

Vistos por mí, Iñigo Landín Díaz de Corcuera, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Santander, los autos de Juicio Ordinario nº 899/14, instados por Quesera del Cares S.L., representada por la Procuradora Sra. López Tuñón y defendida por el Letrado Sr. García Valtueña, contra E.ON Generación S.A., representada por el Procurador Sr. Aguilera San Miguel y defendida por el Letrado Sr. Calderón Plaza, en procedimiento de reclamación de cantidad derivada de responsabilidad extracontractual, dicto la siguiente

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora Sra. López Tuñón, en la representación citada, se interpuso en su día demanda de juicio ordinario contra la demandada, en la que manifestaba que la demandante es una entidad mercantil que tiene por objeto la fabricación, comercialización y venta de quesos Cabrales, actividad muy específica y exigente por las condiciones de calidad y control impuestas para su producción. Sus instalaciones estaban ubicadas en el barrio de Valdelabarca, en Cabrales, y habían sido ampliadas entre 2005 y 2006. Sobre las 23:40 horas del día 12 de septiembre de 2012 se produjo la rotura parcial del muro del canal de la central hidroeléctrica de Arenas de Cabrales, propiedad de E.ON Generación S.A., debida a su defectuoso estado de conservación, que ya había ocasionado quejas ante el Ayuntamiento, ya que la demandada no solo no efectuaba las medidas de mantenimiento y seguridad esenciales atendida la peligrosidad del canal sino que en los días previos había estado ejecutando obras junto al canal con maquinaria de gran tonelaje, dándose además la circunstancia de que el canal no se apoyaba en roca sino en un depósito coluvial con grandes bloques de roca que se fueron descalzando por arrastre progresivo del terreno. La rotura del muro afectó a la solera del canal, produciendo una brecha por la que millones de litros de agua del canal se precipitaron ladera abajo en dirección al barrio de Valdelabarca, arrastrando rocas y tierras y causando graves daños personales y materiales, entre ellos a las instalaciones de la demandante, que en aquellos momentos se encontraban a pleno rendimiento.

La demandada reconoció desde un primer momento su responsabilidad, a través de su aseguradora indemnizó a la demandante de conformidad con las conclusiones que los peritos de su aseguradora y los de la demandante y los técnicos de la demandada impusieron, y además tomó el control de las instalaciones y dirigió las labores de vigilancia, limpieza y desescombro de las mismas.

Los daños y perjuicios reclamados por la demandante se circunscribían a los causados en la edificación y urbanización, gastos varios de limpieza, desescombro e intervención de profesionales, y daños en el ajuar industrial, en las mercancías y en cuatro vehículos que había en las instalaciones. A ello había que añadir los perjuicios causados por lucro cesante, la paralización de

la actividad y por la pérdida de la clientela y de cuota de mercado, así como los gastos de inversión necesarios para reanudar la actividad.

La demandante aportó los documentos en que fundaba su derecho, solicitando que se dictara sentencia que estimando la demanda, condenara a la demandada a abonarle:

- 1) 3.131.088,75 € por los daños en la edificación y urbanización, gastos varios de limpieza, desescombro e intervención de profesionales, y daños en el ajuar industrial, en las mercancías y en los vehículos.
- 2) 889.480,57 € por lucro cesante devengado hasta el 31 de julio de 2014 y por gastos de inversión necesarios para reanudar la actividad.
- 3) 32.423,88 € mensuales, o la cantidad que se fijara judicialmente, desde el 1 de agosto de 2014 y durante los veinticuatro meses siguientes al cobro de los referidos 3.131.088,75 €, en concepto de pérdida por cese de actividad productiva.
- 4) Un 20 % de las cantidades fijadas en los dos apartados anteriores, en concepto de pérdida de mercado y de clientela; y 5) Los intereses legales desde la interposición de la demanda y las costas causadas en este pleito. No obstante, de la suma total obtenida en concepto de indemnización habría que descontar 1.499.641,57 € ya percibidos por la demandante a cuenta del siniestro.

SEGUNDO.- Turnada a este Juzgado la demanda, se admitió a trámite, dándose traslado de la misma a la demandada y emplazándola a comparecer y contestar en el término de veinte días, lo que verificó reconociendo la realidad del siniestro pero no su responsabilidad en el mismo, ya que había sido debido a un caso fortuito que también había causado perjuicios importantes a la propia demandada, pues siempre había llevado a cabo las medidas de mantenimiento y seguridad necesarias para la debida conservación del canal, y el hecho de que el mismo estuviera construido sobre un terreno consistente en un depósito coluvial que permitía la continua filtración y circulación de agua por debajo de la solera del canal y la progresiva erosión del terreno era algo imposible de detectar y prever. Tampoco su intervención inmediatamente después del siniestro, dirigiendo las labores de vigilancia, limpieza y desescombro de las instalaciones de la demandante y asumiendo gastos e indemnizando a los perjudicados suponía un reconocimiento de culpa, sino la voluntad de colaborar con los demás afectados por el siniestro.

En cuanto a las reclamaciones precisó que la demandante había aceptado la indemnización fijada de común acuerdo por las aseguradoras de ambas partes y con la intervención de peritos designados por la demandante; que se reclamaban conceptos que en su día no se habían reclamado, como era el IVA;

que no constaba la preexistencia ni antigüedad de determinados bienes y equipos reclamados, como tampoco su reposición; que varias de las partidas se habían valorado de un modo exagerado; que la demandante no había empleado la indemnización recibida en reabrir las instalaciones, por lo que era dudoso que pretendiera hacerlo; que las reclamaciones por perjuicios y pérdidas de beneficios estaban duplicadas y no respondían a la realidad de la situación económica de la demandante al tiempo del siniestro, afectada por una clara bajada de ventas, y prueba de ello es que gran parte de la indemnización se había destinado a cubrir pérdidas; que la reclamación incluía gastos que la demandante nunca había asumido antes en el desarrollo de su actividad; y en definitiva que los conceptos y métodos de cálculo empleados para fijar las cantidades reclamadas no eran rigurosos ni respondían a la realidad.

La demandada aportó con su contestación los documentos en que fundaba su derecho, solicitando que se dictara sentencia desestimatoria de la demanda, con imposición de costas a la demandante.

TERCERO.- Citadas las partes a celebración de la audiencia previa prevista por la Ley, asistieron ambas debidamente representadas. No se plantearon excepciones procesales. Abierto el periodo probatorio, la demandante propuso interrogatorio de la demandada, prueba documental, pericial y testifical, y la demandada interrogatorio de la demandante, prueba documental y pericial. Se admitieron todas ellas, a excepción de determinada prueba documental propuesta por ambas partes, y llegado el día del juicio se practicaron con el resultado que obra en autos, emitiendo las partes sus conclusiones, solicitando la demandante la práctica de determinada prueba testifical como diligencia final, y quedando los autos vistos para sentencia.

CUARTO: En el presente procedimiento se han observado todas las prescripciones legales vigentes, a excepción del plazo para dictar sentencia por la complejidad y extensión de las cuestiones litigiosas planteadas.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente procedimiento la demandante ejercita contra la demandada una acción de reclamación de cantidad basada en responsabilidad extracontractual.

Los artículos arts. 1089, 1093 y 1902 del Código Civil establecen la responsabilidad extracontractual o aquiliana, que obliga a reparar el daño causado a quien por acción u omisión lo produce, interviniendo culpa o negligencia. Si bien es criterio general en nuestro ordenamiento que quien sostiene la pretensión tiene la carga de probar los hechos en que fundamenta ésta (art. 217 LEC), en el examen de la responsabilidad aquiliana la jurisprudencia ha ido tendiendo hacia soluciones cuasiobjetivas, favoreciendo la inversión de la carga de la prueba. Sin embargo dicha objetivación de la

responsabilidad no es absoluta (SSTS 20-12-82, 9-3-84, 2-4-86 y 16-10-89, entre otras), en el sentido de que al perjudicado le baste con acreditar la existencia del daño, pues la prueba de la existencia del nexo causal resulta imprescindible tanto si se opera en el campo de la responsabilidad subjetiva como en el de la responsabilidad objetiva (SSTS 11-2-98 y 30-6-00), y el mismo ha de resultar de una certeza probatoria, y no de meras conjeturas, deducciones o probabilidades (SSTS 24-1-07, 14-12-06, 23-12-02, 31-7-99, 11-2-98, 14-2-94, 17-12-88 y 4-6-87). Es decir, que la carga de probar el nexo causal entre la acción y el resultado dañoso incumbe en todo caso a quien reclama su indemnización (SSAP Cantabria, sec. 2ª, 27-3-13, y sec. 4ª, 28-1-04).

Sin embargo, y como pone de manifiesto la STS 13-2-02, que reitera la línea argumental seguida por, entre otras, las SSTS 30-7-92, 12-11-93, 12-7-94 y 16-12-98, el título de imputación por el cauce del art. 1902 CC exige acreditar además la concurrencia de un elemento culpabilístico en la actuación del demandado, que, pese a la conocida tendencia objetivadora, sigue inspirando al art. 1902 CC y concordantes. La presente cuestión litigiosa se circunscribe así al análisis de un supuesto normal de responsabilidad aquiliana, debiendo en consecuencia acudir al criterio de causalidad adecuada, determinando si existe un nexo causal entre la producción del daño y la actuación del demandado, y si ésta puede reputarse del algún modo negligente. El fundamento de la teoría de la causalidad adecuada consiste en que para reputar culposa una conducta no solamente debe atenderse a la diligencia exigible según las circunstancias de las personas, tiempo y lugar, o al sector del tráfico o de la vida real en que la conducta se proyecta (STS 23-3-83), sino más concretamente a un pronóstico de la previsibilidad, de forma que para la determinación de la existencia de relación o enlace preciso y directo entre la acción u omisión y el daño o perjuicio producido, y la determinación de si ha habido culpa del agente, el resultado ha de presentarse como una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad, debiendo entenderse como consecuencia natural aquélla que propicia, entre el dato inicial y el resultado dañoso, una relación de necesidad, conforme a los conocimientos normalmente aceptados, debiendo valorarse en cada caso concreto si el acto antecedente que se valora como causa tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido.

Y es que como de forma reiterada entiende la jurisprudencia (SSTS 17-12-86, 17-7-87, 28-10-88, 28-5-91, 13-2-93, 30-12-95 y 20-5-96, entre otras muchas), la culpa extracontractual comporta una falta de diligencia en el actuar humano que no sólo se refiere a las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino que también alcanza a todos aquellos que la prudencia y normal conducta impone para evitar eventos dañosos, sobre todo cuando se está ante una situación de

riesgo provocado y que se acepta, lo que conlleva la inversión de la carga de la prueba, pues la diligencia ha de apreciarse no sólo en relación a las circunstancias personales, sino también a las que se presentan objetivas, es decir, el entorno físico y elementos materiales que se manejan y sobre los que proyecta el hombre su actividad, que siempre debe ser reflexiva y tratar en todo momento de evitar perjuicios y daños a terceros. Recuerda la STS 7-11-96 que el tratamiento de dicha clase de culpa está sufriendo una evolución progresiva, no sólo en el campo de la doctrina, sino también en el de la jurisprudencia, y ello debido a dos datos remarcables, como son, de una parte, un sistema de vida acelerado, y de otra la tendencia a maximizar en lo posible la cobertura de las consecuencias dañosas de la actividad humana. Todo ello lleva inexorablemente a objetivizar la responsabilidad, perdiendo importancia en el campo sustantivo la teoría culpabilista. Dicha atenuación culpabilista e incluso de la antijuridicidad, que alguna doctrina moderna rechaza como elemento constitutivo, y dicha inversión de la carga probatoria, suponen una enorme ampliación de la obligación de cuidado, y un incremento del deber de diligencia normalmente exigible. Con tal base, la jurisprudencia del Tribunal Supremo tiende hacia el establecimiento de la responsabilidad objetiva en la derivada de los eventos concretados en el art. 1902 CC, pero nunca hasta el extremo de establecer dicha responsabilidad objetiva de una manera absoluta y radical, pues dicha corrección, bien se opere a través de la aplicación del principio del riesgo, bien de su equivalente de inversión de la carga de la prueba, nunca elimina en dicha interpretación los aspectos, no radical sino relativamente subjetivistas, con que fue redactado dicho precepto.

SEGUNDO.- Comenzando por determinar la responsabilidad en el siniestro, la misma debe imputarse sin duda a la demandada.

En primer lugar porque, aun de admitir que la rotura de parte del canal y consiguiente vertido masivo sobre las instalaciones de la demandante del agua que previamente había introducido la demandada en el canal (hecho no discutido) no fueron debidos a la ejecución descuidada de obras junto al canal en los días inmediatamente anteriores a la rotura, sino a que la estructura cedió por la pérdida de soporte del terreno en que se apoyaba, producida a su vez por el progresivo desgaste del terreno debido a su permeabilidad al agua (que es la postura defendida por la demandada con apoyo en el informe pericial elaborado por César -Doc. 1 de la contestación-), dicha circunstancia no puede catalogarse como fortuita, impredecible ni inevitable. Podría serlo el momento puntual en que, como consecuencia de ese desgaste progresivo, la estructura iba a perder consistencia y fracturarse, pero que ello iba a ocurrir tarde o temprano es algo que, según el propio informe pericial y conforme a las explicaciones del perito en la vista, no parecía dudoso. Y es que el hecho de que el terreno sobre el que se apoyaba el canal fuera de naturaleza coluvial (es decir, de componente areno-arcilloso) y por tanto sensible al efecto disgregador

del agua que discurre por dicho terreno y bajo la solera del canal no es algo novedoso ni imprevisible, si dicha acumulación de material coluvial tiene carácter fósil y se produjo hace miles de años, como reconoció el perito en la vista. Tampoco se ha afirmado que no era posible efectuar un estudio geotécnico del terreno hasta que se produjo el siniestro, y de hecho el informe geológico unido como anexo al de D. César parece desmentirlo, al aportarse en el mismo tal cantidad de datos, planos y estudios sobre la zona que permiten configurar perfectamente un mapa geológico de la zona, y sugiere que toda esa información estaba disponible y era accesible antes de producirse el siniestro.

De ello se deduce que la demandada (que no construyó el canal pero responde de su conservación y mantenimiento en tanto que propietaria del mismo) tuvo medios y oportunidad para conocer que el terreno sobre el que se asentaba el canal adquirido era inestable (por más que la ladera en sí se hubiera estabilizado hace miles de años), que filtraba agua bajo su estructura, y que ello la dañaba constante y metódicamente de un modo que necesariamente iba a conducir a su colapso, como así sucedió. No nos hallamos por tanto ante un supuesto de deslizamiento súbito y general de la ladera o ante un alud, como reconoció D. César, y por tanto no es aplicable al caso la jurisprudencia citada en la contestación a la demanda.

Desde luego esa labor de investigación geotécnica era recomendable como parte de un diligente deber de mantenimiento y conservación del canal, porque el mismo se encuentra en una ladera situada sobre una zona poblada, transportaba de manera habitual un volumen de agua en absoluto despreciable (buena prueba de ello es la devastación masiva que produjo la avalancha de agua liberada) y además era antiguo y su material de construcción y su estructura frágiles a día de hoy (por más que fuera adecuado y habitual al tiempo de su construcción, hace más de medio siglo), no solo por estar formado por mampostería y hormigón en masa, sino porque además la solera carecía de armaduras que habrían permitido sostener la estructura en el vacío en caso (como ocurrió) de ceder el terreno sobre el que se apoyaba, evitando la rotura en tracción que se produjo, y así lo reconoció D. César en la vista.

En definitiva, la demandada nunca examinó la naturaleza, estabilidad y calidad del terreno sobre el que se asentaba el canal a pesar de que su ubicación y el uso que del mismo se hacía permitían prever un riesgo de daños al entorno en caso de deslizamiento del terreno o pérdida de estabilidad de la estructura, y a pesar de que la información de que se trataba de un terreno de naturaleza coluvial y por tanto muy sensible a la erosión no parece que fuera reservada o de imposible acceso. Además sabía que la estructura del canal era antigua y frágil, y que carecía de las medidas de refuerzo estructural que hubieran evitado la rotura de la solera y consiguiente vertido de agua ladera abajo. Por ello ocurrió lo que al cabo del tiempo tenía que ocurrir, y esa incertidumbre sobre el momento temporal concreto en modo alguno hace el suceso

imprevisible, como tampoco inevitable, si se admite que podían haberse adoptado medidas que lo habrían evitado.

A todo lo dicho no es óbice que en el precedente proceso penal se declarara la falta de responsabilidad penal de la demandada, pues en la resolución definitiva de ese proceso (Doc. 3 de la contestación) se aclaraba convenientemente que su objeto (como no podía ser de otra forma) era determinar la concurrencia o no de ese tipo de responsabilidad, cuyos requisitos y principios, como es bien sabido, son bien diferentes (y mucho más estrictos) de los que perfilan la responsabilidad civil, y ello en virtud de los principios de última ratio e intervención mínima que informan el Derecho Penal, y buena prueba de que un tipo de responsabilidad no excluye la otra es que la referida resolución dejara reservado a los perjudicados el ejercicio de las correspondientes acciones civiles para el resarcimiento de los daños causados en dicho siniestro, que son las aquí ejercitadas.

En segundo lugar la demandada es responsable porque su asunción de responsabilidad desde el mismo momento en que se produjo el siniestro es patente, inequívoca, manifiesta y sostenida en el tiempo, y desconocerlo al contestar a la demanda supone infringir frontalmente la doctrina de los actos propios, doctrina caracterizada por la expresión inequívoca de una voluntad en orden a la configuración de una relación o situación de derecho inalterable, causando estado respecto de terceros, con plena conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, para lo cual es insoslayable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca del mismo, de tal modo que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o contradicción contraria a la buena fe, no siendo a sensu contrario de aplicación cuando la significación de los precedentes fácticos que se invocan tiene carácter ambiguo o inconcreto, o carecen de la trascendencia que se pretende para producir el cambio jurídico (SSTS 17-10-06, 27-9-05, 28-1-00, 30-1-99, 23-7-98, 23-7-97 y 24-10-85, entre otras muchas).

Y es que tanto la legal representante de la demandada, Susana, como Arturo (encargado del canal y persona que en representación de la demandada asumió y dio cauce a las reclamaciones domésticas de los afectados, como admitió) reconocieron que, como afirmaron numerosos testigos y se admite en la propia contestación, nada más producirse el siniestro la demandada tomó el control de las instalaciones de la demandante, dirigió las labores de limpieza y desescombro, encargó valoraciones de los daños, organizó reuniones con los afectados para ofrecerles ayuda económica, y durante varios meses estuvo asumiendo el pago de los gastos generados por el siniestro a los perjudicados según éstos se los iban documentando, sin que conste que tales pagos se hicieran de modo condicionado o sujetos a eventual reembolso. En la contestación se insinúa que esa conducta fue debida a un impulso solidario,

que resulta difícilmente creíble teniendo en cuenta la duración del mismo y el importante desembolso económico global que supuso para la demandada. Ese reconocimiento de responsabilidad es además coherente: con el hecho de que en su día la demandada condicionara el pago de indemnizaciones a la renuncia de los perjudicados al ejercicio de acciones penales (preguntada sobre este punto, D<sup>a</sup> Susana declaró que creía que había sido la aseguradora de la demandada -Allianz- la que había exigido esa renuncia, lo que carece manifiestamente de sentido porque la aseguradora nunca podría resultar penalmente responsable, sino solo civilmente); con el reconocimiento por parte de D<sup>a</sup> Susana de que la única discusión entre la demandada y su aseguradora había sido debida a la tardanza en tramitar el siniestro, pero no a la obligación de indemnizar, y de que no se había indemnizado a la demandante por divergencias sobre las valoraciones y porque la demandante no había aportado toda la documentación que se le había requerido; y muy especialmente con el hecho reconocido de que, alcanzado finalmente un acuerdo sobre el montante indemnizatorio entre las aseguradoras de las partes, la aseguradora de la demandante (Seguros RGA) fue reembolsada por la demandada, sin protesta, de la práctica totalidad de las sumas que había adelantado por el siniestro, tal y como testificó Roberto Díez del Cerro, responsable del departamento de seguros de Caja Rural, que forma parte de la red de distribución de Seguros RGA.

Finalmente resulta especialmente ilustrativo el recibo de pago aportado por la propia demandada como Doc. 6 de la contestación, pues si presentó dicho documento para justificar que los pagos se debieron a su mera voluntad de ayudar financieramente a los perjudicados, de su contenido se desprende claramente (puntos Tercero y Cuarto) que se hizo en cumplimiento de sus obligaciones como responsable civil del siniestro y con la finalidad de resarcir a la demandante e impedir ulteriores reclamaciones.

TERCERO.- Antes de entrar a examinar las partidas por las que se reclama indemnización, debe afirmarse como criterio general a aplicar a la presente resolución que, siendo los medios de prueba más relevantes para fijar las indemnizaciones la prueba documental y pericial, la demandada ha impugnado frontalmente tanto los documentos como los informes periciales aportados por la demandante, y además ha aportado su propia prueba documental y pericial contradictoria, sin que esta confrontación de material probatorio contradictorio haya podido quedar despejada mediante la práctica de una prueba pericial judicial que ninguna de las partes ha interesado; lo que significa que, de considerarse razonadas y debidamente documentadas con arreglo a la sana crítica, las impugnaciones de la demandada deberán ser acogidas en la medida en que supongan que la demandante no ha acreditado debidamente los hechos que fundamentan su pretensión (art. 217.2 LEC).

Dicho esto, y siguiendo el ordenado y metódico desglose tanto de las reclamaciones como de las impugnaciones, la demandada opone a la primera partida objeto de reclamación, correspondiente a los daños a edificación y urbanización, las siguientes objeciones (cuadro insertado en la página 19 de la contestación):

1. La referida a la duplicidad de la partida correspondiente al zócalo sanitario cerámico horizontal, ya que a su entender (así lo sostiene el informe pericial de Addvalora -Doc. 7 de la contestación, folio 992-) la presupuestaron de forma concurrente en la suma de 7.792,66 € tanto Gruplan Wesdurlan como Marcos Inox (partidas nº 124 y 144 del informe pericial aportado como Doc. 30 de la demanda -folio 226-). Tal objeción no puede ser acogida, pues aun de aceptar que tales partidas se presupuestaran de forma concurrente (véanse los presupuestos de Gruplan Wesdurlan -folio 420- y Marcos Inox -folio 382-), Marco Antonio (autor del informe pericial elaborado por Herías & Méndez -Doc. 30 de la demanda-) precisó que finalmente no había incluido esa partida de 7.792,66 € de Gruplan Wesdurlan (folio 420), ni con ello el presupuesto de 68.898 € (folio 422), de modo que el que proponía ascendía a 61.115,54 € (y efectivamente ésa es la cantidad global resultante de sumar las partidas nº 144 a 151 -folio 226-), es decir prácticamente la misma valoración propuesta por la demandada.

2. La consistente en exceso de medición de superficie respecto a las zonas urbanizadas situadas al este y al oeste de la edificación principal, pues a los 976 m<sup>2</sup> medidos por la demandante (folios 224 y 226 -partidas nº 54 y 55-) la demandada opone una medición de 800 m<sup>2</sup>, basada tanto en el informe pericial de Addvalora (folio 992) como en el de la sociedad tasadora RTS (Doc. 8 de la contestación, folio 1054), que intervino por cuenta de la aseguradora de la demandante, Seguros RGA. Ninguno de los contendientes ha acreditado la exactitud de su medición, pues aunque el Sr. Marco Antonio aseguró en la vista que había levantado un plano acreditativo de la medición, el mismo no consta unido a su informe ni existe tampoco documentación alguna acreditativa de esa medición ni en su informe ni en los emitidos por los Sres. C. y T. y unidos como anexo a dicho Doc. 30; y tampoco en los informes de Addvalora ni de RTS se acompaña documentación que revele que la medición correcta es la que propone la demandada. Así las cosas, habrá de acogerse la impugnación de la demandada, en primer lugar, porque incumbía a la demandante la carga de probar la exactitud y procedencia de su reclamación (art. 217.2 LEC). Y en segundo lugar, porque no puede obviarse que en su día la demandante admitió la corrección efectuada en tal sentido por RTS (que rebajó las partidas nº 54 y 55 a 6.344 y 4.800 € -folio 1066-) al aceptar la valoración de daños que la tasadora hizo en el continente a efectos de indemnización (1068). Ciertamente, y contra lo pretendido por la demandada, este cobro de indemnizaciones no supuso una renuncia de la demandante de sus derechos ni le condiciona como

acto propio, pues la aplicación de la teoría de los actos propios exige que el acto sea concluyente e indubitado, expresivo de un consentimiento dirigido a crear, modificar o extinguir de modo claro y concluyente algún derecho, que no consienta una posterior conducta del sujeto desacorde con lo declarado (SSTS 30-4-08, 27-10-05 y 25-3-89), y en el presente caso no existe tal declaración de voluntad. Además esa valoración y esa indemnización deben circunscribirse al ámbito puramente contractual concretado en el contenido de la póliza suscrita entre la demandante y su aseguradora, lo que significa que no limita el derecho de la demandante a reclamar a terceros mayores o diferentes indemnizaciones basadas en responsabilidad extracontractual. Pero a ello debe oponerse que en este caso a la demandante no le fue indiferente la rebaja aplicada por la tasadora a la valoración de los daños, pues ello supuso la correlativa rebaja de su indemnización, que (como explicaron en la vista Carlos y Almudena, autores del informe de RTS), a diferencia de lo ocurrido con el contenido, en el caso del continente no alcanzó a igualar la cantidad máxima fijada como capital asegurado (folio 1068), y lo cierto es que no se opuso a esa rebaja aportando su propia medición. La rebaja de las partidas nº 54 y 55 implicará la del presupuesto general de ejecución material de Cogarla S.L., y con ello la correlativa rebaja de los conceptos de gastos generales y beneficio industrial (partidas nº 65 y 66).

3. La impugnación relativa a piedra para cierre de finca, escollera y traviesas (folio 227) debe ser desechada, pues siendo cierto que la demandante no justifica su coste porque no ha aportado presupuesto alguno, la impugnación de la demandada se ciñe a su duplicidad respecto a una partida ya incluida en el presupuesto de Cogarla S.L. y con ello a su existencia como concepto separado (folio 992), pero que tales elementos existían y eran diferentes de los recogidos en dicho presupuesto lo testificaron con toda rotundidad las personas que en su día se encargaron de suministrar y transportar la piedra, Vicente, Rufino y Basilio, y por su parte D. Marco Antonio ratificó la existencia de las traviesas incorporadas al presupuesto.

4. En cuanto a los honorarios de arquitecto y aparejador, lo cierto es que la demandante ha calculado los primeros tomando como base solo las partidas de reparación y obra ordinaria (partidas nº 1 a 64 -Cogarla S.L.- y 112 a 118 - Fontanería y Calefacción Moradiellos S.L.-, por un importe global de 350.582,66 € -folio 227-) y no la totalidad de la contrata, es decir compartiendo el criterio de la demandada (folio 993), por lo que la divergencia se circunscribe a la base sobre la que calcular unos porcentajes que tampoco se discuten, como tampoco se discute que esa base no incluye los gastos generales ni el beneficio industrial. Por tanto no resulta admisible la duplicidad advertida por RTS en la partida de instalación eléctrica referida al importe para el proyecto, pues dicho importe está recogido en la partida nº 109 (folio 225), que como se

ha dicho no se ha tomado en cuenta para calcular los honorarios de arquitecto y aparejador.

5. Por lo que se refiere a las licencias e impuestos municipales, la demandante sí la calcula sobre la totalidad de la contrata, a excepción de las partidas menores recogidas en el apartado anterior y de las nº 65, 66, 109 y 110 (pues señala que toma en cuenta las nº 1 a 64, 67 a 108 y 111 a 151 -folio 227-), y en la vista D. Marco Antonio defendió que así debe hacerse conforme a la normativa municipal de tasas aplicable, que manifestó haber estudiado; a diferencia de la perito de Addvalora, Elena, quien se limitó a afirmar que suponía que dicha normativa era similar a la de otros municipios, lo que llevó a la demandada a tomar como criterio calcular la base imponible exclusivamente sobre las partidas puramente constructivas, tal y como en su día propuso RTS (folio 1054), al rebajar la partida por licencia municipal de obras al 5 % (las partes no discuten que en la actualidad sería del 5,4 %) de solamente la suma de las partidas nº 8, 10 y 12 (folios 1058, 1061 y 1062), que eran las puramente constructivas (Cogarla S.L., Fontanería y Calefacción Moradiellos S.L. y otra), pues efectivamente si tales partidas sumaban 336.104,83 €, el 5 % de dicha suma = 16.805,24 €. Y si bien en su día la demandante no se opuso a esa rebaja que minoraba el importe de su indemnización, lo cierto es que en la audiencia previa aportó la ordenanza municipal de obras (folios 1591 y 1592), y de su lectura (especialmente del art. 5.1, que alude al coste real de “la construcción, instalación u obra”) cabe colegir lo mismo que sostenía D. Marco Antonio, es decir que la tasa resulta de aplicación a la totalidad de la obra, sin discriminación alguna respecto a las partidas que no son puramente de obra estructural.

6. Finalmente en cuanto al valor real de lo reclamado, y más concretamente a la procedencia de aplicar un porcentaje de depreciación a la valoración de los daños a edificación y urbanización, debe partirse de que el principio de plena indemnidad del perjudicado que recoge el art. 1902 CC obliga a fijar como indemnización el valor de reposición del edificio siniestrado, es decir, lo que costaría reconstruir lo dañado por la negligente actuación de la demandada, que es precisamente el criterio pactado en la póliza contratada entre la demandante y Seguros RGA (folio 1024), si bien lógicamente suponiendo que esa labor de reconstrucción fuera más o menos inmediata (único modo de conocer con exactitud el valor de reposición en la fecha del siniestro), lo que no es el caso porque casi tres años después del siniestro no se ha iniciado ninguna reconstrucción. Por lo tanto el criterio de valoración más lógico (y aceptado por ambas partes) consiste en calcular el coste de la reparación en la fecha del siniestro, sin que desde luego el derecho de crédito de la demandante dependa de su efectiva voluntad de reconstruir, sino que nace del mero perjuicio sufrido, de modo que ni el art. 1902 CC ni ninguno de sus correlativos condiciona el reconocimiento de ese derecho de crédito a que el

perjudicado abone previamente y justifique la reparación del daño, y solo entonces pueda repetir su pago contra el responsable. Por el contrario, lo único relevante es determinar la valoración económica de ese daño patrimonial sufrido. Dicho esto, la demandante no niega ni que en el momento del siniestro las instalaciones más modernas de su explotación tenían siete años de antigüedad, pues datan de 2005 (folio 207); ni discute que por tal motivo sea procedente aplicar una depreciación al valor de reposición (pues en caso contrario la demandante obtendría unas instalaciones nuevas cuando las preexistentes tenían ya siete años) que sin embargo no aplica, sin dar ningún motivo para ello (folio 242); ni niega tampoco que la vida útil de las instalaciones que propone (cien años) es en realidad aplicable a las construcciones de uso residencial cuando la dañada tenía naturaleza claramente industrial, y desde luego en la vista el Sr. Marco Antonio no discutió que los ochenta años propuestos por la demandada fueran

un periodo adecuado e incluso generoso para una instalación industrial. En definitiva la demandante no justifica no haber aplicado depreciación, y reconoce tácitamente que la vida útil propuesta para la instalación para el caso de aplicarse depreciación no es conforme al destino y uso de la misma, sino que obedece a un criterio tan puramente subjetivo e indemostrable cual es que la calidad constructiva y disposición de la siniestrada la asemejaban a una construcción residencial. Únase a ello que también en este caso el criterio sostenido por la demandada (aplicar el porcentaje de depreciación resultante de considerar siete años de antigüedad sobre ochenta de vida útil -folio 994-, es decir del 8,75 %) es el mismo sostenido en su día por RTS y aceptado sin protesta por la demandante para cobrar su indemnización (folio 1068), por lo que debe admitirse.

En conclusión, rebajando las partidas nº 54 y 55 a 6.344 y 4.800 € el presupuesto material de obra de Cogarla S.L. queda en 313.995,98 €, y recalculadas en los porcentajes oportunos las partidas de gastos generales (40.819,48 €) y beneficio industrial (18.839,76 €) y sumadas a la anterior cifra el resultado = 373.655,22 €, frente a los 376.572,72 € reclamados, lo que supone una rebaja de 2.917,50 €.

Y tomando como base solo las partidas de reparación y obra ordinaria por un importe global de 348.130,98 € (Cogarla S.L. 313.995,98 € y Fontanería y Calefacción Moradiellos S.L. 34.135 € -partidas 112 a 118-), los honorarios de arquitecto ascienden a 34.813,10 € y los de aparejador a 15.665,89 €.

Con tales modificaciones, el presupuesto de reparación de los daños quedaría en 844.032,81 €, resultante de restar a los 846.950,31 € pedidos los 2.917,50 € rebajados al presupuesto de Cogarla S.L.

Para fijar el importe de la licencia municipal, si ya se ha dicho que se debe toma en cuenta el importe de las partidas nº 1 a 64, 67 a 108 y 111 a 151 (con

las modificaciones operadas en las nº 54 y 55), de los 844.032,81 € habrá que excluir el importe que suman las nº 65, 66, 109 y 110, es decir 64.025,06 €, de modo que frente a los 782.925,25 € propuestos por la demandante como base para la liquidación (partida nº 157) la suma procedente será 780.007,75 € (844.032,81 -64.025,06), siendo el 5,4 % de esa cantidad = 42.120,42 €.

Por lo tanto la partida de gastos varios (partidas nº 152 a 157), aplicadas las cifras ya referidas de honorarios y licencias, quedaría fijada en 96.528,41 €.

De este modo la valoración de los daños ascendería a 844.032,81 + 96.528,41 = 940.561,22 €; y aplicando a dicha suma el 8,75 % de depreciación = 858.262,11 €.

A dicha suma no se le puede incrementar el IVA, ni en realidad a ninguna de las reclamadas en la demanda. La jurisprudencia tiene declarado (así SSTs 10-7-97, 28-2-96 y 26-6-95) que, en principio, la hipotética posibilidad de una desgravación fiscal posterior del importe de dicho impuesto carece de trascendencia para propiciar una deducción del mismo, y por ello no puede dar lugar a la estimación de un enriquecimiento injusto por su reclamación, ya que la cuestión de la aplicación del IVA es ajena a la jurisdicción civil. Por su parte la SAP Cantabria, sec. 2ª, 8-5-09, precisaba que la reclamación del importe correspondiente al IVA es una cuestión que ha suscitado viva polémica en los Tribunales, y que si bien ya la STS 13-7-07 declaraba que las cuestiones relativas al devengo y pago del impuesto son en principio ajenas a la jurisdicción civil, tampoco puede negarse que es en esta jurisdicción civil donde debe resolverse sobre el contenido y alcance de la indemnización a que tiene derecho el perjudicado por un siniestro como el de litis, y en el ámbito de esta decisión puede entrar de lleno la problemática que se suscita sobre el pago del IVA. La cuestión debe ser abordada, por tanto, desde la perspectiva propia de la completa y efectiva reparación del daño sufrido, con el límite de un posible enriquecimiento injusto del perjudicado. Dicho esto, es claro que, en términos generales, el IVA satisfecho por el perjudicado por la reparación del daño es para él un daño en sí mismo, una disminución patrimonial, y por tanto computable a efectos del cálculo de la indemnización e indemnizable, y ello es indiscutible en el caso de las personas físicas perjudicadas que resultan ser consumidores finales. Sin embargo cuando esto no es así y el perjudicado es una persona que por su posición en el tráfico puede deducir lo que abona por IVA a sus proveedores de lo que recauda, a efectos de su ingreso a la Hacienda Pública, y lo hace, es claro que lo concretamente pagado por IVA lo recupera, y si es así el importe de ese IVA no supone una disminución patrimonial, ni forma parte del daño indemnizable, por lo que su cobro supone un enriquecimiento injusto, tal y como afirma igualmente la SAP Cantabria, sec. 2ª, 13-3-12. Luego si como razona la SAP Barcelona, Sec. 14ª, 23-9-10 la demandante, como obligada tributaria, puede repercutir el IVA soportado con cargo a las facturas aportadas, en realidad lo que ocurre es que se invierte la

carga probatoria, y sólo en el caso de que la demandante hubiera acreditado que no repercutió o no pudo ni podrá repercutir el IVA en su contabilidad, procedería admitir su devengo. Añádase a lo dicho que según el art. 4 de la Ley 37/92 del IVA el hecho imponible del impuesto lo constituyen las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en el ámbito espacial del impuesto por empresarios o profesionales a título oneroso, y la base de dicho impuesto, según el art. 78.1 de la misma Ley, en concordancia con el art. 29.1 de su Reglamento, estará constituida por el importe total de la contraprestación de las operaciones sujetas al mismo, procedente del destinatario o de terceras personas, precisando el art. 78.3.1º que no se incluirán en la base imponible las cantidades percibidas por razón de indemnizaciones que, por su naturaleza y función, no constituyan contraprestación o compensación de las entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al impuesto, de modo que los pagos de naturaleza puramente indemnizatoria no son operaciones sujetas a IVA, y por lo tanto no se le puede reclamar a la demandada, como así admitió en su día la demandante al cobrar sin protesta la indemnización por desescombros que excluía expresamente el IVA que se le había facturado (Doc. 6 de la contestación). En definitiva, bien porque se considere que las indemnizaciones reclamadas no devengan IVA, bien porque la demandante, en su condición no negada de empresaria, se lo puede deducir, no puede reclamar a la demandada el importe de dicho impuesto por el único motivo manifestado de no tener liquidez para adelantar el pago de las obras de reconstrucción y puesta en marcha de su industria.

CUARTO.- La reclamación por daños diversos cuantificada en la demanda en el importe de 12.043,58 € (apartado 7.2 del informe pericial de Herías & Méndez -folio 228-) ha de ser aceptada tan solo en la de 8.139,26 €, tal y como propone la demandada, pues los 1.416,61 € por intervención de profesionales son gastos incluíbles y reembolsables en concepto de gastos y costas del proceso (art. 241 LEC); y no se ha probado ni que la factura girada por Coverde Cogar S.L. (partida nº 1) y fechada casi un año después del siniestro (folio 283) corresponda a los gastos derivados del mismo aludidos en el certificado de la empresa (folio 286), ni tampoco la girada por Gam España Servicios de Maquinaria S.L.U. (partidas nº 4 a 6) seis meses después del siniestro (folio 1605), sin que la demandante haya practicado prueba tendente a sortear la impugnación de la demandada de tales documentos, y siendo además llamativo que en su día no reclamara estos gastos a RTS cuando le presentó la relación de gastos por desescombros (folio 1044). A dicha suma no se le puede incrementar el IVA, por los motivos ya expuestos en el Fundamento precedente.

QUINTO.- Por lo que se refiere a los daños en ajuar industrial, que la demandante cuantifica en 1.278.617,94 € (folio 235) más IVA (resultando así los 1.547.127,71 € reclamados en la demanda -folio 249-), la demandada

cuestiona la preexistencia de los relacionados en la reclamación, su antigüedad, sus características técnicas y en definitiva su valoración económica, resalta la dificultad de fijar una valoración real porque la demandante nada ha repuesto a día de hoy, y critica que desde un primer momento ésta fue reacia a facilitarle la documentación que se le requirió para comprobar los citados extremos. La demandante basa su reclamación en el apartado 7.3 del informe pericial de Herías & Méndez -folios 229 a 235-), y realmente las impugnaciones de la demandada no son caprichosas. Y es que cotejando el cuadro explicativo con la documentación anexa que justifica cada partida resulta que las partidas nº 1 a 25, 59 a 90, 113 a 121, 155 a 178, 188 a 190 y 210 a 217 consisten en presupuestos pedidos en su día por la demandante que no consta que llegara a aceptar ni a abonar, ni prueban la preexistencia de los objetos presupuestados, ni que fueran de similares características técnicas, y que habiendo sido impugnados por la demandada no han sido ratificados en la vista por sus autores, como tampoco aportadas las correspondientes facturas. En otros casos se observan relevantes fluctuaciones en la valoración de un mismo objeto, como es el caso de la caldera presupuestada por Kilse (compárese el precio adjudicado a la misma en la partida nº 99 -folio 232- en relación con el presupuestado -folio 341-), y ocurre lo mismo incluso en las pocas partidas en las que existe factura, pues en tales casos la cantidad insertada en el cuadro de reclamaciones es también superior a la que consta en la factura, y así ocurre con la picadora de queso suministrada por Talleres Metuval S.L. (compárense los precios de la partida nº 187 -folio 232- con la del folio 408), y con la factura de Frío Goyo y Fuentes S.L. (pues la suma de las partidas nº 43 a 58 -folios 230 y 231- es más elevada que la de la factura -folio 324-). Dicho todo esto, aunque D. Marco Antonio aseguró que verificó personalmente e in situ que todos los objetos reflejados en el listado del apartado 7.3 de su informe se encontraban en las instalaciones siniestradas, lo cierto es que no ha unido a su informe ningún listado o documentación (gráfica o de otro tipo) que corrobore su afirmación. Manifestó haber elegido los presupuestos más adecuados de entre varios presentados, pero tampoco acredita esta selección. Tampoco halló explicación al hecho de que algunos presupuestos recogieran incrementos de precio sustanciales en poco tiempo. Y llegó a afirmar que no le correspondía a él decidir si procedía depreciar o no los efectos ni en qué porcentaje, como tampoco si procedía excluir el IVA, que él sí incluye. Tampoco la demandante, a pesar de las impugnaciones de la demandada, ha subsanado durante el procedimiento la falta de acreditación documental de que poseyera esos bienes en el momento del siniestro, qué antigüedad y características tenían, y cuánto le costaron en su día (en la audiencia previa aportó una sola factura - folio 1605-, que correspondía a la reclamación del punto 7.2 -daños diversos-), y dicha carencia de documentación no se justifica ni tiene relación alguna con el hecho de que la demandada, con ocasión de las labores de desescombro, se llevara gran parte del contenido de la nave en camiones con destino desconocido. Se alude a que

gran parte de esa documentación se perdió en el siniestro, pero ello no puede ir en perjuicio de la demandada. Únase a lo dicho que los testigos oídos tampoco han arrojado mucha luz sobre las partidas que les afectaban, pues Ángel (de Marcos Inox S.A.) reconoció no saber exactamente qué tenía la demandante en sus instalaciones en el momento del siniestro, y que ni le había presupuestado todo lo que había ni sabía si preexistía todo lo presupuestado (folios 349 a 381). Miguel (de Suárez Colunga S.A.) declaró en similares términos respecto a su presupuesto (folios 400 a 403), reconociendo que él no había ejecutado la totalidad de la instalación anterior. Javier (Kilse S.L.) declaró que había presupuestado lo que le había pedido la demandante y que ignoraba la antigüedad de la anterior caldera. José Antonio (Frío Goyo y Fuentes S.L.) reconoció que los precios presupuestados (folios 307 a 323) eran de elementos nuevos y que los anteriores tendrían unos seis o siete años los más nuevos. Bernardo (Vapor y Combustión S.L.) no supo explicar por qué la caldera presupuestada (folio 411) costaba más del doble que la adquirida dos años antes del siniestro (factura presentada al Principado -folio 1010-). Y María (Industrias Plásticos Arroyo S.A.) aseguró haber vendido a la demandante lo presupuestado (folio 331), pero resulta que el presupuesto no recoge cantidad de moldes sino precios por unidad, ni por tanto puede corroborar que fuera suministrado el número de moldes pretendido. Dicho todo esto, resulta sin embargo relevante el informe emitido por RTS, que valoró los daños, restando los bienes salvados, en la cantidad de 1.271.332,54 € (folio 1081), muy próxima a la reclamada por la demandante, y ello por aceptar en su mayor parte el presupuesto de reposición presentado por D. Marco Antonio, al comprobar sus peritos mediante chequeo in situ que la maquinaria relacionada en los presupuestos se encontraba en el lugar (folio 1075), incluyendo la partida nº 217 discutida por Addvalora. En este punto debe resaltarse como hecho no discutido que el perito que visitó con más frecuencia el lugar del siniestro fue D. Marco Antonio, y que era éste quien iba transmitiendo la información a los demás peritos intervinientes, y así lo manifestó dicho perito y lo corroboraron los peritos de RTS y Addvalora, por lo que no resulta coherente cuestionar ahora sus conclusiones sobre lo que conformaba el contenido de la nave. Y es que como reconoció en la vista la perito de Addvalora, Elena, y como resulta fácil de entender, no era factible verificar la preexistencia de todo el material de las instalaciones, especialmente en lo que se refiere a las partidas más pequeñas, dada la gran cantidad de agua y lodo que anegaba las instalaciones tras el siniestro. En cuanto a la valoración de los enseres, RTS no aplicó ninguna depreciación a las cantidades presupuestadas (que ya se ha dicho -lo reflejan los documentos y lo corroboraron los testigos- que están valoradas a nuevo, a la fecha del siniestro) porque como ratificaron en la vista los autores del informe la valoración del contenido dio como resultado siniestro total, es decir, que el importe de la indemnización agotaba toda la cobertura de la póliza aunque se aplicara una corrección del 30% sobre el valor a nuevo (folios 1080 a 1082). Y ya se ha dicho que la demandante no ha acreditado debidamente la

antigüedad de la maquinaria, que en la hipótesis más generosa para ella tendría una antigüedad no superior a los seis años transcurridos desde que se produjo la ampliación y remodelación de la instalación (folio 207) hasta el siniestro, siendo esta hipótesis de la menor antigüedad posible la empleada por la perito de Addvalora (folios 997 y 998). Como incumbía a la demandante la carga de probar esa antigüedad de la maquinaria (lo que era más fácil respecto a la más moderna, dada la facilidad de documentar su adquisición) y no lo ha hecho (y ya se ha dicho que D. Marco Antonio ni siquiera justificó por qué no había aplicado ninguna depreciación), debe admitirse la propuesta por Addvalora, pues parte de documentación de la propia demandante, y si bien es cierto que se trata de una comparativa efectuada sobre solo cuatro facturas (folios 996 y 1006 a 1016), también lo es que su resultado es elocuente y coincidente en lo que se refiere a la diferencia de valoración según la antigüedad (los testigos no pudieron dar una explicación alternativa) y que esa comparativa no ha podido ser más amplia porque la demandante no lo ha permitido, siendo la demandada la que ha tenido que hacerse por su cuenta con esas facturas presentadas en su día al Principado de Asturias, por lo que no existe método más idóneo para cuantificar esa depreciación, aun siendo obvio que el empleado resulta necesariamente generalista en tanto que iguala la antigüedad y vida útil de todos los aparatos. Desde luego no es preferible el sistema de valoración puramente contable propuesto por la demandada en base a la contabilidad de la demandante (Doc. 9 de la contestación) si la demandada reconoce que no es fácil trasladar los apuntes contables a la relación de bienes dañados y que no puede estar contabilizado todo lo que había en las instalaciones y se perdió, y cuando además esa documentación contable es de fecha posterior al siniestro. Comparando el importe global de esas facturas (78.689 €) con el de los presupuestos (130.410 €) resulta un incremento del 65,73 %, y como tal incremento solo se produce en cuatro de las ocho facturas examinadas, es decir, en la mitad, parece razonable rebajar igualmente a su mitad ese porcentaje, siendo así aceptable el 30 % propuesto por la demandada, que aplicado al valor a nuevo menos restos reconocido por RTS (1.271.332,54 €) da como resultado 889.932,78 € sin IVA. Esta es la única depreciación aceptable, pues, como se ha dicho, la única explicación a esa diferencia de valoración que la perito de Addvalora conceptúa como “mejora” es la diferencia de fechas de las valoraciones, es decir la antigüedad de los aparatos, y no sus diferentes características técnicas, y por tanto considerado ese 30 % como la diferencia de valor producida por el paso del tiempo no cabe aplicar sobreañadidamente otro factor de depreciación, como pretende Addvalora.

SEXTO.- Los daños en las mercancías se valoran en la suma de 310.281,63 €, IVA incluido (folio 240), pero no procede la inclusión de dicho impuesto, por lo que la suma reclamada quedaría en 295.853,85 € (folio 238), que debe

acogerse porque la demandada así lo hace sin protesta (página 34 de la contestación a la demanda -folio 733-).

SÉPTIMO.- Los daños en los vehículos siniestrados ascienden, según la valoración de la demandante, a 98.682,07 € sin IVA (folio 240) y sin aplicar depreciación, sin justificación alguna, no obstante calcularla el perito de la demandante en un 7,9167 % anual para una vida útil de doce años (folio 249). La demandada opone que no consta la reparación de ninguno de ellos y que además la misma sería antieconómica, dada su antigüedad. Por ello propone indemnizar en una cantidad equivalente al valor venal más un valor de afección del 30% del anterior (folio 1001). Y ciertamente, atendida la fecha de su matriculación (<http://www.dieselogasolina.com/fecha-de-matriculacion-de-vehiculos-por-matricula.html#b1>), resulta que en la fecha del siniestro el Nissan Pick-Up, matrícula ...CNJ, tenía una antigüedad de diez años (pues fue matriculado en octubre de 2003), el Renault Master, matrícula ...GBK, tenía una antigüedad de cuatro años y medio (matriculado en febrero de 2008), el Mercedes Benz, matrícula M ...OW tenía diecinueve años (matriculado en 1993) y el Nissan Trade, matrícula O ...CD trece (matriculado en 1999); y no consta que ninguno de ellos haya sido reparado, casi tres años después del siniestro, por lo que no es razonable pensar que lo vayan a ser en el futuro, ni se pretende. Ello con la única excepción del Nissan Pick-Up, del que consta una factura por importe de 5.103,47 € más IVA (folio 406). Para los casos de desproporción entre el valor de reparación del vehículo y su valor venal nuestra Audiencia Provincial maneja unos criterios cristalizados ya en el Pleno de 17 de Noviembre de 2000, y plasmados, entre otras, en SSAP Cantabria, sec. 4ª, 17-10 y 31-1-12, y 19-11-08; y sec. 2ª, 13-2-07 y 9-7-02), que son: si bien se reconoce, como norma general, que la indemnización será igual al coste íntegro de la reparación efectivamente realizada, se establece como excepción moderadora ante supuestos de clara desproporción entre el coste de reparación y el valor del vehículo que, cuando el referido coste sea superior al valor venal en más de 200%, la indemnización se determinará mediante una cantidad igual a la suma del valor venal más la mitad de la diferencia entre éste y el coste íntegro de la reparación; y cuando el vehículo no ha sido ni va a ser reparado, el pago debe ser de una cantidad suficiente para la adquisición de un vehículo de las mismas características, estado y antigüedad, y subsidiariamente la correspondiente al valor venal más un valor de afección en torno a un 30% del anterior, menos los restos.

Aplicados tales criterios al caso de autos, debe tenerse en cuenta, por una parte, que la demandada no ha impugnado el precio de reposición de los vehículos, ni que contaran con los accesorios para su uso industrial mencionados, ni que estos accesorios tuvieran el coste referido (folios 238 y 239); y por otra, que la demandante nada ha opuesto al valor venal de los vehículos calculado por la demandada (folio 1001); y en ambos casos, a pesar

de la insuficiente documentación de unos y otros valores. Por lo demás la tasadora de la aseguradora de la demandante no llegó a examinar estas partidas, al no estar comprendidas en la cobertura de la póliza (folio 1095). Dicho esto:

1. El Nissan Pick-Up, matrícula ...CNJ, fue reparado, pero el coste de reparación pretendido por la demandante (9.214,87 €) supera el doble del valor venal (3.080 €), por lo que si la indemnización se determina mediante una cantidad igual a la suma del valor venal más la mitad de la diferencia entre éste y el coste íntegro de la reparación, tenemos que  $3.080 + ([9.214,87 - 3.080] / 2) = 3.080 + 3.067,43 = 6.147,43$  €, cantidad que se acerca mucho a la única que consta realmente abonada por reparación, incluyendo el IVA (folio 406).

2. El valor venal del Renault Master, matrícula ...GBK, debe ser sensiblemente incrementado, pues la demandada lo ha calculado sobre el valor de reposición del vehículo (24.050 €) pero sin tener en cuenta los accesorios industriales que tenía incorporados (que lo elevaban a 33.347,20 €), por lo que incrementando en esa misma proporción el valor venal, el mismo quedaría en 13.611,10 €; y como este vehículo no ha sido reparado ni lo va a ser, y no se ha propuesto una valoración del precio de adquisición de un vehículo de las mismas características, estado y antigüedad, habrá que acudir al criterio propuesto por la demandada, es decir aplicando al valor venal un valor de afección del 30%, lo que da como resultado  $13.611,10 \times 1,3 = 17.694,43$  €.

3. Aplicando el mismo criterio al Mercedes Benz, matrícula M...OW (pues la situación es la misma), si al valor de reposición del vehículo (24.050 €) se le aplica el incremento por los accesorios industriales (que lo elevaban a 28.060 €), el valor venal inicial (300 €) se elevaría a 343,59 €, por lo que  $343,59 \times 1,3 = 446,67$  €.

4. Los mismos criterios y valores son de aplicación al Nissan Trade, matrícula O...CD, por lo que resultarían otros 446,67 €.

Sumando todos los conceptos de los apartados anteriores la suma final asciende a 24.735,20 €. Nótese en todo caso que, de aplicar a los valores de reposición propuestos por la demandante el porcentaje de depreciación propuesto por su perito por el número de años que tenía cada vehículo, en el caso del Renault Master el resultado no sería muy superior al señalado (algo más de 21.000 €), y en los otros dos casos la depreciación superaría los 40.000 €, dando así un resultado de valoración inferior a 0.

OCTAVO.- Antes de entrar en el análisis de la indemnización reclamada por lucro cesante, paralización de la actividad y pérdida de la clientela y de cuota de mercado, así como los gastos de inversión necesarios para reanudar la actividad, es sabido que si bien el instituto indemnizatorio ha de abarcar tanto los daños morales como los materiales, comprendidos entre éstos tanto el daño

emergente como el lucro cesante, a fin de devolver a la víctima a la situación patrimonial que ésta disfrutaba ex ante a la producción del ilícito generador de la responsabilidad civil, igualmente indiscutido es que quien invoca la existencia de esos perjuicios ha de probarlos suficientemente, a fin de desterrar peticiones que encierren un enriquecimiento injusto del peticionario (SAP Barcelona, sec. 8ª, 3-10-05). La SAP Asturias, sec. 7ª, 3-4-02, señalaba que cuando de lucro cesante se trata, efectivamente se viene exigiendo por la jurisprudencia una prueba suficiente de los mismos. En la misma línea la SAP Asturias, sec. 5ª, 26-3-04 recordaba que la jurisprudencia dictada en aplicación del art. 1106 CC, que autoriza a reclamar como indemnización de daños y perjuicios el lucro cesante, entendido como ganancia dejada de obtener, se ha apartado de exigir una prueba completa y rigurosa de su existencia, que podría comportar en la práctica la inviabilidad de esta clase de reclamaciones, al exigirse la demostración completa de unos hechos que, en las más de las ocasiones, son futuros e indeterminados; y que si bien no basta con meras hipótesis o suposiciones, ni es suficiente con referir beneficios dudosos o contingentes, es preferible acudir a un criterio intermedio, consistente en exigir una prueba adecuada basada en criterios de probabilidad objetiva, que tengan presente el curso normal de los acontecimientos y las circunstancias del caso (SSTS 31-5-83, 7-6-88 y 30-6-93); estableciendo que las ganancias que pueden reclamarse son aquéllas en las que concurre verosimilitud suficiente para poder ser reputadas como muy probables, en la mayor aproximación a su certeza efectiva (STS 8-7-96), buscándose como fin último dar debido cumplimiento al principio rector del derecho de daños de restablecer el menoscabo patrimonial irrogado al perjudicado, de modo que no sufra disminución ni tampoco enriquecimiento como consecuencia de la indemnización.

De modo coincidente se pronuncia la SAP Cantabria, sec. 3ª, 5-9-05 al recoger lo expuesto en STS 28-10-04, conforme a la cual “el lucro cesante tiene una significación económica; trata de obtener la reparación de la pérdida de ganancias dejadas de percibir, concepto distinto del de los daños materiales (así, sentencia de 10 de mayo de 1993), cuya indemnización por ambos conceptos debe cubrir todo el quebranto patrimonial sufrido por el perjudicado (así, sentencias de 21 de octubre de 1987 y 28 de septiembre de 1994). El lucro cesante, como el daño emergente, debe ser probado; la dificultad que presenta el primero es que sólo cabe incluir en este concepto los beneficios ciertos, concretos y acreditados que el perjudicado debía haber percibido, pero no incluye los hipotéticos beneficios o imaginarios sueños de fortuna. Por ello, esta Sala ha destacado la prudencia rigorista (así, sentencia de 30 de junio de 1993) o incluso el criterio restrictivo (así, sentencia de 30 de noviembre de 1993) para apreciar el lucro cesante; pero lo verdaderamente cierto, más que rigor o criterio restrictivo, es que se ha de probar (como en todo caso debe probarse el hecho con cuya base se reclama una indemnización), el nexo causal entre el acto ilícito y el beneficio dejado de percibir -lucro cesante- y la

realidad de éste, no con mayor rigor o criterio restrictivo que cualquier hecho que constituye la base de una pretensión (así, sentencias de 8 de julio de 1996 y 21 de octubre de 1996)".

Dicho esto, obran en autos dos informes periciales en apoyo de las posturas respectivas de las partes, cuales son el elaborado por Herías & Méndez a petición de la demandante (Doc. 31 de la demanda -folios 98 a 194-) y PKF Attest (folios 1354 a 1587) para la demandada. Resulta incontrovertible el mayor rigor y solidez del segundo, incrementado además por la solvencia, racionalidad, claridad expositiva y contundencia de su defensa en la vista por parte de su autor, Óscar, también muy superior a la intervención que en defensa de su informe hizo Manuel. Vaya por delante que D. Óscar es economista, mientras que D. Miguel es ingeniero náutico, comisario de averías y perito de siniestros, por lo que para la cuestión que nos ocupa en este epígrafe es sin duda preferible la específica preparación profesional de aquél.

Esta conclusión se confirma desde un primer momento al comparar la definición del concepto de "lucro cesante" empleada en uno y otro informe (folios 116 y 1367), que no puede ser el propuesto por la demandante, es decir el beneficio bruto (ventas - gastos variables), sino el beneficio neto (ventas - [gastos variables + gastos fijos]), pues carece de sentido calcular el beneficio económico de una explotación empresarial obviando el total de los gastos, y por tanto la posibilidad de que los mismos superen el volumen de las ventas, lo que evidentemente impediría hablar de beneficios. El gasto fijo es un gasto que el empresario debe asumir y tener en cuenta para la producción, y si sumado a los gastos variables supera las ventas ello supone que se encuentra en situación de pérdidas. Por lo tanto el criterio expresado en el informe de Herías & Méndez (véase el cuadro al folio 116-) no es aceptable.

La jurisprudencia (SSTS 24-2-15, 8-10-13, 12-11-12 y 5-5-09) es muy clara y constante en este punto al interpretar el art. 1106 CC, señalando como concepto indemnizatorio el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, o lo que es lo mismo, los incrementos patrimoniales que el acreedor esperaba obtener y que se han visto frustrados por la actuación de la parte contraria; precisando que su fijación, en cuanto que se refiere a beneficios futuros, debe obtenerse mediante apreciaciones prospectivas, fundadas en criterios objetivos de experiencia, entre los que pueden servir los que operan en el mundo económico, contable, actuarial, asistencial o financiero, según las disciplinas técnicas o científicas correspondientes, de acuerdo con el examen y ponderación de las circunstancias de cada asunto; y que cuando para su cálculo se tiene en cuenta el beneficio obtenido antes de que se produjera el daño, para proyectarlo en el tiempo en que hubiera debido operar la actividad interrumpida, el beneficio no se puede corresponder con la simple diferencia entre compras y ventas, sino que también debe tenerse en cuenta el resto de gastos a los que tuvo que hacer frente para obtener el producto de las ventas,

como son los gastos de personal, transportes, gastos financieros, y la repercusión de los gastos generales, es decir, los gastos fijos. En definitiva, el lucro cesante equivale a la pérdida de beneficios netos, y no brutos (SAP Cantabria, sec. 2ª, 4-3-09), y por tanto los cálculos sobre beneficios brutos propuestos en el informe pericial de la demandante son erróneos ya en su base.

Pero es que además el informe pericial de la demandante tampoco resulta admisible porque, como reconoció en la vista el Sr. Miguel, se basa únicamente en la documentación contable presentada por la demandante y no en la facturación o volumen de negocio concreto producidos en los periodos examinados, documentación que la demandante solo ha aportado (Tomos VII a XII) porque la solicitó la demandada en su proposición de prueba, cuando era la demandante la que debía haber efectuado tal aportación de inicio en tanto que sostenía su petición de cobro (art. 217.2 LEC). D. Miguel pretendió que no conocía la facturación real de la demandante en el periodo examinado ni necesitaba conocerla, y que le bastaba examinar la cuenta de explotación, lo que es inaceptable.

También es inaceptable que considerara accesorio (y ninguna referencia hiciera en su informe) que la principal deudora de la demandante por ser su mayor compradora es Comercializadora Asturiana de Alimentos S.A. (en adelante Coasa), una empresa con la que la demandante está fuertemente vinculada y que en la fecha del siniestro se encontraba en una situación económica tan grave que poco después tuvo que solicitar el concurso de acreedores, pues difícilmente puede ser accesorio o irrelevante la calidad y perspectiva real de cobro de los créditos que la demandante reflejaba en sus activos antes del siniestro, y conforme a los cuales pretende que obtenía anualmente beneficios, y así lo tuvo que reconocer en la vista el propio D. Miguel.

Igualmente dicho informe pericial parte de la presunción de que la demandante no recomenzó su producción hasta el 1 de enero de 2014, lo que solo se apoya en la mera manifestación de la demandante en tal sentido pero ha quedado contradicho por la prueba documental aportada y las declaraciones testificales sobre el particular, que desde luego evidencian que durante todo el año 2013 la demandante desarrolló su actividad comercial si no al mismo ritmo ni produciendo ella misma los quesos sí comprando y vendiendo tanto leche como queso, lo cual permite suponer un margen de beneficio que sin embargo el perito de la demandante rechaza de raíz y sin ninguna explicación, pretendiendo que deben extrapolarse los datos de 2012 a enero de 2014, como si en 2013 no hubiera habido actividad empresarial en las instalaciones (provisionales) de la demandante, y además ignorando en lo que no le conviene los datos de producción de 2012, que no pueden ser irrelevantes si a

fecha del siniestro habían transcurrido ya las tres cuartas partes de dicha anualidad.

Y finalmente tampoco Herías & Méndez considera relevante que pocos meses después del siniestro la demandante fue indemnizada con un total de 1.499.641,57 €, suma que, como se verá, era suficiente para haber reconstruido las instalaciones y puesto en marcha la actividad a la mayor brevedad, sin tener que depender de la financiación exterior cuya denegación (ciertamente documentada -folios 154, 155, 1728 y 1797-) tanto el perito (folio 117) como el legal representante de la demandada durante su interrogatorio sostuvieron que había sido el principal motivo de la paralización de la actividad.

En efecto, el beneficio reclamado por la demandante en concepto de lucro cesante, comparado con el beneficio neto que según su propia contabilidad obtenía antes del siniestro revela hasta qué punto es descabellada la reclamación, pues como razona el Sr. Z. (folio 1368) supone multiplicar por 84 el beneficio medio anual de los ejercicios anteriores (que no llegaba a los 30.000 € anuales). Además los cálculos resultan llamativamente sesgados, y buena prueba de ello es que calculó una previsión de ventas para 2012 según la variación (a la baja) de las conocidas en 2010 y 2011, dándole como resultado 1.341.447,52 €, y según esa misma variación calculó también las de 2013; pero ante la evidencia de que en los ocho primeros meses de 2012 solo se habían producido ventas por importe de 615.086,85 €, en lugar de recalcular proporcionalmente el volumen de ventas previsible para todo el año (que da como resultado 922.630,27) pretendió que, para que se pudiera cumplir su previsión apriorística de 1.341.447,52 €, en solo ese último cuatrimestre se habría vendido por importe de 726.360,67 €, lo que no tiene soporte probatorio ni explicación alguna, pues del examen de la abundante documentación obrante en autos sobre compras y ventas de leche no cabe deducir que la leche sea un producto estacional que sufra unos picos de producción tan acusados en el último cuatrimestre del año. Y dígame lo mismo de la fijación de un porcentaje de beneficio bruto resultante de la media de los dos ejercicios anteriores, cuando la tendencia era claramente a la baja y por tanto ese porcentaje debería haberse calculado igualmente mediante una proyección a la baja del resultante en el ejercicio anterior. Luego si, siguiendo la fórmula que propone la demandada, tomamos (sin variación negativa alguna) para el año 2013 esos 922.630,27 € de ventas netas predecibles en 2012, y le aplicamos los gastos fijos (132.576,10 € -folio 113-) y variables (827.514,22 -folio 114-) señalados por la demandada para esa misma anualidad, el resultado es igual a unas pérdidas de 37.460,05 €, que no son de extrañar cuando en el propio cuadro del informe pericial (folio 116), calculando el beneficio neto, se recogían ya para el año 2011 unas pérdidas de 16.422,44 €.

Si lo hasta ahora expuesto permite dudar de que en la fecha del siniestro la demandante tuviera una situación económica saneada que le permitía obtener

beneficios, es patente que la mala situación económica de Coasa le afectaba de pleno. La vinculación entre esta sociedad y la demandante está reconocida en la propia memoria de Coasa para el ejercicio 2012 (página 18- folio 1514 vuelto de los autos-) y la admitió en su declaración el representante de la demandante, Marino, hasta el punto de que la demandante vendía a Coasa no menos del 70 % de su producción (véase el volumen de operaciones entre las partes -modelos fiscales nº 347 previos al siniestro, folios 2094 y 3007-), y de que era Coasa la distribuidora en exclusiva de sus productos, asumiendo íntegramente todos los costes al modo de una cooperativa, como señaló el abogado de Coasa que ha intervenido en su concurso de acreedores, Jorge, quien además reconoció que Coasa tenía pérdidas desde 2009, una cifra negativa de fondos propios desde 2010, y que ya en 2012 (es decir paralelamente al siniestro) se encontraba en situación objetiva de concurso de acreedores, que había intentado paliarse con una ampliación de capital acordada ya en Junta General de 30 de junio de 2011 y ejecutada en 2012, que no había sido la primera pues ya se había acordado otra ampliación en 2008 (página 14 de la memoria de Coasa para el ejercicio 2012 -folio 1512 vuelto de los autos-), habiendo acudido la demandante a ambas ampliaciones; y si bien declaró que el siniestro sufrido por la demandante había afectado grandemente a Coasa (pues la demandante era su principal suministradora del producto además más solicitado), lo que no afirmó, ni se ha probado, ni resulta cronológicamente congruente con la narración del comienzo de las dificultades económicas de Coasa, es que la grave situación económica de Coasa tuviera por origen el siniestro sufrido por la demandante, y en esos mismos términos que el Sr. A. se hizo referencia al siniestro sufrido por la demandante en la memoria de Coasa para el ejercicio 2012 (página 19 -folio 1515 de los autos-). Por el contrario, que la situación de Coasa tuvo un grave impacto en las cuentas de la demandante es algo que ésta misma ha reconocido, pues al dar respuesta a la exigencia de la demandada de explicar la corrección valorativa por deterioro de créditos comerciales y el deterioro por enajenación de instrumentos financieros que reflejaba en sus cuentas (folios 1395 y 1396) la demandante reconoció (folio 3057) que el deterioro de créditos comerciales se debía a su dudoso cobro, que de los 452.221,94 € deteriorados por esta razón más de 380.000 € corresponden a Coasa, y que el deterioro por enajenación de instrumentos financieros (por un importe nada menos que de 595.001,94 €, reflejado en el Libro Mayor de 2012 -folio 3538-) obedecía a una operación acordeón destinada a apoyar la supervivencia de Coasa, como además confesó con toda sinceridad el representante de la demandante, manifestando que había intentado por todos los medios que Coasa saliera adelante porque de ello dependía en gran medida la propia demandante. Y es que además la demandante (también a petición expresa de la demandada) ha reconocido documentalmente haber empleado una parte no desdeñable de la indemnización recibida en socorrer a Coasa, en lugar de a poner en marcha su propia producción, y así en la documentación aportada al efecto (folios 3059 a

3071) se observa que con el dinero recibido por el siniestro desembolsó 97.000 € en participaciones de Coasa y además le prestó unos 33.000 € (folios 3059 y 3060), lo que hace una inyección total de más de 130.000 €, cifra que no es en absoluto baladí por cuanto que equivale a unas seis anualidades de beneficio neto de la demandante antes del siniestro, o bien a la mitad de lo que invirtió la demandante en reanudar su actividad en instalaciones provisionales (según detalle aportado a autos a petición de la demandada, que recoge una inversión de 260.411,75 € -folio 2166-). Todo ello sin contar con el ingente volumen de efectos (del orden de 220.000 €) devueltos cuyo pago afrontó la demandante en esa misma época con cargo a la indemnización (folios 3059 a 3071), y que, desconociéndose la persona que no los atendió, no permite descartar que tuviera por objeto asumir deudas de Coasa, ya que, como razonaba el Sr. Z. (folio 1374) esta sociedad es la principal cliente de la demandante. Aun más, todavía en el año 2013, siendo tan difícil la situación financiera de ambas, la demandante ha seguido efectuando ventas a Coasa (véanse por ejemplo las facturas nº 38/13 y 48/13 -folios 2054 y 2064, y modelo nº 347 a los folios 3028 y 3033-) siendo plenamente consciente de las dificultades de cobrar los importes de tales ventas, dificultad de cobro que obviamente afecta a sus beneficios, como tuvo que reconocer durante su declaración D. Miguel. De hecho el valor de los créditos frente a Coasa, de aprobarse la propuesta de convenio, sufrirá una considerable merma, pues como explicó el Sr. A. la propuesta consiste en pagar en siete años con una quita del 50 % y además con el compromiso de invertir lo cobrado en capital de la propia Coasa.

Como conclusión a todo lo expuesto tenemos que si según el estado de sus propias cuentas era dudoso que a fecha del siniestro la demandante tuviera beneficios netos, era prácticamente imposible que los tuviera a la vista de la situación económica de su principal deudora (folios 1370 a 1374), de la que no podía razonablemente esperar cobrar los créditos que reflejaba en el activo de su contabilidad, y si por tanto tales beneficios futuros eran ilusorios no pueden fundamentar una reclamación por lucro cesante, como pretende la demandante.

Tampoco pueden acogerse las restantes peticiones vinculadas a pérdidas y daños por cese de producción, pérdida de la clientela y de cuota de mercado, así como los gastos de inversión necesarios para reanudar la actividad. En primer lugar tanto el representante de la demandante, D. Marino, como los empleados Raquel, Juan Ángel e Isabel, reconocieron que la demandante no dejó de tener actividad durante el año 2013, porque tenía subcontratada la compra de leche y de quesos con diferentes ganaderos, fundamentalmente con María Ángeles y Corporación Alimentaria Peña Santa S.L., siendo relevante el volumen de operaciones con tales personas, y así lo confirma el modelo fiscal nº 347 de esa anualidad (folios 3025 a 3035), si bien es curioso que ni D. Marino ni ninguno de sus empleados recordara con una mínima concreción si

en esa anualidad la demandante había comprado y vendido queso, ni cuánto, como también fue evidente la forma tan evasiva y escasamente fiable en la que declaró el único empleado que trabajó para la demandante durante la totalidad del año 2013, el Sr. P., quien al ser preguntado sobre cualquier cuestión concreta del negocio se limitó a repetir que él solo recogía leche y no sabía más. De hecho, atendiendo a los modelos nº 347, se observa que en 2013 el volumen de operaciones con terceros fue superior al ejercicio anterior al siniestro, el de 2011 (folios 1386, 2978 y 3025), y en esa misma línea Manuel Antonio, uno de los ganaderos que en esa época vendía leche a la demandante, confesó en su declaración que la demandante le compraba toda la leche que él producía, y que si no le compraba más es porque él no podía producir más. De modo coincidente, según el oficio remitido por el Consejo Regulador de la denominación de origen protegida “Cabrales” interesado por la demandada, se observa que durante 2013 (folios 1751 a 1762) la demandante compró tanta leche como en los meses de 2012 anteriores al siniestro (folios 1733 a 1738), y que además a partir de noviembre de 2013 la venta de leche se desplomó significativamente (folio 1761), lo que indicaría que ya en esa fecha (y no en la pretendida de enero de 2014) la demandante estaba dedicando al menos parte de la leche a producir queso, sin que por el contrario haya probado que esa leche cuya venta no le consta al organismo regulador la vendiera fuera de la ubicación geográfica de la denominación de origen, como alegó. Y es que debe aclararse ya que no corresponde a la demandada ni a este juzgador, a la vista de las inexactitudes, omisiones y proyecciones sesgadas de la demandante, y mediante la exigencia de aportación a los autos de una documentación tan variada como voluminosa, tratar de desentrañar y recalculer cuestiones tales como cuál fue el concreto volumen de operaciones de la demandante, sus pérdidas directas en la producción por el siniestro, el destino dado a las indemnizaciones recibidas o la fecha en que reanudó su producción; sino que es la demandante la que debía probarlas, ya con su escrito inicial y de modo además objetivo y contrastable, en tanto que fundamentan sus pretensiones (art. 217.2 LEC).

Tampoco puede obviarse (y ya se ha dicho que el informe de Herías & Méndez lo hace) que pocos meses después del siniestro la demandante fue indemnizada con un total de 1.499.641,57 €, lo que sin ninguna duda relativiza las dificultades de financiación permanentemente aludidas por la demandante como motivo para retrasar la reconstrucción de sus instalaciones originales y la reanudación de la producción en un margen de tiempo razonable (lo que hasta la fecha no ha llevado a cabo, pues sigue trabajando en instalaciones provisionales), lo que habría minorado la pérdida de clientela y de mercado aludidas. Y es que, nuevamente a petición de la demandada, la documentación aportada al efecto por la demandante (folios 3059 a 3071) revela que con ese dinero recibido por el siniestro desembolsó más de 130.000 € a Coasa, amortizó anticipadamente gran parte del capital de un préstamo hipotecario

(unos 290.000 € del préstamo nº ... -folios 1725 y 3059 a 3071-), abonó efectos devueltos por valor de unos 220.000 €, y afrontó gastos ordinarios, destinando solamente sumas puntuales a la reparación de los daños causados por el siniestro. Y en las peticiones de financiación presentadas a las entidades bancarias (folio 1799) no llegó a ofrecer aportar de su bolsillo ni la tercera parte del importe de esa indemnización, sin dar cuenta del destino de la cantidad sobrante (folios 1393 y 1394), cuando además según sus cálculos financieros la cantidad percibida como indemnización, aun descontando la amortización de la hipoteca y las inyecciones económicas a Coasa, era más que suficiente para reiniciar la actividad, y bastante próxima a la que sería necesaria para la completa reconstrucción y puesta en marcha de las instalaciones (folio 1801).

Y por lo demás el informe de Herías & Méndez no concreta mínimamente ni qué clientela ni qué cuota de mercado perdió la demandante, no bastando a tales efectos las genéricas declaraciones de empleados y vecinos alusivas a que varios ganaderos habían dejado de trabajar para ella o a que, coincidiendo con la paralización de su actividad, se habían abierto nuevas queserías en la zona. Pero es que además, si ha sido un hecho admitido que la demandante vendía la mayor parte de su producción a Coasa (su cliente) y que era esta sociedad la encargada de su distribución (cuota de mercado), no resulta coherente relacionar la pérdida de clientela o cuota de mercado con el siniestro, sino en su caso con la difícil situación económica de Coasa, que como se ha dicho ya no deriva del siniestro. Por todas estas razones el informe pericial unido como Doc. 35 de la demanda no resulta creíble ni ajustado al caso concreto, máxime teniendo en cuenta que su autor, Lluís Nel, reconoció en la vista no saber qué sistema de producción y distribución tenía anteriormente la demandante, ni qué papel jugaba Coasa en su distribución, ni por qué no podía recuperar presencia en el mercado a través de Coasa, ni desde qué fecha aproximada había reanudado la demandante su producción; además de admitir que antes del siniestro la demandante ni tenía página web ni había acudido a ninguna feria de alimentación en el extranjero. Y por esa misma falta de credibilidad no puede tampoco tenerse en cuenta el informe aportado como Doc. 34, que además consiste en un mero presupuesto sobre cuya ejecución a día de hoy la demandante todavía no se ha decidido, como reconoció en la vista su autor, José Roberto.

En definitiva, se comparten plenamente los razonamientos críticos del informe del Sr. Z. (folios 1366 a 1374 y 1386 a 1392), que ponen eficazmente en entredicho la solidez y credibilidad del informe de Herías & Méndez tanto en lo que se refiere a su diagnóstico de los daños y perjuicios sufridos por la demandante como al cálculo de las indemnizaciones que se le deberían por tales motivos, y con ello las pretensiones de la demandante que se apoyan en dicho informe. Habrá por tanto que concluir que, dada la elocuente prueba documental indicativa de que en la época del siniestro la demandante estaba

atravesando una delicada situación económica derivada fundamentalmente de la bajada de ventas y de la quiebra inminente de su principal deudor, ni la demandante ha probado debidamente ni es factible suponer que se iban a obtener beneficios netos que se habrían visto malogrados por el siniestro, por lo que no cabe acoger ninguna reclamación en concepto de lucro cesante (folio 1403).

Dígame lo mismo de las críticas contenidas en los folios 1388 a 1391, que aluden a cuestiones tan esenciales como la debida documentación del resultado económico positivo o negativo de la actividad llevada a cabo por la demandante en 2013 fundamentalmente mediante subcontratas para no perder productores de leche (cuestión sobre la cual el representante de la demandante se mostró extrañamente evasivo, remitiéndose a lo que reflejara la contabilidad de la empresa), o a la proyección de los daños y perjuicios más allá de los quince o dieciséis meses que la demandante habría necesitado para recomenzar su actividad en condiciones análogas a las anteriores al siniestro (plazo éste de recuperación que además coincide con el cálculo recogido en el Doc. 32 de la demanda). Así las cosas, y de conformidad con los detallados razonamientos del Sr. Z. (folios 1401 a 1403) que no han sido válidamente impugnados de contrario, nunca se podría reconocer por gastos de paralización una indemnización superior a 188.978 € por los dieciséis meses transcurridos entre la fecha del siniestro y el 31 de diciembre de 2013, fecha en la que se reanudó la producción. Pero considerando: que existen indicios de que la demandante comenzó a producir ya en otoño de 2013; que no ha sido posible determinar con mayor exactitud los gastos de paralización porque la demandante no aportó desde un principio la documentación necesaria para ello; que por todo ello el cálculo de la demandada es aproximado y de máximos, y en modo alguno la cantidad máxima que ha propuesto supone una suerte de allanamiento; y que, como se ha dicho ya, no es función del perito de la demandada ni de este juzgador recalcular este tipo de indemnizaciones recibidas o la fecha en que reanudó su producción, indagando en sus cuentas y supliendo la obligación de la demandante de probarlas debidamente de conformidad con el art. 217.2 LEC, procede aplicar al referido cálculo un margen corrector del 20 %, de modo que la suma adeudada por gastos de paralización sería igual a  $188.978 \times 0,80 = 151.182,40$  €.

En resumen, si los daños a la edificación y urbanización ascendían a 858.262,11 €, los daños diversos a 8.139,26 €, los causados en el ajuar industrial a 889.932,78 €, los daños en las mercancías a 295.853,85 €, los daños en los vehículos a 24.735,20 € y los gastos de paralización de la actividad a 151.182,40 €, todas estas partidas suman 2.228.105,60 €, cantidad de la que se deben descontar los 1.499.641,57 € ya percibidos por la demandante antes de la demanda a cuenta de la indemnización definitiva, por lo que procede estimar parcialmente la demanda en la suma de 728.464,03 €.

NOVENO.- La demandante ha reclamado la imposición de los intereses moratorios de los arts. 1100 y 1108 CC, al aludir a los que se hayan devengado desde la interposición de la misma. Ciertamente la exigibilidad de estos intereses no es incompatible con la parcial estimación de la demanda, pues recuerdan entre otras las SSTS 6-11 y 15-7-09, y 16-5-07 (y en idéntica línea cabe citar, por ejemplo, la SAP Cantabria, sec. 3ª, 24-6-05) que si bien durante mucho tiempo la doctrina jurisprudencial, a través de la exigencia de liquidez, y con apoyo en el aforismo (sin base histórica ni de derecho positivo) “in illiquidis non fit mora”, vino manteniendo un criterio muy riguroso al requerir prácticamente y de modo general coincidencia absoluta de la suma concedida con la suplicada para que pudiera condenarse al pago de los intereses legales desde la interpelación judicial, dicha exigencia fue atenuada a partir de la STS 5-3-92, y seguida por las SSTS 18-2-94, 20-7-95 y otras muchas posteriores, que sustituye la coincidencia matemática por la sustancial, de modo que una diferencia no desproporcionada de lo concedido con lo pedido no resulta obstáculo al otorgamiento de intereses. Y a partir del Acuerdo de la Sala 1ª de 20-12-05 quedó consolidada una nueva orientación (plasmada, entre otras, en SSTS 4-6-06 y 9-2-07), que, prescindiendo del alcance dado al citado aforismo, atiende al canon de la razonabilidad en la oposición para decidir la procedencia para condenar o no al pago de intereses y concreción del “dies a quo” del devengo. Este moderno criterio, que da mejor respuesta a la naturaleza de la obligación y al justo equilibrio de los intereses en juego, y en definitiva a la tutela judicial, toma como pautas de la razonabilidad el fundamento de la reclamación, las razones de la oposición, la conducta de la parte demandada en orden a la liquidación y pago de lo adeudado, y demás circunstancias concurrentes, por lo que la solución exige una especial contemplación del caso enjuiciado.

Aplicados tales criterios al caso de autos no parece razonable aplicar a la demandada los intereses moratorios devengados desde la reclamación judicial, pues conforme a lo razonado en la presente resolución muchas de las pretensiones de la demandante eran excesivas, injustificadas y no debidamente probadas, y buena parte de las impugnaciones de la demandada han sido acogidas, por lo que la suma inicialmente reclamada en modo alguno era cierta, líquida y exigible al tiempo de la demanda, sino que ha tenido que concretarse a través de esta resolución judicial, cuyo dictado era necesario en la medida en que la oposición de la demandada estaba plenamente justificada.

Por lo tanto solo serán de aplicación los intereses procesales del art. 576 LEC.

DÉCIMO.- De conformidad con el art. 394.2 LEC no procede condena en costas, dada la estimación parcial y en absoluto sustancial de la demanda.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Que estimando parcialmente la demanda la demanda interpuesta en su día por la Procuradora Sra. López Tuñón:

PRIMERO.- Debo condenar y condeno a E.ON Generación S.A. a pagar a Quesera del Cares S.L. 728.464,03 €, cantidad que devengará un interés anual equivalente al legal del dinero incrementado en dos puntos desde el día siguiente a la notificación de la presente resolución hasta su completo pago.

SEGUNDO.- No procede condena en costas en este procedimiento, debiendo abonar cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Notifíquese a las partes la presente resolución. Hágaseles saber que la misma no es firme, y que frente a ella cabe interponer recurso de apelación en el plazo de veinte días desde el siguiente a su notificación. Este recurso se preparará ante este Juzgado y se resolverá por la Audiencia Provincial de Cantabria.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo. Iñigo Landín Díaz de Corcuera.