclavo, como sería su nombramiento como heredero o legatario se consideraron insertas dentro de su propio valor objetivo y así se indemnizaba. Así lo dice Paulo en D. 9.2.23, pr:

“*Por eso escribe Neracio que, si hubiera sido muerto un esclavo instituido heredero, se computa también el valor de la herencia*”⁹.

La herencia fue entendida como un elemento accesorio unido al esclavo, por lo que se pudo integrar en el propio valor objetivo del mismo y aplicársele la estructura de la presente fórmula¹⁰.

En cuanto al momento que se tomaba como referencia para valorar el bien o derecho dañado debe distinguirse igualmente entre la fórmula “*Quanti ea res est*”, que atendía al valor que la cosa tuviese en el momento de la *litis contestatio*; Y la “*Quanti ea res erit*”, que consideraba ese valor en el momento del pronunciamiento de la sentencia. En ambos casos quedaba incluido dentro de la prestación indemnizatoria el posible aumento de valor que hubiese experimentado el *certum* desde el instante en que se causó el daño hasta el momento que la fórmula indicaba.

Dentro de los supuestos de daños a cosa cierta quedaban incluidas también las acciones con fórmula arbitraria (depósito, comodato, prenda, entre otras). La indemnización por daños al objeto de estos contratos incluía el valor de los frutos y acciones que se desprendiesen de forma objetiva del mismo, mientras que no se consideraron susceptibles de indemnización, por constar de caracteres subjetivos, los lucros que hubiesen podido proceder de la reventa del bien o los frutos que se hubiesen obtenido mediante la destreza individual. No obstante, ha de quedar claro que la concesión de una indemnización para compensar estas ganancias frustradas, si en algún caso se concedió, quedaba limitada a aquellos supuestos tipificados, mientras que para el resto se denegaría. También debe destacarse que la jornada de trabajo fue estimada como un *certum*, y la *actio operarum* se incluyó dentro de estos casos¹¹.

Otro de los supuestos lo constituía la valoración de un *incertum* que quedó recogida bajo la fórmula “*quidquid... dare facere oportet*”, como todo aquello que conviene dar, hacer o prestar conforme a la buena fe (con o sin la adición de la expresión *ex fide bona*); En tales casos sólo se suministraban al juez los hechos en los que se fundamentaba la acción, proporcionándole una mayor libertad a la hora de establecer el *quantum* de la indemnización, puesto que podía evaluar tanto el precio de la cosa así como el de otras posibles prestaciones accesorias. En estos tipos de acciones la medida de la indemnización se adecuaba al caso concreto o al grupo de casos de un mismo tipo¹².

Aunque ya en ésta época se puedan apreciar indicios en algunas acciones de un acercamiento al criterio de reparación del *id quod interest*, no se llegó a configurar un sistema indemnizatorio como el que hoy conocemos¹³.

9 D. 19.1.31.1.

10 BELOW [1964], pp. 123 ss. Analiza en su obra la medida en que puede entenderse como lucro cesante a los distintos aumentos de valor que se producen en los bienes o derechos.

11 KASER [1971], I, pp. 492-493.

12 KASER [1971], I, p. 500.

13 Tanto el §249 BGB y el art. 1106 CC expresan que a la hora de indemnizar unos daños se debe atender a todas las consecuencias que a causa del mismo se le hayan podido ocasionar al perjudicado.

El juez tuvo también amplia libertad para valorar los daños en los casos incluidos dentro de los *bonae fidei iudicia*¹⁴.

En conclusión, el Derecho Romano Clásico se encontraba lastrado por la defensa de la objetividad dentro de las hipótesis de indemnización de daños, y se negaba la posibilidad de compensar otros perjuicios que no estuviesen constituidos por el exclusivo valor objetivo de la cosa dañada. Se aducían argumentos como la insegura relación de causalidad que surge entre la acción u omisión que ha causado el daño y el propio perjuicio; en otras ocasiones se referían a la complejidad que surgía al establecer unos límites a las causas con relevancia jurídica para causar el daño, cuando no a la dificultad que entrañaba la prueba. Se consideraba que en muchos casos la relación causal no existiría y en otros se estimaba injusto imputar el débito al deudor, por el hecho de que la cadena causal pudiese haber tomado un giro imprevisible o anómalo¹⁵.

2.1.2.- *Época Postclásica y Derecho Justiniano.*

Ya a finales de la época Clásica y comienzos de la Postclásica van desapareciendo las diferencias existentes entre las acciones de Derecho estricto y aquellas otras donde el juez poseía una mayor libertad para valorar los daños. Pero es en la época Postclásica en la que comienzan a limarse las diferencias entre una valoración general, que atendía a criterios objetivos determinados por el valor de la cosa, y las valoraciones individuales, que se servían de las circunstancias del acreedor concreto. Para el cómputo de los daños se van a tener en cuenta las circunstancias subjetivas de los perjudicados, incluso en las demandas en las que se solicitaba la compensación por un *certum*¹⁶. Pierde relevancia también en este periodo la regla que establecía el momento de referencia para computar los daños.

Pero el cambio más relevante para el reconocimiento generalizado de la indemnización del lucro cesante llegará con el Derecho Justiniano, etapa a partir de la que se indemniza todos los perjuicios que se hayan causado, con atención preferente a la valoración del interés. No obstante, Justiniano se limitó a la redacción de un cuadro general recogido dentro de la Constitución *Cum pro eo*, que trataba de encuadrar las dispersas *actios* del Derecho Romano Clásico, pero sin llegar a culminar la tarea, de forma que muchas decisiones particulares, que continuaron reguladas en los distintos pasajes del Digesto, contradecían lo promulgado en su Constitución¹⁷.

Sin perjuicio de las antítesis que se puedan encontrar entre ambos textos, la Constitución *Cum pro eo*, perteneciente a la época del Derecho Postclásico, recogió de forma expresa, no ya la mención al término amplio de interés, sino el reconocimiento expreso de la indemnizabilidad del lucro :

C. 7.47: “ *Et hoc non solum in damno, sed etiam in lucro nostra amplectitur constitutio, quia et ex eo veteres quod interest statuerunt.*”

§249 BGB: “ Quien está obligado a realizar una indemnización de daños, ha de reponer el estado que habría existido si la circunstancia que le hace responsable de la indemnización no hubiera ocurrido”. Artículo 1106 CC: “ La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor”.

14 GAYO, 4, 62: “Los juicios de buena fe son éstos: el de compraventa, el de arrendamiento, el de gestión de negocios ajenos, el de sociedad, el de mandato, el de depósito, el de fiducia, el de tutela, el de reclamación de la dote”.

15 BELOW [1964], p. 124.

16 KASER [1971], II, p. 344.

17 LANGE [1955], p. 32 y ss. Para otros autores no queda totalmente claro si los fragmentos del Digesto que se oponían al lucro cesante perdieron vigencia, o quedaron simplemente como excepciones.

La *Lex Unica* contenida en la Constitución *Cum pro eo* estableció unos límites que restringían la cantidad máxima a conceder en los supuestos de indemnización de daños. Una de las hipótesis que se han planteado al analizar los motivos que llevaron a la promulgación de esta Ley, es que Justiniano intentó frenar los excesos que se debieron producir a la hora de conceder indemnizaciones, por lo que las limitó al doble del valor de la prestación¹⁸ :

C. 7.47: “... *hoc quod interest dupli quantitate minime excedere...*”

Justiniano y los compiladores son quienes continúan, por tanto, el camino que conduciría a la generalización de las indemnizaciones por lucro cesante. La limitación del *duplum* en ella contenida no se aplicó a los supuestos de daños dolosos. Esta disposición fue considerada como vinculante en el Derecho Común, y en Francia se extendió esa vinculatoriedad hasta el siglo XVII, sirviendo a partir del XVIII con un mero carácter orientativo.

2.1.3.- Análisis de los distintos pasajes del Digesto.

Si se realiza a continuación un análisis pormenorizado de los distintos pasajes del Digesto se puede llegar a las siguientes conclusiones: En principio todos toman como punto de partida el hecho de que el causante de un daño ha de indemnizar a la víctima, pero no mantienen esa uniformidad para la determinación del alcance del daño a indemnizar. Se encuentran así pasajes en los que se admite un reconocimiento de la indemnización de ganancias dejadas de obtener¹⁹, frente a otros que las deniegan:

D. 46.8.13: “ *Si commissa est stipulatio ratam rem dominum habiturum, in tantum competit «ex stipulatio actio», in quantum me interfuit, id quod est quantum mihi abest quantumque lucrari potui*”.

Especial mención merecen los casos de muerte, hurto o evicción de esclavos que hubiesen sido beneficiados con una herencia o legado²⁰, ya que a pesar de su consideración como daños en cosa cierta, la indemnización del valor de la herencia o legado constituía en esencia la compensación por un lucro cesante:

D. 47.2.52.28: “*Si servus surreptus heres institutus fuerit, furti iudicio actor consequetur etiam pretium hereditatis, si modo servus, antequam iussu domini adeat, mortuus fuerit; condicendo quoque mortuum idem consequetur*”.

Aparecen pasajes que contienen la indemnizabilidad de las diferentes consecuencias patrimoniales que se generan a raíz de un daño físico, es decir, las ganancias dejadas de obtener por hombres libres a causa de una lesión, no así los propios daños

18 Biondi afirma que “Giustiniano è tendenzialmente ostile al lucro”. Otra opinión diferente Ratti.

19 Otros lugares destacados: D. 9.2.23, D. 9.2.22. D.19.1.31: “*Si ea res, quam ex emto praestare debebam, vi mihi adempta fuerit, quamvis eam custodire debuerim, tamen propius est, ut nihil amplius, quam actiones persequendae eius praestari a me emtori oporteat, quia custodia adversus vim parum proficit; actiones autem eas non solum arbitrio, sed etiam periculo tuo tibi praestare debebo, uti omne lucrum ac dispendium te sequatur*”. D. 43.8.2.11: “*Dammum autem pati videtur, qui commodum amittit, quod ex publico consequabatur, qualequale sit*”. C. 7.47: “*El hoc non solum in damno, sed etiam in lucro nostra amplectitur constitutio, quia et ex eo veteres quod interest statuerunt*”.

20 D. 9.2.23.2; D. 9.2.51.2; D. 21.2.8; D. 21.2.51.3. D. 19.1.31.1: “*Et non solum, quod ipse per eum acquisit, praestare debeo, sed et id, quod emtor iam tunc sibi tradito servo acquisiturus fuisset*”. D.9.2.23.pr: “... *si servus heres institutus occisus sit, etiam hereditatis aestimationem venire*”. D. 13.1.3: “*Si condicatur servus ex causa furtiva, id venire in conditionem certum est, quod intersit agentis, veluti si heres sit institutus, et periculum subeat dominus hereditateis perdendae*”.

inferidos en el cuerpo, ya que se consideraba a éste como inestimable²¹. La indemnización de este tipo de perjuicios trae causa de la consideración del día de trabajo como un *certum*:

D. 9.1.3: “ *Ex hac lege iam non dubitatur, etiam liberarum personarum nomine agi posse, forte si paternifamilias aut filiumfamilias vulneraverit quadrupes ; scilicet ut non deformitatis ratio habeatur, quum liberum corpus aestimationem non recipiat, sed impensarum in curationem factarum, et operarum amissarum, quasque amissurus quis esset inutilis factus*”. Gai. 7 ed. Prov.

Pero como apuntaba más arriba, otros fragmentos niegan que el lucro cesante fuese susceptible de indemnización²²:

D. 19.1.21.3: “ *Cum per venditorem steterit, quo minus rem tradat, omnis utilitas in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit: neque enim si potuit ex vino puta negotiari et lucrum facere, id aestimandum est, non magis quam si triticum emerit, et ob eam rem, quod non sit traditum , familia eius fame laboraverit: nam pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur*”²³.

La *cautio damni infecti* lo excluyó de su ámbito aplicativo como presupuesto para conceder legitimación en orden a plantear algunas acciones. Por lo tanto los pasajes a ella referidos no afectan a la extensión del *quantum indemnizatorio*, sino a la legitimación²⁴.

En cuanto al tema de los *fructuum fructus* se niega su indemnización en D.50.8.2.5:

“*Si indemnitas debiti frumentariae pecuniae cum suis usuris fit, immodicae et illicitae computationis modus non adhibetur, id est, ne commodorum commoda et usurae usurarum incrementum faciant*”.

En lo relativo a la *hereditatis petitio*, la mayor parte de los fragmentos del Digesto parecen reconocer una indemnización por ganancias dejadas de obtener (D. 5.3.41.1 “*Fructus computandos etiam earum rerum, quas defunctus pignori accepit, Iulianus ait*”).

Del análisis de los distintos pasajes del Digesto que abordan la materia se advierte, en primer término, el elevado número de divergencias existentes en lo que a la

21 D. 9.3.7: “ *Quum liberi hominis corpus ex eo, quod deiectum effusumve quid erit, laesum fuerit, iudex computat mercedes medicis praestitas ceteraque impendia, quae in curatione facta sunt ; praeterea operarum, quibus caruit, aut cariturus est ob id, quod inutilis factus est. Cicatricum autem, aut deformitatis nulla fit aestimatio, quia liberum corpus nullam recipit aestimationem* ”. Gai. 6 ed. Prov.

22 D. 18.6.19: “ *Venditori si emtor in pretio solvendo moram fecerit, usuras duntaxat praestabit, non omne omnino, quod venditor mora non facta consequi potuit, veluti si negotiator fuit, et pretio soluto ex mercibus plus, quam ex usuris querere potuit*”. D. 9.2.29.3: “ *...et circa retia piscatorum, in quae navis piscatorum inciderat, aestimarunt. Plane si culpa nautarum id factum esset, lege Aquilia agendum. Sed ubi damni iniuria agitur, ob retia, non piscium, qui ideo capti non sunt, fieri aestimationem, quum incertum fuerit, an caperentur*”.

23 El presente fragmento ha sido interpolado según opiniones de Haymann, Kaser, Levy, mientras que otros autores, como Pringsheim, Ratti y Voci, mantienen su pertenencia a la época clásica.

24 D. 47.2.72.1: “ *Eius rei, quae pro herede possidetur, fructi action ad possessorem non pertinet, quamvis usucapere quis possit, quia fructi agere potest is, cuius interest rem non surripi; interesse autem eius vedetur, qui damnum passurus est, non eius, qui lucrum facturus esset*”.

D. 39.2.26: “ *Veluti si iuxta mea aedificia habeas aedificia, eaque iure tuo altius tollas, aut si in vicino tuo agro cuniculo vel fossa aquam meam avoces; quamvis enim et hic aquam mihi abducas, et illic luminibus officias, tamen ex ea stipulatione actionem mihi non competere, scilicet quia non debeat videri is damnum facere, qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur, prohibetur, multumque interesse, utrum damnum quis faciat, an lucro, quod adhuc faciebat, uti prohibeatur ; mihi videtur vera*”.

indemnización del lucro cesante se refiere, por lo que no se puede sostener sin ningún tipo de matizaciones que se admitiese por el Texto un reconocimiento generalizado de la indemnización por este concepto, pero tampoco que ésta se denegase de forma absoluta. En todo caso, es cierto que aparecen muchos más lugares que reconocen la indemnizabilidad de las ganancias frustradas, por lo que se podría afirmar que existió una tendencia mayoritaria hacia su reconocimiento a partir de la etapa del Derecho Romano Clásico, si bien los autores que han estudiado los textos latinos encuentran en ellos numerosas interpolaciones²⁵. VOCI señala fundamentalmente, y con una gran seguridad, la incluida en D. 46.8.13 pr., “ *id est quantum mihi abest quantumque lucrari potui* ”²⁶. Por el contrario HAYMANN defendió que todos los textos que concedían indemnización en concepto de lucro cesante eran originales, opinión también dudosa, pues es probable que todas las fuentes que admitían un resarcimiento completo de las ganancias dejadas de obtener no perteneciesen al Derecho Romano Clásico y se encontrasen interpoladas. Se debe también prescindir de la opinión de GUARNERI, para quien todos los fragmentos que reconocían una indemnización por lucro cesante al perjudicado se encontraban interpolados o parafraseados.

Para BELOW la indemnización de los daños sufridos en concepto de lucro cesante fue ya reconocida en el Derecho Romano Clásico, aunque la figura se desarrolló con posterioridad²⁷.

2.1.4.- Desarrollo posterior.

Después de haber analizado las distintas etapas del Derecho Romano nos centraremos en poner de relieve algunos hechos que significativamente habrían tenido relevancia en el desarrollo de la figura.

La influencia del Cristianismo también se dejó sentir en el ámbito de la indemnización de daños, y así como los intentos de represión de la usura no afectaron a la indemnización del daño emergente, se rechazó la concesión de un lucro cesante como inmoral en los supuestos de deudas de dinero. Por ello los autores intentaron encontrar un fundamento a su concesión.

En el siglo XI fueron los Glosadores los que se dedicaron a actualizar los textos latinos; partieron en su tarea del análisis de las fuentes, lo que les condujo a negar que hubiese existido un derecho a indemnización por el lucro cesante en la época Clásica²⁸. En cambio afirma que los autores postclásicos y bizantinos contribuyeron a su reconocimiento e indemnización. Se constata que todas las glosas que confieren un derecho al perjudicado para reclamar por los daños causados en la forma de lucro cesante muestran en su construcción ciertas coincidencias. Los Glosadores persiguen la elaboración de un cuadro general de la situación, prescindiendo de los casos particulares que se habían configurado a través del Procedimiento formulario.

25 VOCI [1938], p. 63 y ss. LANGE [1955], p. 32 y ss. BELOW [1964]. Pringsheim, Guarneri-Citati.

26 VOCI [1938], p. 64. Con gran seguridad tal como manifiesta. LANGE [1955], p. 34, se encuentra interpolado D.13.4.2.8: “...en esta <acción> arbitraria entre el interés y más allá de la tasa legal del interés ¿Qué diremos si el acreedor solía emplear el dinero en comprar mercancías: acaso contará, no sólo el valor del perjuicio, sino también el del lucro <cesante>? Creo que también el del lucro <cesante>. Otra de las pruebas a favor del reconocimiento de que el texto originario fue modificado por obra de los Glosadores, es la adición de la expresión “*sed hodie secus*”, que contenían los textos. En todo caso, este párrafo permite la indemnización de otras ganancias, reconociendo la indemnización del lucro cesante, comenzando una línea que tenderá hacia el cómputo abstracto de los daños (*abstrakten Schadensberechnung*).

27 BELOW [1964], p. 123, en los términos que hemos expuesto.

28 LANGE [1955], p. 34: Cita a Guarneri-Citati, Pringsheim y Voci, y en contra Haymann.

Será preciso analizar la Doctrina del Derecho Común para comenzar a hablar de una forma clara del lucro cesante, pues si como se ha visto, el reconocimiento de la indemnización del lucro cesante era ya conocido en la época Clásica y Posclásica, se consiguió un mayor margen de tolerancia y un reconocimiento general de la figura a través del desarrollo llevado a cabo por el Derecho Común.

ACCURSIO intentó introducir con sus glosas la indemnización del lucro cesante como regla general, pero se vio compelido a modificar posteriormente el resto de glosas, al no haber partido de una previa homogeneización. Es ésta la razón por la que aparecerán contradicciones entre ellas, algo sin duda inevitable dada la magnitud de su trabajo.

BARTOLO apoyándose en la distinción causa próxima y causa remota, distingue dos tipos de lucro: *lucrum contingens circa ipsam rem* y *ex ipsa rem*. Para el primero fija como ejemplo la ganancia que se produciría por el aumento de valor de un objeto que permanece inalterado²⁹. Mientras que el lucro *ex re* correspondería por una parte a aquellas ganancias que están adheridas a la cosa; Por ejemplo la herencia del esclavo que serían indemnizadas bajo la óptica del antiguo y del nuevo derecho, y otras ganancias a las que no tendría derecho el poseedor de la cosa, sin especificar a qué clase de ganancias se hace referencia.

BARTOLO se contentó finalmente con observar en qué acciones era susceptible de indemnización el lucro cesante y en cuales no³⁰.

BALDUS acepta en principio la división efectuada por BARTOLO, si bien entenderá que se encuentran incluidos dentro del lucro *circa rem* supuestos como los ya vistos de la herencia de un esclavo, y considera que no deben ser indemnizados los daños remotos. En cuanto a los comerciantes señala que será indemnizado el *lucrum mercaturae solitae venit*³¹, pero no el *insolitae non venit*³².

Algunos autores de época moderna también han analizado la cuestión relativa a la indemnizabilidad del lucro cesante. Así COING ha estimado que sólo el “*interesse circa rem*” era susceptible de indemnización y que la limitación referida al doble del valor de la cosa, contenida dentro de C. 7.47.1, sería de aplicación a los casos de valoración de otros intereses distintos al valor objetivo de aquélla. Indica además que la indemnización del lucro cesante raramente se admitió, debido a que ciertos pasajes del Digesto negaban su reconocimiento y a la dificultad de su prueba. En todo caso excepción de tales hipótesis a los comerciantes, que presume que sí verían reconocidos esos intereses³³.

Tras las primeras oscilaciones, se estableció por la Doctrina y la Jurisprudencia, que los comerciantes podían solicitar una indemnización por lucro cesante³⁴, lo cual tuvo una importante dimensión procesal, al exigir al comerciante la prueba de su concreta posibilidad de ganancia.

Mediante las Glosas se hicieron importantes trabajos preparatorios dirigidos a la configuración de la Teoría del cómputo abstracto de los daños; Es decir, a la constatación de un cierto daño mínimo que en cualquier caso padece el comerciante al que se le

29 D. 19.1.3.3: “*Si per venditorem vini mora fuerit, quominus traderet, condemnari eum oportet, utro tempore pluris vinum fuit, vel quo venit, vel quo lis in condemnationem deducitur; item quo loco pluris fuit, vel quo venit, vel ubi agatur*”.

30 Se concede: D. 47.2.52.28; D. 13.1.3; D. 46.8.13; D. 13.4.2.8; D. 13.4.4 entre otras.

31 D. 13.4.2.8.

32 D. 18.6.20; D. 3.5.24.

33 COING [1996], I, p. 557 y ss.

34 Probado por Endemann y Stampe. COING [1996], p. 557.

irroga un daño, y cuya prueba resulta compleja. Este cambio del Derecho llevó a reconocer incluso los *interesse alterius interesse*.

A pesar de ello, se mantuvieron numerosas limitaciones, considerando algunos autores (Baldus), que el *lucrum spei* podía proceder de *propinquum handele*, así como la idea de que la decisión su indemnización debía ser abandonada a la concreta *aequitas*³⁵: sólo el verdadero y justo lucro debía ser indemnizado³⁶.

2.2. Lucro cesante en el ámbito delictual.

En el terreno delictual, el análisis de la indemnizabilidad de los daños lo centraré fundamentalmente en la *Lex Aquilia de damno*³⁷, datada en torno al año 286 a. C. La Ley Aquilia estableció que del hecho de haber causado un daño a otra persona surgía una *obligatio* entre ambas. Se configuró originariamente como una de las *legis actiones*. Posteriormente quedó incluida como un tipo de acción dentro del procedimiento formulario, mediante la que se concedía al perjudicado el valor máximo que pudiese tener la cosa dañada en un determinado lapso de tiempo. En caso de que se discutiese la cuantía del bien, un árbitro fijaría su estimación, y se incluiría en ella no sólo el valor objetivo de la cosa dañada, sino también el lucro cesante³⁸.

La Lex Aquilia se dividía en tres capítulos, de los que me referiré al primero y al tercero. En el primero se hablaba del daño causado al *dominus* por la muerte de sus esclavos o animales; En ese caso la condena se establecía según el valor máximo de mercado que hubiesen tenido en el año anterior al hecho lesivo³⁹. Y podía ocurrir que la persona dañada consiguiese de esta forma más indemnización que el perjuicio efectivamente sufrido⁴⁰.

El tercer capítulo se refiere a daños distintos de la muerte, causados a esclavos o animales, así como a daños a cosas inanimadas, muebles o inmuebles susceptibles de propiedad⁴¹. Es relevante en este capítulo el hecho de que la cuantía del resarcimiento alcanzase el perjuicio económico efectivo referido a los treinta días próximos al evento que causó el daño. El resto de leyes no precisaron si se debería atender al valor máximo que la cosa alcanzase en esos treinta días, aunque fue presumido por Gayo⁴². Con este capítulo la *Lex Aquilia* dio cobertura indemnizatoria a los probables aumentos de valor que hubiese experimentado la cosa desde el momento en que se causó el daño y hasta el transcurso del plazo de treinta días.

También pudo plantearse la hipótesis contraria, es decir, que la cosa se hubiese depreciado durante el transcurso de ese tiempo. La Ley no previó esta circunstancia, pues al establecer una valoración con respecto a los treinta días siguientes al evento

35 Así lo podemos ver en el Código suizo de las Obligaciones, donde para el caso de que el valor del daño no pueda ser establecido, el Juez lo determinará equitativamente.

36 LANGE [1955], p. 32 y ss. para todo lo referido al lucro cesante en el Derecho Común..

37 El tribuno Aquilius, hizo votar hacia el siglo III a. de C. un plebiscito, *Lex Aquilia*. D. 9.2.1 (Ulpiano): "*Quae lex Aquilia plebiscitum est, cum eam Aquilius tribunus plebis a plebe rogaverit*".

38 GARCÍA GARRIDO [1991], p. 438.

39 GAYO 3, 210: "*Quantum in eo anno plurimi fuit*".

40 GAYO, 3, 214: "*Quo fit, ut quis plus interdum <con>sequatur quam ei damnum datum est* «.

41 D. 9.2.27.5: "En cuanto a las demás cosas fuera del esclavo y los ganados matados, si alguien hiciera daño a otro habiendo quemado, o destruido, o roto injustamente, sea condenado a pagar al dueño tanto cuanto la cosa valiese en los treinta días próximos". GAYO, 3, 218: "*Hoc tamen capite non quanti in eo anno, sed quanti in diebus xxx proximis ea res fuerit damnatur is qui damnum dederit*".

42 GAYO 3, 218.

dañoso, presumía que las cosas aumentarían su valor. En todo caso y tal como en ella se contiene, habrá que estar al valor máximo de la cosa en esos treinta días.

En definitiva, la valoración del daño sufrió una evolución que transita desde la *aestimatio rei*, a la estimación del *id quod interest*⁴³: (D., 9, 2, 21, 2: “Sed utrum corpus eius solum aestimamus, quanti fuerit cum occideretur, an potius quanti interfuit nostra non eses occisum? Et hoc iure utimur, ut eius quod interest fiat aestimatio”. Ulp. 18 ed.).

3.- BREVE REFERENCIA AL ARTÍCULO 1106 DEL CÓDIGO CIVIL Y A SUS ANTECESORES .

Las primeras Codificaciones contienen el germen del antiguo Derecho Común, enlazan postulados provenientes de las diferencias entre daño mediato y daño inmediato, (*interesse circa rem y extra rem, interesse commune y singulare*), adoptan el criterio de la culpa y sus diversos grados para delimitar el daño susceptible de indemnización⁴⁴. En este sentido, se ha señalado que han sido realmente los intérpretes los que han establecido en las legislaciones modernas la obligación de indemnizar todos los perjuicios –daño emergente y lucro cesante- derivados, por ejemplo, del incumplimiento responsable de una obligación⁴⁵.

El C.C. español se refiere al lucro cesante con la expresión “ganancias que haya dejado de obtener el acreedor”, en cambio la doctrina emplea indistintamente ambos términos. El artículo 1106 del C.C. establece que: “La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes”.

La norma ha sufrido modificaciones con el fin de mejorar su dicción. Así en los primeros Proyectos de Código Civil se hizo referencia al término ganancia por medio de la locución “utilidad”⁴⁶.

Los sinónimos que se emplean para definir el término lucro, son tanto ganancia como utilidad, y se entienden ambas como el provecho, conveniencia, interés o fruto que se saca de una cosa. El término utilidad⁴⁷ fue empleado tradicionalmente por el Derecho Común, al entenderse que el daño resarcible estaba constituido por la utilidad del acreedor, utilidad que falta o que deja de obtener como consecuencia de la conducta ilícita, *quantum*

43 Nuestro código atiende a esta última, incluyendo la ganancia frustrada. Supone el triunfo de la idea del *id quod interest*, sobre la *vera rei aestimatio* o *verum rei pretium*.

44 COING [1996]. I, II, pp. 574 y 575.

45 ARIAS RAMOS, ARIAS BONET [1990], p. 593.

46 LASSO GAITE [1970]. Artículo 1008 del Proyecto de Código Civil de 1836: “El resarcimiento de daños y perjuicios de que se ha tratado en los artículos anteriores se reduce por punto general al importe de la pérdida que ha experimentado o de **la utilidad que ha dejado de percibir** el acreedor por el dolo, culpa, falta de ejecución o morosidad del otro contratante”.

Artículo 1015 del Proyecto de Código Civil de 1851: “Se reputarán daños y perjuicios el valor de la pérdida que haya experimentado, y el de **la utilidad que haya dejado de percibir** el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes de esta sección”.

Artículo 1123 del Anteproyecto de Código Civil de 1882-1888: “La indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida que haya experimentado, sino también el de **las ganancias que haya dejado de hacer el acreedor**, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes”.

47 CUJACCIO, in Tit 47, L VII Codex, Opera IX, col 1630, *id quod interest est utilitas quae mihi habest, quamve adispisci potui, nisi mihi optitisset adversarium*.

*emptoris interest rem habere*⁴⁸. También se encuentran referencias al término *utilitas* como sinónimo de *id quod interest*⁴⁹. Por lo tanto desde una perspectiva histórica el término “utilidad” habría servido para designar al daño en su conjunto; la “utilidad” no comprendería sólo a las ganancias dejadas de obtener, sino también los daños positivos. Constituyendo el interés o la utilidad los criterios generales informadores del Código Civil.

Dentro de los diferentes Proyectos de Código Civil los codificadores optaron por designar al lucro cesante mediante el término *utilidad*, limitando su ámbito a las ganancias que obtiene una persona por la explotación de bienes muebles o inmuebles o de capitales; así como a la ganancia que proviene de la prestación de la fuerza de trabajo, del talento, u otras aptitudes, excluyéndose aquél significado más amplio que históricamente se le atribuyó al término.

En el anteproyecto del CC actual se optó finalmente por suprimir el término de “utilidad”, para hacer referencia al lucro cesante mediante la expresión de “ganancias dejadas de hacer”, que posee un significado más estricto y restringido.

Y definitivamente, el artículo 1106 CC se refiere a estos daños con la expresión de “ganancias dejadas de obtener”, que no contempla toda la clase de daños que podrían quedar comprendidos por el más amplio y técnico de “lucro cesante”.

Lo expuesto en el presente epígrafe no deja de ser una simple precisión terminológica sobre la expresión que con mayor rigor puede servir para referirse al concepto hasta aquí objeto de estudio, pues el reconocimiento de la indemnizabilidad del lucro cesante fue ya admitido desde época temprana, lo que no ha sido sino confirmado y recogido por el legislador español en el proceso codificador de nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA:

- ARIAS RAMOS/ARIAS BONET [1990], Derecho Romano II. Editorial Edersa. Edición 18ª, 2ª reimpresión, 1990.
- BELOW [1964], Die Haftung für lucrum cessans im Römischen Recht. München 1964.
- CARRASCO PERERA [1989], Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. (Directores: Manuel Albaladejo y Díaz Alabart). XVI. 1º, Art. 1088 a 1124 CC. Edersa. 1989.
- COING [1996], Derecho privado europeo. I,II. (Traduc. Por Antonio Pérez Martín), 1996.
- GARCÍA GARRIDO [1991], Derecho privado romano. Dykinson 1991.
- GAYO [1990], Instituciones. (Traducción Abellán Velasco, Arias Bonet, Iglesias-Redondo, Roset Esteve). Civitas 1990.
- HALFPAP [1999], Der entgangenen Gewinn. 1999.
- KASER [1971], Das römische Privatrecht. I, II. München 1971.
- LANGE [1955], Schadensersatz und Privatstrafe in des Mittelalterlichen Rechtstheorie. Münster/ Köln 1955.
- LASSO GAITE [1970], Crónica de la Codificación española. Génesis e historia del Código. IV. 2º. Ministerio de Justicia, 1970.
- VOCI [1938], Risarcimento del danno e processo formulare nel diritto romano. Milano 1938.

48 CARRASCO [1989], p. 670.

49 KASER [1971], I, p. 500.