

La indemnización de daños
y perjuicios por incumplimiento
del contrato en los principios
de derecho contractual europeo

JUAN PABLO PÉREZ VELÁZQUEZ
PRÓLOGO DE: FRANCISCO OLIVA BLÁZQUEZ



Derecho Privado

LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS
POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO EN LOS PRINCIPIOS
DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

COLECCIÓN DE DERECHO PRIVADO CONSEJO ASESOR

Director

Antonio Manuel Morales Moreno

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid,
académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

Antonio Pau Pedrón, doctor de la Universidad Autónoma de Madrid, notario,
registrador de la propiedad y abogado del Estado.

José Miguel Embid Irujo, catedrático de Derecho Mercantil de la Universi-
dad de Valencia.

María Paz García Rubio, catedrática de Derecho Civil de la Universidad de
Santiago de Compostela.

Nieves Fenoy Picón, profesora titular de Derecho Civil de la Universidad Au-
tónoma de Madrid.

LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO EN LOS PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

JUAN PABLO PÉREZ VELÁZQUEZ



AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2016

Primera edición: mayo de 2016



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0).

El presente trabajo fue terminado y revisado en el marco de las actividades del Proyecto I+D «La protección jurídica del consumidor adquirente de bienes y contenidos digitales en el moderno derecho privado europeo: consecuencias para el ordenamiento jurídico español» (DER2013-44399-P), del cual es investigador principal el Prof. Dr. Francisco Oliva Blázquez.

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

© Juan Pablo Pérez Velázquez
© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

NIPO: 007-16-071-8
ISBN: 978-84-340-2302-4
Depósito legal: M-13453-2016

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

Esta dedicatoria tiene tanto de admiración como de agradecimiento. Al profesor Francisco Oliva Blázquez, mi director y guía en la Universidad Pablo de Olavide, por la confianza que ha depositado en mí. Espero que el tiempo y mi trabajo algún día le den la razón. A mi padre, alma de todo lo que hago, por las horas que, como jurista, me ha dedicado.

AGRADECIMIENTOS

Reproduzco los agradecimientos manifestados en el Acto de Defensa de la Tesis Doctoral que aquí se publica y que tuvo lugar en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla el día 22 de abril de 2013:

«Por último, sean estas palabras –deben serlo– de gratitud.

Gracias:

A las Facultades de Derecho de las Universidades de Huelva y de la Hispalense, en las que cursé los estudios de licenciatura, siempre en mi memoria los profesores Díaz Rementería y Ribelot Cortés, prematuramente fallecidos y que sin duda hoy hubieran estado aquí.

A la Universidad Pablo de Olavide, por haberme adoptado, en la que continúa mi formación, y con la que me siento plenamente identificado en su espíritu y en la ilusión por crecer y mejorar cada día.

A todos mi compañeros y compañeras de la Universidad que desde el primer día me han mostrado su apoyo y su afecto.

A todos mi amigos y familiares por la fuerza y el cariño que de ellos he recibido. No puedo citarlos a todos, pero si quiero manifestar mi especial agradecimiento al profesor Rafael La Casa García, buen consejero y mejor amigo, y a Luis Peche Rubio, no sólo por todo lo que aprendí los ocho años que trabajé en su notaría, sino también por la ayuda que me dio para poder seguir mi camino vocacional.

A Gema, por su amor y paciencia.

A mis padres por legarme principios y formación que, como el derecho de habitación, son inembargables, imprescriptibles e intransmisibles.

Asumiendo el riesgo de que se enfade conmigo, quiero agradecerle a mi padre, que es el alma de todo lo que hago, las horas que como jurista me ha dedicado desde que comencé a estudiar Derecho, y todas las que le quedan.

A mi director, el profesor Francisco Oliva Blázquez, que le ha dado sentido a este trabajo y a mi labor en esta Universidad. Por haber aceptado dirigir esta tesis y por la paciencia que ha tenido conmigo. La inicié teniendo un director y la he acabado teniendo un amigo al que también admiro como jurista. Ni que decir tiene, que los defectos sólo pueden ser atribuibles al doctorando.

Paradójicamente, hoy, que debería ser un día de alegría para mí, se encuentra sin embargo teñido de tristeza por la ausencia de la profesora Rosario Valpuesta Fernández. Seguramente, yo no sea la persona más adecuada para hablar de ella al haber sido el último en incorporarme a su equipo, pero como considero que los afectos y los sentimientos no entienden de plazos de prescripción adquisitiva ni en ellos rige el principio prior tempore potior iure, dejo constancia de mi agradecimiento por su generosidad y su fuerza, que me han marcado como persona y como jurista.»

A lo anterior, deseo añadir mi agradecimiento por sus observaciones y sugerencias a los miembros del Tribunal encargado de enjuiciar este trabajo, los profesores Ángel M. López y López (Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Sevilla y Maestro del Derecho Civil que me introdujo en la Universidad), Ana Cañizares Laso (Catedrática de Derecho Civil en la Universidad de Málaga) y María Paz García Rubio (Catedrática de Derecho Civil en la Universidad de Santiago de Compostela). A ésta última le agradezco especialmente su esfuerzo y empeño en la revisión de la presente obra.

Alcalá del Río (Sevilla), diciembre de 2015

ÍNDICE

	Páginas
Prólogo	19
Abreviaturas y acrónimos	25
Capítulo I. <i>Análisis del sistema de responsabilidad contractual de los PECL</i>	29
1. El sistema de responsabilidad contractual de los PECL	29
1.1 El significado de la responsabilidad contractual en los PECL: su regulación	29
1.2 La construcción del sistema de responsabilidad contractual en los PECL	36
1.2.1 Planteamiento	36
1.2.2 El concepto de obligación contractual como punto de partida: la noción del Código Civil	37
1.2.3 La concepción de la obligación contractual adoptada por los PECL: sus consecuencias en el sistema de responsabilidad contractual	41
a) El concepto unitario del incumplimiento	42
b) Una responsabilidad contractual objetiva	46
c) Un sistema unitario y armonizado de remedios ante el incumplimiento: el <i>ius variandi</i> ..	48
1.3 Los mecanismos de protección en el caso de incumplimiento: sus límites	52

	Páginas
2. La posición de la indemnización de los daños y perjuicios y de la pretensión de cumplimiento dentro de los sistemas de responsabilidad contractual	56
2.1 Introducción: <i>pacta sunt servanda versus efficient breach</i> ..	56
2.2 El panorama general en el Derecho Comparado	61
2.3 El panorama en el Derecho interno español	67
2.3.1 Introducción	67
2.3.2 La ejecución <i>in natura</i> en la doctrina del Tribunal Supremo	70
2.3.3 La ejecución de las prestaciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil	73
2.3.4 Conclusión	79
2.4 Las soluciones adoptadas en el Derecho uniforme anterior a los PECL	80
2.4.1 En la CISG	81
2.4.2 En los PICC	94
2.5 La solución adoptada en el <i>soft law</i> de los PECL	97
2.5.1 Exposición de los preceptos: regla y excepciones ..	97
2.5.2 Conclusión	107
Capítulo II. <i>Configuración de la indemnización de los daños y perjuicios: concepto, función y presupuestos</i>	109
1. El concepto de la indemnización de los daños y perjuicios	109
2. La naturaleza jurídica de la indemnización	112
3. La función de la indemnización	114
3.1 Los posibles tipos de intereses protegidos por la indemnización	114
3.2 La función resarcitoria adoptada por los PECL: la protección del interés positivo	116
3.3 Las funciones de la indemnización de daños y perjuicios rechazadas por los PECL	119
3.3.1. Los <i>nominal damages</i>	119
3.3.2 Los <i>punitives damages</i>	119
3.3.3 El enriquecimiento injustificado	123
4. Los presupuestos de la indemnización de los daños y perjuicios en el Derecho uniforme anterior a los PECL	125

5.	Los presupuestos de la indemnización de los daños y perjuicios: el incumplimiento inexcusable	128
5.1	Introducción	128
5.2	Las bases de la exigencia de la indemnización de los daños y perjuicios: el incumplimiento inexcusable	133
Capítulo III. <i>El daño</i>		143
1.	Introducción.....	143
2.	Concepto y presupuestos del daño resarcible	148
2.1	Introducción	148
2.2	El daño en sentido material y jurídico: el daño indemnizable	149
2.3	El concepto de daños y perjuicios	151
2.4	La certeza y prueba como presupuestos esenciales del daño: el daño <i>in re ipsa</i>	159
2.4.1	Certeza y prueba	159
2.4.2	El daño <i>in re ipsa</i>	165
2.4.3	<i>Aestimatio rei</i> y sistema de responsabilidad civil .	172
3.	El principio rector del cálculo de los daños y perjuicios: la reparación integral del daño	176
3.1	<i>Full damages rule</i> o reparación integral del daño	176
3.2	Naturaleza del interés protegido: el interés positivo	181
3.3	El cálculo del interés positivo	186
3.3.1	Los criterios de cálculo del daño en los PECL	186
3.3.2	Los postulados de la teoría de la diferencia	188
3.3.3	Las soluciones adoptadas en los PECL: el criterio general del cálculo subjetivo y real-concreto de los daños	193
3.4	La <i>compensatio lucri cum damno</i> o computación de beneficios	201
4.	Los tipos de daños y perjuicios que se integran dentro del concepto de daño indemnizable: el ámbito de resarcimiento	208
4.1	Introducción: los tipos de daños indemnizables	208
4.2	La distinción entre daños patrimoniales y no patrimoniales .	213
4.3	Las partidas que se integran dentro del daño patrimonial ...	217
4.3.1	Daño emergente, lucro cesante y valor de la prestación	217

	Páginas
4.3.2	La integración en el concepto de daño indemnizable del valor de la prestación incumplida 218
4.3.3	El daño emergente y el lucro cesante 222
	a) Las partidas incluidas en el artículo 9:502 222
	b) Concepto: la integración en el patrimonio como criterio diferenciador 224
	c) Los problemas relativos a su existencia y cuantificación: el lucro cesante 230
	d) La doctrina jurisprudencial en torno al lucro cesante 233
4.4	Los daños no patrimoniales 241
4.4.1	Concepto 241
4.4.2	El daño no patrimonial en los PECL y en otros textos uniformes 241
	a) La inclusión del daño no patrimonial en los PECL 241
	b) El daño no patrimonial en la CISG 244
	c) El daño no patrimonial en los PICC 253
	d) El daño no patrimonial en el CEC 257
	e) El daño no patrimonial en el DCFR 259
	f) El daño moral en el ámbito de la legislación de la Unión Europea 261
4.5	El daño moral en el Derecho español 266
4.5.1	Introducción 266
4.5.2	La admisión de la indemnización del daño moral: su evolución 268
4.5.3	Las concepciones negativas del daño moral en la jurisprudencia y en la doctrina 280
4.5.4	Las concepciones positivas del daño moral en la jurisprudencia y en la doctrina 284
4.5.5	La distinción entre los daños patrimoniales y los no patrimoniales: concepción objetiva-típica <i>versus</i> concepción subjetiva-consecuencialista 286
	a) Introducción 286
	b) La concepción objetiva-típica del daño moral 290
	c) La concepción subjetiva-consecuencialista del daño moral 303
4.5.6	Conclusiones sobre la concepción del daño no patrimonial: la naturaleza del interés lesionado 309

4.5.7	La superación de la expresión daño moral por la de daño no patrimonial	314
4.5.8	Delimitación cuantitativa y cualitativa del daño no patrimonial	323
4.5.9	La prueba del daño moral	326
4.5.10	Fijación del «quantum»: criterios para su cálculo. Competencia	328
4.5.11	La reparación del daño moral: ¿Pena o compensación? «El pretium doloris»	331
4.5.12	La reparación del daño moral en forma específica o «in natura»	336
4.5.13	La indemnización del daño moral como deuda de valor	338
4.5.14	Reflejo del daño moral en el Derecho positivo español	339
4.5.15	El daño moral por incumplimiento contractual en nuestra jurisprudencia	342
4.6	El alcance y los límites del daño no patrimonial en los PECL	349
4.7	El daño no patrimonial a las personas jurídicas	353
4.8	Los daños presentes y futuros	355
4.9	Los daños directos e indirectos	359
Capítulo IV. <i>La relación de causalidad y la delimitación del quantum respondatur</i>		363
1.	Introducción	363
2.	La relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño	368
2.1	<i>Conditio sine qua non</i> y teoría de la equivalencia de las condiciones	368
2.2	Causalidad fáctica e imputación objetiva	373
3.	Los criterios de imputación objetiva	381
3.1	Introducción	381
3.2	El criterio del « <i>riesgo general de la vida</i> » (<i>Allegemeine Lebensrisiko, general life risks</i>)	383
3.3	El criterio de « <i>prohibición de regreso</i> » (<i>Regressverbot</i>) ...	384
3.4	El criterio de la « <i>provocación</i> » (<i>Herausforderung, provocation</i>)	386
3.5	El criterio del « <i>incremento del riesgo</i> » o « <i>criterio de la conducta alternativa correcta</i> » (<i>Risikoerhöhung</i>)	388

	Páginas
3.6	El criterio del « <i>fin o ámbito de protección de la norma fundadora de la responsabilidad</i> » (<i>Schutzzweck der Haftungsbegründenden Norm, breach of statutory duties</i>) .. 389
3.7	El criterio de la « <i>adecuación</i> » (<i>Adäquanztheorie, foresight test</i>) 393
4.	Los antecedentes del artículo 9:503 de los PECL 397
4.1	Introducción 397
4.2	Los antecedentes en los Derechos nacionales 397
4.2.1	De las fuentes del Derecho Romano a Pothier 397
	a) El origen del test de previsibilidad en la Constitución de Justiniano 397
	b) La delimitación del <i>quantum respondatur</i> en el Digesto 399
	c) La cuestión de la extensión de los daños indemnizables en el pensamiento de MOLINEO 402
	d) Las aportaciones de DOMAT y POTHIER en la delimitación del test de previsibilidad 405
4.2.2	La influencia del test de previsibilidad en los Códigos Civiles decimonónicos: especial referencia al artículo 1107 del Código civil español 419
4.2.3	La recepción del test de previsibilidad en el <i>Common Law</i> 429
4.3	La consagración del test de previsibilidad en el Derecho Uniforme de la Contratación Internacional 436
4.3.1	Introducción 436
4.3.2	La introducción de la regla de la previsibilidad en la ULIS 436
4.3.3	El test de previsibilidad en la CISG 438
4.3.4	La influencia de la regla de la previsibilidad de la CISG en los PICC 443
5.	Estructura y fuentes inspiradoras del artículo 9:503 PECL 445
5.1	Su estructura 445
5.2	Las fuentes en las que se ha inspirado 448
6.	La previsibilidad del daño y el deudor ordinario: la delimitación del <i>quantum respondatur</i> 451
6.1	Introducción 451

6.2	El fundamento de la delimitación del <i>quantum repondatur</i> por el test de previsibilidad	453
6.3	El deudor ordinario	455
6.3.1	Concepto: delimitación subjetiva de la regla de la previsibilidad en los PECL y el DCFR	455
6.3.2	Antecedentes normativos	461
	a) Introducción: la necesidad de indagar en los precedentes normativos	461
	b) La equiparación entre culpa lata y dolo en el Derecho francés e italiano: su influencia en los PECL	463
	c) El deudor de «buena fe» del artículo 1107	464
6.3.3	Conclusión: el deudor no doloso como beneficiario de la regla de la previsibilidad	469
6.4	El test de previsibilidad: la delimitación del <i>quantum repondatur</i>	470
6.4.1	Las características del test de previsibilidad en los PECL	470
6.4.2	Test de previsibilidad e imputación objetiva	473
7.	Los daños indemnizables por el deudor que incumple de forma intencional o con negligencia grave: la extensión del <i>quantum repondatur</i>	474
7.1	Introducción	474
7.2	El fundamento de la extensión del alcance de los daños objeto de indemnización	475
7.3	El deudor que incumple de forma intencional o con negligencia grave: alcance de la norma	477
7.4	Conclusión	485
8.	El daño imputable al acreedor	487
8.1	El daño producido por el acreedor	487
8.2	El deber de mitigar el daño	493
	BIBLIOGRAFÍA	499
	ANEXO DE SENTENCIAS	523

PRÓLOGO

A lo largo de las últimas décadas ha proliferado a nivel tanto europeo como mundial una pléyade de textos jurídicos constitutivos del llamado *soft law*, como los *Principios Europeos de Derecho de los Contratos* (PECL), los *Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales* y el *Borrador de Marco Común de Referencia* (DCFR). Estos nuevos marcos normativos tienen en común el hecho de que han sido redactados primordialmente por académicos involucrados en el método comparado y, además, se centran en construir un régimen moderno y armonizado del Derecho de obligaciones y contratos. Ahora bien, es innegable que las elevadas pretensiones iniciales de tales textos no se han visto satisfechas, por cuanto el transcurso del tiempo ha puesto de manifiesto tanto su escaso empleo por los protagonistas del mercado como, en el caso europeo, la ausencia de una voluntad política de convertirlos en algo más que en simples formulaciones de reglas y principios de aplicación puramente voluntaria (véase al respecto el reciente y sonado fracaso de la *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea*, más conocido por su acrónimo en inglés, CESL).

No obstante, puede decirse que uno de estos textos, los PECL, han adquirido con el paso de los años una indudable *auctoritas*, derivada tanto de la positiva valoración que del mismo ha hecho la doctrina jurídica más prestigiosa, como, y este es el dato más importante desde un punto de vista práctico, de su elevada aplicación por nuestros Jueces y Tribunales, que recurren a los mismos con una asiduidad más que notable, en cuanto expresión moderna de la nueva realidad social (interpretación sociológica *ex art. 3.1 CC*) en la que se asienta el Derecho de obligaciones y contratos. De esta forma, la jurisprudencia *lato sensu* está llevando a cabo una importante tarea de modernización, con efectos paralelamente armonizadores, de este sector del Derecho civil de vital importancia para el correcto funcionamiento del tráfico económico. La doctri-

na no debería ser en ningún caso inmune a este movimiento jurisprudencial que, en el fondo, lanza a la Academia el reto de trabajar e investigar sobre los PECL (y sobre el DCFR, por cuanto éste reproduce básicamente el contenido de aquél), con el objeto de actualizar progresivamente una de las partes de nuestro Código civil más necesitadas de una profunda refacción, por cuanto sus disposiciones normativas permanecen básicamente inalteradas desde que fueron formuladas en el siglo XIX.

Pues bien, el autor del libro que el lector tiene entre sus manos, Juan Pablo Pérez Velázquez, recoge ese guante y asume el reto metodológico de analizar de forma detallada y exhaustiva la configuración del remedio indemnizatorio en los PECL, contraponiendo en todo momento las soluciones que éste aporta con las de nuestro Código civil y otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. De esta forma, el autor se incorpora y da continuidad a la línea de investigación sobre Derecho privado comparado y Derecho uniforme que desde hace tiempo cultivamos muchos de los discípulos del profesor Ángel M. López y López.

La elección del tema no es precisamente baladí, pues la indemnización de daños y perjuicios no cuenta con un régimen jurídico codificado claro y completo, a la altura de un remedio que se antoja fundamental en el ámbito de los incumplimientos contractuales, lo cual genera no pocas dudas y problemas interpretativos. Esto contrasta poderosamente con lo que ocurre en los PECL, que, sin ser perfectos, consagran un total de diez artículos (ubicados en la sección 5.^a del Capítulo IX) a la cuestión de los daños y perjuicios, abordando la regulación de materias tan variadas –e inéditas para el ordenamiento jurídico español positivo, aunque no tanto para la jurisprudencia– como el cálculo de las daños, el deber de mitigar o, entre otras, la negociación sustitutiva. De este modo, es indiscutible que los PECL pueden y deben coadyuvar a una interpretación evolutiva de los preceptos del Código civil relativos al remedio indemnizatorio que permita modernizar y hacer más funcional el régimen actualmente vigente (arts. 1101 y ss. CC). En cualquier caso, conviene aclarar desde un principio que el autor no pretende realizar una exégesis al uso de los distintos preceptos de los PECL, sino analizar de forma sistemática y comparada aquellas normas que le permitan construir una suerte de teoría general de la indemnización de daños y perjuicios derivada del incumplimiento del contrato, algo que se nos antoja especialmente necesario ante la escasez de estudios contemporáneos de este tipo, al menos si lo comparamos con lo que acaece en el ámbito de su *alma mater*; la responsabilidad civil extracontractual.

La obra arranca con un acertado estudio sobre el sistema de responsabilidad contractual en el que se apoyan los PECL. Y es que no hay ninguna duda de que la adecuada comprensión del binomio lógico «incumplimiento-sistema

uniforme de remedios» se constituye en premisa básica para el correcto entendimiento del remedio indemnizatorio. Nos permite, entre otras cosas, comprender que en todos los casos en que no se ejecuta la prestación acordada en los justos términos pactados habrá incumplimiento (concepción omnicomprendensiva y neutral) y, en consecuencia, el acreedor tendrá en un principio derecho a invocar cualquiera (*ius variandi*) de los remedios (acciones, según la terminología más clásica) previstos, salvo que concurra alguna causa exoneratoria (art. 8:108 PECL), en cuyo caso no procederá ni la indemnización ni el cumplimiento en forma específica. Todo este sistema, además, parte de la configuración, típica del *common law*, del contrato como garantía de un resultado acordado a cargo del deudor, y no como simple *iuris vinculum* generador de deberes de conducta (concepción del *civil law*).

Por otro lado, el destino y alcance del remedio indemnizatorio siempre ha estado vinculado al de su presunta Némesis, la pretensión de cumplimiento. Mientras el sistema angloamericano favorece grosso modo la indemnización frente a la *specific performance*, la tradición continental apuesta históricamente por el cumplimiento forzoso, por cuanto sería el remedio que mejor responde a la necesidad de satisfacer los intereses del acreedor de la prestación. Los PECL, nos revela Pérez Velázquez, combinan aspectos de ambos sistemas, adoptando en consecuencia una solución de compromiso, técnica que por lo demás no resulta extraña en el sector del Derecho uniforme, donde las transacciones jurídico-institucionales forman parte del panorama de cualquier negociación previa a la aprobación de un texto articulado. En cualquier caso, el aparato de límites que cercenan el derecho a exigir el cumplimiento en las obligaciones no pecuniarias (*vid.*, art. 9:102 PECL) sugiere *a contrario* una apuesta implícita por el remedio indemnizatorio como vía normal de satisfacción del acreedor frente al incumplimiento. En otros términos, salvo que se trate de bienes infungibles o que la indemnización no sea apta por alguna razón para satisfacer al acreedor, lo normal y razonable será que éste vea satisfechas sus legítimas expectativas con una indemnización por los daños y perjuicios sufridos. Así es como se funciona en la práctica habitual de las relaciones de intercambio de bienes y servicios, y de ahí, insistimos, la importancia del remedio indemnizatorio.

El autor aborda de una forma escolástica y siempre necesaria el concepto, naturaleza y función de la indemnización de daños y perjuicios. Este último aspecto resulta de una gran importancia práctica, pues delimitará *ab initio* el posible alcance de los daños susceptibles de ser indemnizados. Como es sabido, en el Derecho comparado pueden distinguirse dos grandes tendencias relativas al interés protegido por el remedio indemnizatorio: el interés dirigido a la protección de la confianza o interés negativo (*reliance interest* o *Vertrauensinteresse*) y

el interés en la ejecución o cumplimiento del contrato, habitualmente conocido como interés positivo (*expectation interest* o *Erfüllungsinteresse*). Junto a ellos, en el *Common Law* se habla del interés dirigido a obtener la restitución de la prestación obtenida por la parte incumplidora (*restitution interest*). El Código civil no determina expresamente cuál es el interés protegido en el Derecho español, por lo que en principio sería posible que el acreedor optara por cualquiera de las vías posibles de resarcimiento, si bien, salvo pacto en contrario, hay que reconocer que normalmente se indemnizará el daño como interés positivo. Los PECL optan explícitamente por el interés positivo, al señalar que ha de ponerse al perjudicado en la situación más semejante posible a la que se hubiera encontrado si el contrato hubiera sido debidamente cumplido (art. 9:502). Parece una opción sensata como regla general, si bien, a nadie escapa que la división entre interés positivo y negativo no es tan concluyente como pudiera parecer, existiendo zonas grises y confusas en las que los límites entre una y otra tienden a difuminarse, cuando no se tornan en directamente inútiles.

El Capítulo III es sin duda el más importante y central del presente libro. En él, Pérez Velázquez analiza con todo lujo de detalles el daño resarcible, comenzando por su concepto (que paradójicamente no aportan los PECL, aunque puede deducirse fácilmente de la interpretación sistemática de sus artículos 9:501 y 9:502) y presupuestos (certeza y prueba de sus existencia), continuando por la cuestión del cálculo de los daños y finalizando con un estudio exhaustivo de los tipos de perjuicios que se integran dentro del concepto de daño indemnizable. Obviamente, los PECL, como el artículo 1106 CC, consagran la *full damages rule*, lo cual implica que la parte perjudicada ha de ser resarcida de todas las pérdidas efectivamente sufridas (*damnum emergens*) así como por las ganancias dejadas de obtener (*lucrum cesans*). Tal y como explica el autor, el principio de la reparación integral del daño o, en su expresión latina, *restitutio in integrum*, no es más que la consecuencia principal de la función reparadora que tiene el remedio indemnizatorio en el conjunto del sistema de responsabilidad contractual.

En cualquier caso, una de las cuestiones más complejas que se plantean en la práctica del remedio indemnizatorio es la del cálculo de los daños efectivamente producidos, presupuesto imprescindible para poder cumplir con el mandato de la reparación integral de una forma segura y justa. Los PECL contemplan de manera expresa dos fórmulas de cálculo, una concreta, prevista en el artículo 9:506 para los casos de resolución de un contrato de compraventa o suministro de servicios, y otra abstracta, recogida en los artículos 9:507 y 9:508. Fuera de estos supuestos, el autor considera que los Principios no acogen, como podría pensarse en un principio, la teoría de la diferencia —tan fuertemente criticada en nuestra doctrina jurídica por autores de enorme talla

científica—, sino más bien el criterio del daño subjetivo y real-concreto, que implica que se tomen en consideración las específicas circunstancias del perjudicado así como de los propios factores del daño.

Con relación a los tipos de daños, tenemos que destacar el esfuerzo que hace Pérez Velázquez por delimitar con toda precisión el ámbito y supuestos del llamado «daño no patrimonial» —denominación que el autor considera más acertada que la de «daño moral»—, tanto en los diferentes textos de Derecho Uniforme como en el Derecho español. Ahora, cuando empezamos a añorar la presencia del recientemente fallecido profesor don Luis Díez-Picazo, conviene recordar su brillante y acerada crítica al empleo torticero de la figura del daño moral, denunciada con maestría en su obra «El escándalo del daño moral». Consideraba el Maestro del Derecho Civil que esta institución se había trivializado por nuestros Jueces y Tribunales, hasta convertirse en —feliz expresión— una especie de «concepto comodín» que ha hecho que la idea del daño moral sea «menos clara que nunca». Parece que Pérez Velázquez desea contribuir a que esa denunciada falta de claridad se atenúe, llevando para ello a cabo un estudio profundo y riguroso del daño no patrimonial derivado del incumplimiento contractual, que resultará extremadamente útil no solo para la dogmática jurídica contemporánea, sino para cualquier profesional del Derecho que busque orientación en esta confusa cuestión.

El autor dedica el último capítulo de su obra a la cuestión nuclear de la determinación del *quantum respondatur*. Según Pérez Velázquez, los PECL, una vez determinada la causalidad fáctica (*quaestio facti* o *causation in fact*), abordan la cuestión de la imputación objetiva —en un sentido amplio, tendríamos que decir— del daño al deudor que incumple, distinguiendo a tal efecto entre dos niveles de imputación: un primero en el que operarían los conocidos criterios de la adecuación, del riesgo general de la vida, la prohibición de regreso, la provocación, el incremento del riesgo y el fin de protección de la norma fundadora de la responsabilidad (causalidad jurídica, *causation in law* o *quaestio iuris*), y un segundo nivel en el que se aplicaría el test de previsibilidad propiamente dicho, salvo que el deudor incumpla de forma intencional o gravemente negligente. A poco que se escudriñe con detalle el andamiaje que construye los PECL en torno al *quantum respondatur*, se caerá en la cuenta de que a resultados muy similares puede llegarse con una interpretación conjunta de los artículos 1106 y 1107 CC (*nihil novum sub sole*).

Estos breves trazos le permitirán al lector hacerse una idea del contenido de la presente obra, que se corresponde esencialmente con la tesis doctoral que el autor defendió en la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla, ante un nutrido auditorio de colegas, familiares y amigos, que quisieron acompañarle en el

que sin lugar a dudas es el día más solemne e importante de la carrera universitaria y académica. El Tribunal encargado de enjuiciar la tesis doctoral estuvo formado por los profesores Ángel M. López y López (Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Sevilla), Ana Cañizares Laso (Catedrática de Derecho Civil en la Universidad de Málaga) y María Paz García Rubio (Catedrática de Derecho Civil en la Universidad de Santiago de Compostela), y le otorgó la máxima calificación posible, apto *cum laude*. Posteriormente, la tesis doctoral fue distinguida con el premio extraordinario de doctorado, poniendo de esa forma un brillante colofón a muchos años de investigación y arduo trabajo.

En estos tiempos ciertamente grises para la Universidad, en los que la crisis económica y la necesidad del recorte (que incluye, como ha podido comprobar el lector, al número de miembros de los Tribunales de una tesis doctoral) se han convertido en el mantra que todo lo justifica, incluyendo un progresivo estrangulamiento económico que acaba por afectar a la tan cacareada búsqueda de la excelencia académica, encontrarse con personas como el doctor Juan Pablo Pérez Velázquez no puede interpretarse más que como un raro y ciertamente injustificado presente que otorga la vida. Juan Pablo tomó la difícil decisión de abandonar su cómoda existencia como oficial en una Notaría de Sevilla para dedicarse en cuerpo y alma a la docencia y la investigación jurídica, incorporándose al Área de Derecho Civil de la Universidad Pablo de Olavide, dirigida por nuestra querida y siempre anhelada profesora Rosario Valpuesta Fernández. Y se arriesgó a tanto única y exclusivamente por la fe inquebrantable que siempre ha tenido en el papel de la Universidad como creadora de ciencia y transmisora de saberes. Él siempre quiso formar parte de esa misión esencial de la Universidad, y por ello se empeñó en la tarea de dar clases, gestionar –carga ineludible de la nueva Universidad–, investigar y hacer su tesis doctoral bajo la dirección del que escribe estas líneas. A lo largo de los años he sido testigo de los muchos sacrificios que ha tenido que hacer para convertir en realidad su anhelado sueño de obtener el título de Doctor en Derecho. Lo consiguió, y con una excelente tesis doctoral que justifica todo lo que ha tenido que dejarse por el camino. Haber contemplado y sido en cierto modo partícipe de este episodio me ha servido para explicarme por qué seguimos, a pesar de todo, creyendo en la Universidad.

FRANCISCO OLIVA BLÁZQUEZ
Profesor titular de Derecho Civil
(Acreditado al cuerpo de Catedráticos de Universidad)
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla
Sevilla, diciembre de 2015

ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

art./arts.	artículo/artículos
AP/AAPP	Audiencia Provincial/Audiencias Provinciales
BGB	Acrónimo de Código Civil Alemán (<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>)
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CEC	Código Europeo de Contratos
CEE	Comunidad Económica Europea
CESL	<i>Common European Sales Law</i> - Propuesta de Reglamento de la Unión Europea
CISG	Acrónimo inglés de Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías
DCFR	<i>Draft Common Frame of Reference</i> - Borrador de Marco Común de Referencia
DOCE	Diario Oficial de la CEE
ed.	Edición
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil (si no se dice lo contrario, ley vigente del año 2000)
LH	Ley Hipotecaria
LOPDH	Ley Orgánica 1/1982 de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y a la Propia Imagen
LPI	Ley de Propiedad Intelectual (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril)
MCR	Marco Común de Referencia

■ LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO...

núm./núms.	número/números
p./pp.	página/páginas
párr./párrs.	párrafo/párrafos
PECL	<i>Principles of European Contract Law</i> - Principios de Derecho Europeo de los Contratos
PETL	<i>Principles of European Tort Law</i> - Principios de Derecho Europeo de Daños
PMCC	Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos
PICC	<i>Principles International Commercial Contracts</i> - Principios de los Contratos Comerciales Internacionales, de UNIDROIT
SAP/SSAP	Sentencia Audiencia Provincial/Sentencias de la Audiencia Provincial
Secc.	Sección
ss.	Siguiente
SAP/SAAPP	Sentencia de la Audiencia Provincial/ Sentencias de las Audiencias Provinciales
STJUE	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
STS/SSTS	Sentencia del Tribunal Supremo/Sentencias del Tribunal Supremo
STC/SSTC	Sentencia del Tribunal Constitucional/Sentencias del Tribunal Constitucional
t.	Tomo
TC	Tribunal Constitucional
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
trad.	Traducción
TRLGDCU	Texto Refundido de la Ley General para la defensa de Consumidores y Usuarios (RD-Leg. 1/2007)
TRLRVM	Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de vehículos a motor (RD-Leg. 8/2004)
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TSJUE	Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea
UCC	Uniform Commercial Code
UE	Unión Europea
ULIS	Uniform Law on the International Sale of Goods
ULF	Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods

UNCITRAL/	Acrónimo en inglés y español respectivamente de Comisión
CNUDMI	de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
UNIDROIT	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado
vid.	Véase
vol./vols.	volumen/volúmenes
VV.AA.	varios autores

CAPÍTULO I

ANÁLISIS DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE LOS PECL

1. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE LOS PECL

1.1 El significado de la responsabilidad contractual en los PECL: su regulación

Tradicionalmente, en los Ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, la expresión «responsabilidad contractual» se ha empleado para referirse a la reparación de los daños, dejando extramuros de la misma al resto de remedios o mecanismos de protección que el perjudicado podría ejercitar¹. En cambio, el nuevo sistema diseñado por la «Comisión Lando»² se refiere a la responsa-

¹ Frente al tradicional enfoque restrictivo de la responsabilidad contractual, y a favor del adoptado por los PECL, *vid.*, PANTALEÓN PRIETO, F., «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *Anuario de Derecho Civil*, 1993, pp. 1719 a 1745; MORALES MORENO, A.M., *La Modernización del Derecho de Obligaciones*, Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 21 y 22; y PALAZÓN GARRIDO, M.L., *Los remedios frente al incumplimiento en el Derecho Comparado*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 16.

² Al calificar al sistema de responsabilidad de los PECL como «nuevo», lo hacemos en relación con los sistemas nacionales de nuestro entorno, ya que a nivel internacional, los PECL, al igual que los PICC, no hacen más que seguir las líneas ya trazadas por el sistema adoptado por la CISG, que son básicamente las siguientes: a) En lo que respecta a la configuración del contrato, éste no se concibe como un vínculo generador de deberes de conducta para el deudor, sino que su celebración obliga a garantizar un resultado. La falta de realización del resultado determina la insatisfacción del acreedor y por tanto la producción del incumplimiento. En este sentido ha señalado MORALES MORENO que «hoy podemos afirmar que la nueva construcción del derecho de obligaciones contractual tiende a reforzar, en la vinculación contractual, la idea de garantía de un resultado, que traspasa los límites de la idea de cumplimiento del deber de prestación. Afirmer que el deudor garantiza un resultado (un nivel de satisfacción del interés del acreedor) supone que la vinculación contractual tanto puede referirse al cumplimiento [de] deberes de conducta, como a hechos, situaciones o estados de la realidad (presente o futura), que constituyan presuposiciones del contrato, cuando el riesgo que para el acreedor implica su existencia o no existencia corre de algún modo a

bilidad contractual en un sentido *lato*³, que comprende tanto el deber de indemnizar los daños y perjuicios como la puesta en funcionamiento de todos los demás remedios contractuales⁴.

Como se abordará más adelante, esta amplia forma de concebir la responsabilidad contractual no es más que el resultado final de la combinación de las tres características principales sobre las que se sustenta la construcción del

cargo del deudor», *La Modernización del Derecho de Obligaciones*, Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 19 y 20. De esta configuración del contrato, propia de los sistemas del *Common Law*, derivan las siguientes consecuencias: la unificación del concepto de incumplimiento, la construcción de un sistema unitario y articulado de responsabilidad contractual, y el encontrarnos ante un sistema de responsabilidad contractual objetivo, ya que se construye al margen de la culpabilidad del deudor. b) Será incumplimiento toda falta de realización del interés del acreedor, con independencia de que dicho incumplimiento sea o no imputable al deudor. El deudor tendrá siempre que responder cuando el daño sea concreción de los riesgos que se encuentren dentro de su esfera de control. Al respecto, señala MORALES MORENO que «el concepto de conformidad (falta de conformidad) de la mercancía que utiliza la CV permite agrupar bajo ella un conjunto de problemas relativos al exacto cumplimiento del contrato de compraventa», «Comentario al artículo 35...», *op. cit.*, p. 292. c) La unificación del concepto del incumplimiento permite configurar un sistema de responsabilidad contractual de forma unitaria y articulada. Una vez producido el incumplimiento, presupuesto básico del sistema, el acreedor que lo sufre tiene a su disposición un conjunto de remedios para hacer efectiva la protección de sus intereses. No obstante lo anterior, debe tenerse presente que el ejercicio de cada uno de los remedios exige la concurrencia de determinadas condiciones y presupuestos, no siendo suficiente en algunos casos el mero incumplimiento del contrato. d) El modelo de la CISG establece un sistema de responsabilidad contractual objetivo, basado en el incumplimiento. Sólo en relación a la indemnización de daños y perjuicios se recogen en su artículo 79 ciertas causas de exoneración, sin que las mismas tengan relación con la presencia o ausencia de la culpa.

³ Así lo creen, DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., al indicar que «los remedios están regulados en el Capítulo noveno. Todos ellos integran lo que, en un sentido amplio, podríamos denominar el sistema de responsabilidad contractual; es decir, el conjunto de consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento, orientadas a satisfacer el interés del contratante insatisfecho», *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002, p. 317.

⁴ El sistema de responsabilidad contractual adoptado por los PECL, fue introducido en nuestro Derecho, si bien restringido a las ventas de bienes de consumo, por la incorporación mediante la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo (BOE número 165 de fecha 11 de julio de 2003), de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (DOCE número L 171 de siete de julio de 1999, páginas 12 a 16). El art. 4 de la citada Ley, titulado «Responsabilidad del vendedor y derechos del consumidor», establecía que «el vendedor responderá ante el consumidor de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien. En los términos de esta ley se reconoce al consumidor el derecho a la reparación del bien, a la sustitución, a la rebaja del precio y a la resolución del contrato». Y, en la disposición adicional, se dispuso que «En todo caso, el comprador tendrá derecho, de acuerdo con la legislación civil y mercantil, a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad». La Ley, al igual que la Directiva, partiendo de la falta de conformidad como presupuesto desencadenante, regula como mecanismos de protección del consumidor, la reparación o sustitución, y la rebaja del precio y la resolución, dejando lo relativo a la indemnización de los daños y perjuicios a la normativa civil y mercantil propia. Posteriormente la Ley 23/2003 fue derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE número 287, de 30 de noviembre de 2007, pp. 49181 a 49215), cuyo art. 118, en la línea de los textos normativos anteriores, establece que «el consumidor y usuario tiene derecho a la reparación del producto, a su sustitución, a la rebaja del precio o a la resolución del contrato, de acuerdo con lo previsto en este título». Por último, en el párr. segundo del art. 128 se reconoce al consumidor la posibilidad de acudir además de a los mecanismos enumerados en el art. 118, a la indemnización de daños y perjuicios.

sistema de responsabilidad contractual en los PECL: la unificación del concepto de incumplimiento, el acogimiento de la responsabilidad en su configuración objetiva y la instauración de un sistema unitario y armonizado de remedios.

Los PECL dedican los Capítulos 8 y 9 al incumplimiento y a los medios de tutela de que dispone la parte que sufre el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones derivadas del contrato⁵.

El Capítulo 8, titulado «*Incumplimiento y recursos en general*» establece las bases fundamentales sobre las que se construye todo el sistema de responsabilidad contractual en los PECL. Se estructura en nueve artículos (artículos 8:101 a 8:109): el primero se refiere al incumplimiento y a los medios o recursos de protección frente al mismo, acuñando la nomenclatura de los sistemas de *Common Law* de «*remedies*» (artículo 8:101); la acumulación de remedios (artículo 8:102); el concepto de incumplimiento esencial para la resolución del contrato (artículo 8:103); la corrección de la prestación defectuosa (artículo 8:104); las garantías del cumplimiento (artículo 8:105); la notificación del establecimiento de un plazo adicional para el cumplimiento (artículo 8:106); el cumplimiento de la prestación por un tercero (artículo 8:107); la imposibilidad de la prestación como causa de exoneración del cumplimiento (artículo 8:108);

⁵ La parte primera de los PECL del año 1990, que ha visto la luz en LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Part I: Performance, Non-performance and Remedies*, (Prepared by The Commission on European Contract Law. Chairman: Professor Ole Lando), Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1995, recoge los principios aplicables al incumplimiento y los remedios en general en el Capítulo 3, titulado «Non-Performance and Remedies in General», pp. 120 a 151; y los recursos específicos en el Capítulo 4, titulado «Particular Remedies for Non-Performance», pp. 152 a 220. Con posterioridad a la primera parte de los principios ha sido publicada una segunda, donde se contiene una versión revisada de las reglas de la primera. En lo que aquí interesa véase el Capítulo 8, «Non-Performance and Remedies in General», pp. 359 a 390; y los recursos específicos en el Capítulo 9, titulado «Particular Remedies for Non-Performance», pp. 391 a 459. En la versión española, Capítulo 8, «Incumplimiento y Recursos en General», pp. 525 a 574, y Capítulo 9, «Recursos Específicos en Caso de Incumplimiento», pp. 575 a 679, publicada en *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte I y II. (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, Edición: Ole Lando y Hugh Beale, (Edición española a cargo de Barres Benlloch P., Embid Irujo J. M. y Martínez Sanz F.), Colegios Notariales de España, Madrid, 2003. Sobre el contenido de los PECL, *vid.*, entre otros: GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Los principios Lando», en AA. VV., *Derecho Contractual Europeo*, (director Esteve Bosch Capdevila, coordinador Decanato del Colegio de Registradores de Catalunya), Editorial Bosch, Barcelona, 2009, pp. 155 a 157; LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, pp. xxix a xlii; MARTÍNEZ SANZ, F., «Principios de Derecho Europeo de los Contratos (Comisión Lando)», en AA. VV., *Derecho Privado Europeo*, (coordinada por Sergio Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2003, pp. 195 y 196; MASIDE MIRANDA, J.E., «El futuro Código Civil Europeo de Contratos», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año LXXX, Julio-Agosto 2004, Número 684, pp. 1800 y 1801; OLIVA BLÁZQUEZ, F., *Proyecto de investigación para el concurso a la plaza de profesor titular*, obra inédita, 2007, pp. 140 a 146 y SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., «La unificación del derecho privado europeo: los principios de derecho contractual europeo de la Comisión Lando», en AA. VV., *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del derecho privado en Europa*, (editores Sixto Sánchez Lorenzo y Mercedes Moya Escudero), Dykinson, Madrid, 2003, pp. 257 y 258.

y, finalmente, las cláusulas de exclusión o de restricción de los remedios frente al incumplimiento (artículo 8:109)⁶. El Capítulo 9, último de la Parte II, titulado «*Recursos específicos en caso de incumplimiento*», se dedica, una vez que se ha adoptado un concepto unitario del incumplimiento [artículo 1:301 (4)] y que en el Capítulo anterior se construye un sistema de remedios unitario y armonizado frente al incumplimiento, a regular detalladamente y con una fuerte inspiración en la CISG, cada uno de los remedios de que dispone la parte que sufre el incumplimiento⁷. Está estructurado en cinco secciones, regulándose en cada una de ellas un determinado remedio. La sección 1.^a «*Derecho a exigir el cumplimiento*» disciplina el derecho a exigir el cumplimiento en los artículos 9:101 al 9:103 [artículos 3:301 al 3:303 del libro III del DCFR]; la sección 2.^a «*Excepción de incumplimiento contractual*» norma el derecho de la parte perjudicada a suspender su prestación en el artículo 9:201 [artículo 3:401 (1) (2) y (4) del libro III del DCFR]; la sección 3.^a «*Resolución del contrato*» dispone las normas aplicables a la resolución del contrato en los artículos 9:301 al 9:309 [artículos 3:502 (1), 3:506 (2), 3:507 (1), 3:508, 3:104 (4), 3:504, 3:509 (1) y (2), 3:511 (2), 3:512 (2), 3:510, 3:512 del libro III del DCFR]; la sección 4.^a «*Reducción del precio*», regula la facultad de reducción del precio pactado en el artículo 9:401 [artículo 3:601 del libro III del DCFR]; y la 5.^a y última sección, objeto de nuestro estudio, «*Daños y perjuicios*», dispone las normas sobre la indemnización de los daños y perjuicios en los artículos 9:501 al 9:510 [artículos 3:701 al 3:708, 3:712 y 3:713 del libro III del DCFR]⁸.

⁶ Así lo reconocen LANDO, O., BEALE, H., al afirmar que «to give a little more detail of the contents of Chapter 8, the Chapter starts by setting out the basic rules governing remedies mentioned earlier. Thus Article 8:101 states which remedies are available in a case of non-excused non-performance and which are available when the non-performance is excused; Article 8:108 defines excused non-performance», *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, op. cit., p. xi.

⁷ Los Capítulos 8 y 9 de los PECL han sido refundidos en el *Chapter 3: Remedies for non-performance* del libro III del DCFR.

⁸ En general, sobre los diversos mecanismos de protección en caso de incumplimiento del contrato en los PECL, *vid.*, entre otros: CHENGWEI, L., «Remedies for Non-performance: Perspective from CISG, UNIDROIT & PECL», <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei-74.htm1>, pp 1 a 50; DíEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., op. cit., pp. 317 a 384; LANDO, O., «The Structure and the Salient Features of the Principles of European Contract Law», *Jurídica Internacional*, VI/2001, p. 11; LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, op. cit., pp. 359 a 459; MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., «Algunos mecanismos de protección en caso de incumplimiento contractual en un futuro derecho europeo de contratos, cumplimiento específico e indemnización por daños y perjuicios», en AA. VV., *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, Civitas, Madrid, 2003, pp. 2455 a 2470 y «Mecanismos de protección en caso de incumplimiento contractual. Cumplimiento específico e indemnización por daños y perjuicios», en AA. VV., *Bases de un Derecho Contractual Europeo*, (editores Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 459 a 470; NAVAS NAVARRO, S., *El incumplimiento no esencial de la obligación*, ed. Reus, Madrid, 2004, pp. 277 a 334; PALAZÓN GARRIDO, M.L., «Importancia de la tensión «civil law-common law»

Ambos Capítulos constituyen la regulación del sistema de responsabilidad contractual de los PECL, si bien el sistema ha de completarse forzosamente con otros preceptos que se encuentran dispersos por su texto, tales como el artículo 1:201: *Sobre la buena fe contractual* [artículos 3:301 (2), 1:103 (1) y (2) del libro I del DCFR]; el artículo 1:202: *Deber de colaboración* [artículo 1:104 del libro I del DCFR]; el artículo 1:301 (4): *Definición del término incumplimiento* [artículos 1:108 (1) del libro I y 1:102 (3) del libro III del DCFR]; el artículo 1:302: *Definición de lo razonable* [artículo 1:104 del libro I del DCFR]; el artículo 4:110: *Cláusulas abusivas no negociadas individualmente* [artículos 9:403 a 9:405, 9:406 (2), 9:407 (1) y 9.408 del libro II del DCFR]; el artículo 4:118: *Exclusión o restricción de las acciones* [artículo 7:215 del libro II del DCFR]; el artículo 4:119: *Acciones para casos de incumplimiento* [artículos 7:216 del libro II del DCFR].

Los principios claves del sistema de responsabilidad contractual diseñado por los PECL han sido trasplantados al DCFR en su integridad, existiendo artículos que son idénticos, como por ejemplo el 3:102: *Cumulation of remedies* del DCFR y el 8:102 de los PECL; si bien el DCFR adopta una versión más detallada, más elaborada del sistema. Sirva como muestra de la anterior afirmación, la regulación de la *Section 2: Cure by debtor of non-conforming performance*.

Resulta ciertamente revelador de la importancia actual de la concepción de la responsabilidad contractual *lato sensu* y de la necesidad de un concepto unitario del incumplimiento, la Exposición de Motivos de la PMCC, en la que se afirma que «especialmente insuficiente ha demostrado ser, a lo largo de muchos años de práctica jurídica, en los códigos decimonónicos el tratamiento de los incumplimientos contractuales. Carecen en ellos de regulación especial y de perfiles definidos y tampoco se encuentran armónicamente organizados los remedios y acciones que frente a los incumplimientos puede ejercitar quien los padece, aunque deba decirse, en descargo de los codificadores españoles, que problemas muy similares se han suscitado y continúan suscitándose

en la elaboración de los principios del derecho contractual europeo», en AA. VV., *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del derecho privado en Europa*, (editores Sixto Sánchez Lorenzo y Mercedes Moya Escudero), Dykinson, Madrid, 2003, pp. 302 a 306 y «El nuevo derecho contractual europeo: incumplimiento y remedios», en AA. VV., *Europa y los nuevos límites de autonomía privada*, (Juan Miguel Ossorio Serrano ed.), Universidad de Granada, 2005, pp. 83 a 91; VAQUER ALOY, A., «Incumplimiento del Contrato y Remedios», en AA. VV., *Derecho Privado Europeo*, (coordinado por Sergio Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2003, pp. 539 a 545; VENEZIANO, A., «Commentary Arts. 8:101 a 8:103», en AA. VV., *Principles of European Contract Law and Italian Law*, (edited by Luisa Antonioli y Anna Veneziano) Kluwer Lax International, The Netherlands, 2005, pp. 357-369 y ZIMMERMANN, R., *Estudios de Derecho Privado Europeo*, (traducción Vaquer Aloy), Civitas, Madrid, 2000, pp. 126 a 140.

en muchos ordenamientos europeos que tantas veces se han denominado como modernos y progresistas. Todo ello había dado lugar a un debate nunca resuelto sobre los sistemas vigentes en materia de lo que se puede llamar de un modo genérico “responsabilidad contractual”, decidiendo sobre todo si ésta es de índole culpabilística y se funda en la culpa del deudor o presenta algunos rasgos de objetivación». Con tales aseveraciones, la Comisión General de Codificación está poniendo de manifiesto la necesidad de dotar a nuestro Código civil de una regulación del incumplimiento y de los mecanismos de protección, en definitiva, de un sistema de responsabilidad contractual cuyas líneas maestras se encuentren perfectamente trazadas, bien definidas, que sean coherentes y armónicas⁹. Las intenciones anunciadas en la Exposición de Motivos, por lo que se refiere al significado de la responsabilidad, se han plasmado en su artículo 1190 que, de forma especular al artículo 8:108, enumera los remedios de los que puede disponer el acreedor insatisfecho¹⁰.

A la regulación y estructura que del incumplimiento y de los remedios frente al mismo realizan los PECL no han sido indiferentes los miembros de la Comisión General de Codificación, que dedican el Capítulo VII del Libro I de la PMCC a la regulación del incumplimiento y de los medios de tutela del crédito de forma muy similar. Se divide en cinco secciones, la 1.^a titulada «*Disposiciones Generales*», tiene como principal novedad, que por primera vez se introduce en nuestro Derecho, un concepto legal de incumplimiento¹¹ en el párrafo primero del artículo 1188 PMCC¹² en términos muy similares al artículo 1:301 (4) PECL. Al incumplimiento causado por el acreedor, de forma similar al artículo 8:101 (3), también hace referencia el artículo 1188 en su párrafo segundo¹³. Culmina con la regulación en el artículo 1191 del derecho a suspender la ejecución de la prestación en las obligaciones sinalagmáticas, es

⁹ Además, con la modificación del Código Civil, se pretende obtener otras finalidades: «tratar de establecer las reglas que resulten más acordes con las necesidades apremiantemente sentidas en los tiempos que corren,...*buscar la mayor aproximación posible del Derecho español a los ordenamientos europeos*», COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN..., *op. cit.*, p. 11.

¹⁰ Art. 1190 PMCC: «En caso de incumplimiento podrá el acreedor, *conforme a lo dispuesto en este Capítulo, exigir el cumplimiento de la obligación, reducir el precio o resolver el contrato y, en cualquiera de estos supuestos, podrá además exigir la indemnización de los daños y perjuicios producidos*».

¹¹ Sobre la deficiente regulación del incumplimiento en nuestro CC, entre otros muchos, CRISTÓBAL MONTES, A., afirma que «ciertamente, la regulación del incumplimiento en nuestro CC, con un defectuoso artículo 1.101, una anacrónica visión de la culpa y el caso fortuito y una indefendible relegación del básico punto de la imposibilidad sobrevenida de la prestación al anodino campo de la pérdida de la cosa debida», *El incumplimiento de las obligaciones*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 11.

¹² Art. 1188 (1) PMCC: «Hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulte».

¹³ Art. 1188 (2) PMCC: «Nadie podrá invocar el incumplimiento que haya sido causado por la acción u omisión del que lo invoque».

decir, la *exceptio non adimpleti contractus*. La sección 2.^a «*De la acción de cumplimiento*» regula el derecho a exigir el cumplimiento en los artículos 1192 al 1196; la sección 3.^a «*De la reducción del precio*» disciplina la facultad de reducción del precio pactado en los artículos 1197 y 1198; la sección 4.^a «*De la resolución por incumplimiento*» dispone las normas aplicables a la resolución del contrato en los artículos 1199 al 1204; y la 5.^a y última sección, «*De la indemnización de los daños y perjuicios*», establece el régimen jurídico aplicable a la indemnización de los daños y perjuicios en los artículos 1205 al 1212¹⁴.

De la enumeración que el artículo 1190 PMCC realiza de los distintos medios de protección del crédito, y de la regulación que el Capítulo VII realiza del incumplimiento y de sus efectos, llama considerablemente la atención el hecho de que en ningún momento se realice referencia a la mora, de lo que deriva, de fructificar la PMCC, y en la misma línea ya trazada por los PECL, que el vigente artículo 1100 de nuestro Código desaparecerá. Y ello no significa que el acreedor quede desprovisto de mecanismos de defensa ante el retraso en la entrega o en la realización de alguna cosa, sino que tal retraso queda englobado dentro del concepto unitario de incumplimiento, como sostienen tanto la «Comisión Lando» como la Comisión General de Codificación. A diferencia de los PECL y de la PMCC, la Academia de Pavía sí regula la mora: a la del deudor dedica el artículo 96, dentro de las disposiciones generales del incumplimiento del contrato, y a la del acreedor los artículos 103 y siguientes¹⁵.

¹⁴ Sobre el incumplimiento y los remedios frente al mismo en la PMCC, *vid.*, FENOY PICÓN, N., «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Primera: aspectos generales. El incumplimiento», *Anuario de Derecho Civil*, 2010, pp. 47 a 136 y «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: los remedios por incumplimiento», *Anuario de Derecho Civil*, 2011, pp. 1483 a 1684; y GÓMEZ CALLE, E., «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia», *Anuario de Derecho Civil*, 2012, pp. 29 a 102.

¹⁵ El sistema de responsabilidad contractual adoptado por la «Comisión Lando», no parece haber sido la opción seguida por la Academia de Pavía en la redacción de su Código Europeo de Contratos. En su artículo 89 parte, en principio, de un concepto unitario del incumplimiento, si bien todavía muy apegado a los sistemas continentales, como lo pone de manifiesto la posterior distinción en función del tipo de obligación incumplida, pero no integra de forma plena la regulación de todos y cada uno de los mecanismos de protección del crédito, con lo que no impregna a su sistema de remedios de la misma fuerza armonizadora y unitaria que los PECL. *Vid.*, por todos LOBATO GÓMEZ, J.M., «El incumplimiento del contrato», en AA. VV., *Código Europeo de Contratos*, Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), t. II, Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos, (dir. por Carlos Vattier, José M.^a de la Cuesta y José M.^a Caballero), Dykinson, Madrid, 2003, p. 373; y PÉREZ MONGE, M., «Aproximación a la incidencia de la eventual adopción del proyecto de Pavía en el tratamiento del incumplimiento de las obligaciones contractuales en Derecho español», *Anuario de Derecho Civil*, 2005, pp. 1174 a 1192.

1.2 La construcción del sistema de responsabilidad contractual en los PECL

1.2.1 PLANTEAMIENTO

Del artículo 8:101 se extraen los dos principios básicos sobre los que se construye el sistema de responsabilidad contractual en los PECL¹⁶. El primero es la unificación del término incumplimiento –*non-performance*–¹⁷, que existirá siempre que se dejen de cumplir cualquiera de las obligaciones derivadas de la relación contractual, cualquier apartamiento del programa de la prestación; por lo que quedan englobadas bajo el concepto de *non-performance, inadempimento, inexécution* e incumplimiento, tanto la falta total de cumplimiento, como el cumplimiento defectuoso, el tardío, el cumplimiento anticipado, la violación de derechos accesorios y el impedimento de que la otra parte cumpla su obligación¹⁸. Se incluye igualmente dentro del concepto de incumplimiento el hecho de que la prestación no se realice libre de cargas y gravámenes¹⁹. El segundo de los principios consiste en la implantación de un novedoso sistema armonizado, unitario y articulado de *remedies* ante el in-

¹⁶ Así, MORALES MORENO, A.M., considera «los dos elementos sobre los que se vertebra el nuevo sistema de responsabilidad contractual (concepto unitario de incumplimiento y sistema articulado de remedios)», *La Modernización del...*, *op. cit.*, p. 17. *Vid.*, también PALAZÓN GARRIDO, M.L., *Los remedios frente...*, *op. cit.*, pp. 15 a 17.

¹⁷ Los propios PECL se preocupan por definir el concepto de incumplimiento en el párr. cuarto del art. 1:301: «el término “incumplimiento” denota cualquier incumplimiento de una obligación derivada del contrato, esté o no justificado, e incluye el cumplimiento tardío o defectuoso, así como la inobservancia del deber de colaborar para que el contrato surta plenos efectos».

¹⁸ En sentido distinto, NAVAS NAVARRO, S., para quien «los PECL, a diferencia de sus homólogos, los Principios UNIDROIT, no ofrecen una definición de «incumplimiento contractual». En ellos, el art. 8:101 prescribe en su primer apartado, simplemente, que cuando una parte no cumple con su obligación y dicha inexecución no resulta excusable a tenor de lo que advierte el art. 8:108, la parte perjudicada puede acudir a los remedios establecidos en el Capítulo IX de los Principios. La inexecución, que recoge este texto, comprende, a tenor de la doctrina, cualquier contravención del programa contractual», «El resarcimiento de daños en los Principios de Derecho de los Contratos (Con especial referencia al Derecho español)», *Actualidad Civil*, 2000, pp. 1236 a 1237. En el mismo sentido VATTIER FUENZALIDA, C., indica que «los Principios consagran, aunque no definen, una noción amplia de incumplimiento, del que se responde siempre, a no ser que se deba a un impedimento incontrolado e imprevisto (art. 8.101)», «Nota sobre el incumplimiento y la responsabilidad contractual», en AA. VV., *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, T. II, (coord. por Eugenio Llamas Pombo), ed. La Ley, Madrid, 2006, p. 925.

¹⁹ Sobre la conceptualización unificada del *non-performance* en los PECL, *vid.*, entre otros: Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, pp. 321 a 322; LANDO, O., «El derecho contractual europeo en el tercer milenio», *Derecho de los Negocios*, 116, 2000, pp.12 y 13 y «The Structure and...», *op. cit.*, p. 11; LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, p. 359; PALAZÓN GARRIDO, M.L., «El nuevo derecho...», *op. cit.*, p. 83; VAQUER ALOY, A., «Incumplimiento...», *op. cit.*, pp. 526 y 527.

cumplimiento contractual²⁰. Unidad y armonización que deriva de forma patente de la regulación que el Capítulo 9 hace de los distintos remedios²¹.

1.2.2 EL CONCEPTO DE OBLIGACIÓN CONTRACTUAL COMO PUNTO DE PARTIDA: LA NOCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

La caracterización de un sistema de responsabilidad contractual como unificador del concepto de incumplimiento, de carácter subjetivo u objetivo, o por último, como armonizador de los medios de tutela, no supone, o no debería suponer, una opción arbitraria o caprichosa de los encargados de legislar o de elaborar normas carentes de carácter imperativo (*soft law*), sino que debe responder a la coherencia interna de la que se haya querido dotar al propio sistema. Por ello, considero que la clave de bóveda de todo el sistema de responsabilidad contractual diseñado por los PECL, se encuentra en la forma de configurar el contrato, esto es, en cómo se construya la relación obligatoria nacida del contrato²².

Si bien toda celebración de un contrato tiene como fin último lograr la plena satisfacción del interés del acreedor, en función del papel que se le conceda al deudor en la consecución de dicho fin, puede configurarse la relación obligatoria nacida del contrato desde dos puntos de vista diferentes:

— Como un vínculo del que derivan una serie de deberes para el deudor, por lo que se le exige que adopte su conducta a un comportamiento previamente establecido en el contrato. El contrato se construye sobre la idea del deber y existirá una quiebra del mismo cuando no se cumplan dichos deberes u obligaciones.

— Como un vínculo del que deriva no un deber de conducta del deudor, sino la satisfacción del interés del acreedor. El contrato se contempla desde la garantía de la obtención de la satisfacción del acreedor, garantiza un resultado.

²⁰ Sistema unitario y armonizado al que son ajenos la mayoría de los Ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, que se decantan por una opción fragmentaria e inconexa en su regulación.

²¹ En relación a la opción de la Comisión Lando por un sistema unitario y armonizado de remedios, *vid.*, entre otros: Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 317 y PALAZÓN GARRIDO, M.L., «El nuevo derecho...», *op. cit.*, p. 83. Y en relación a la PMCC, *vid.*, entre otros, GÓMEZ CALLE, E., «Los remedios ante...», *op. cit.*, pp. 34 y 35.

²² Sobre las diferentes formas de configurar la relación obligatoria y su influencia en la construcción de los distintos sistemas de responsabilidad contractual *vid.*: Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, pp. 318 a 320; MORALES MORENO, A.M., «Comentario al artículo 35 de la CISG», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, pp. 289 a 292.

Resulta de gran interés el análisis que realiza el profesor MORALES MORENO de los ingredientes que configuran las dos formas de concebir el vínculo contractual²³. De forma que si la relación obligatoria se contempla desde el punto de vista del deber de conducta del deudor, éste sólo viene obligado a ejecutar la prestación en los mismos términos del programa negocial. El deudor incumplirá el contrato siempre que no dirija su conducta a cumplir lo estipulado en el mismo. El deudor quedará liberado de responsabilidad siempre que haya desplegado la conducta prevista, con independencia de que el resultado sea o no satisfactorio para el acreedor. Por tanto, según esta concepción de la obligación, el acreedor soporta en mayor medida el riesgo de insatisfacción de las expectativas que le llevaron a celebrar el contrato.

Si por el contrario, el acento del vínculo obligatorio se sitúa en la garantía de un resultado, al deudor se le exigirá un *plus* en su conducta²⁴. Deberá desplegar una actividad lo suficientemente apropiada para que el acreedor obtenga la plena satisfacción de su interés, satisfacción que es a lo que se encuentra obligado. Esta forma de concebir el contrato implica el reparto o la distribución entre las partes contratantes del riesgo de insatisfacción del acreedor²⁵.

A la configuración de la relación obligatoria como un deber de conducta del deudor responden los sistemas de responsabilidad contractual de los países de *Civil Law*, por lo que el incumplimiento de esos deberes constituye el presupuesto básico de la obligación de responder. Por el contrario, los países del

²³ MORALES MORENO, A.M., «Comentario al artículo 35...», *op. cit.*, pp. 290 a 292.

²⁴ MORALES MORENO, A.M., uno de los mayores exponentes en nuestra doctrina de la concepción del vínculo obligatorio como garantía de un resultado, sostiene que «hoy podemos afirmar que la nueva construcción del derecho de obligaciones contractual tiende a reforzar, en la vinculación contractual, la idea de garantía de un resultado, que traspasa los límites de la idea de cumplimiento del deber de prestación. Afirmer que el deudor garantiza un resultado (un nivel de satisfacción del interés del acreedor) supone que la vinculación contractual tanto puede referirse al cumplimiento de deberes de conducta, como a hechos, situaciones o estados de la realidad (presente o futura), que constituyan presuposiciones del contrato, cuando el riesgo que para el acreedor implica su existencia o no existencia corre de algún modo a cargo del deudor. Supone también, por ello, que la fuerza vinculante de la relación obligatoria opera en los casos de imposibilidad inicial total (la imposibilidad inicial no determina necesariamente la nulidad del contrato) y que la imposibilidad sobrevenida, incluso total, no imputable al deudor, no provoca necesariamente la extinción de la relación obligatoria, porque en ambos casos puede operar la garantía del deudor. Igualmente implica que la culpabilidad no tiene que ser un ingrediente necesario del propio concepto de incumplimiento, sino que éste consiste, lisa y llanamente, en la falta de ejecución (o falta de realización) de las exigencias del contrato, con la consiguiente insatisfacción del interés del acreedor. Este enfoque, en definitiva, permite explicar mejor la responsabilidad contractual, no circunscribiéndola a un juicio de reproche del deudor, por su conducta culpable; permite entenderla como un instrumento jurídico preciso de reparto de riesgos entre los contratantes, en el ámbito que organiza el contrato.», *La Modernización del...*, *op. cit.*, pp. 19 y 20. *Vid.* también MONTÉS PENADÉS, V.L., «La responsabilidad por incumplimiento», en AA. VV., *Derecho de obligaciones y contratos*, (coordinado por Valpuesta Fernández), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, 2.ª edición, pp. 203 y 204.

²⁵ MONTÉS PENADÉS, V.L., «El incumplimiento de la obligación», en AA. VV., *Derecho de obligaciones y contratos*, (coordinado por Valpuesta Fernández), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, 2.ª edición, p. 179.

Common Law configuran el vínculo contractual como la garantía de la consecución de un resultado, la satisfacción del acreedor, de lo que deriva que la responsabilidad contractual se construya sobre la satisfacción o no del interés del acreedor y no sobre la conducta del deudor²⁶.

Dependiendo de la perspectiva desde la que se enfoque el vínculo contractual, se derivan unas consecuencias u otras; así, en los países de *Civil Law*, la responsabilidad contractual se caracteriza por la adopción de un concepto más estricto del incumplimiento basado en la conducta del deudor, que no permite dar cabida a todos los supuestos de insatisfacción del acreedor que técnicamente no suponen una infracción de deberes por parte del deudor. En este sentido, MORALES MORENO señala que, «si se vende una obra de arte, el interés del comprador queda insatisfecho tanto si el vendedor incumple su deber de entregarla, como si la pieza vendida no es auténtica»²⁷. Ahora bien, ambos tipos de insatisfacciones reciben tratamientos distintos. La falta de entrega se configura como un incumplimiento, ya que el deudor no ha cumplido su deber, la entrega de la obra de arte, y pone en marcha los mecanismos normales de defensa ante el incumplimiento, o, en otras palabras, la responsabilidad contractual general. Por el contrario, la falta de autenticidad de la obra de arte no se configura como un incumplimiento en sentido estricto. Ello genera la necesidad de ofrecer al acreedor insatisfecho unos mecanismos alternativos de protección de su crédito lesionado, como sería el caso del saneamiento por vicios ocultos (artículos 1484 a 1499 del CC).

De la configuración en los países de *Civil Law* del término incumplimiento como sinónimo de infracción del deber de conducta del deudor, independientemente del grado de satisfacción del acreedor, deriva que para la doctrina tradicional, el fundamento de la responsabilidad contractual se encuentre en la culpa. La responsabilidad contractual sería un mecanismo de reproche frente a la conducta culposa o negligente del deudor²⁸. No obstante lo anterior,

²⁶ Vid., RODRÍGUEZ-ROSADO, B., «Los sistemas de responsabilidad contractual: entre responsabilidad por culpa y la *strict liability*», *Revista de Derecho Civil*, vol. 1, núm. 4 (octubre-diciembre, 2014), pp. 157 a 164.

²⁷ MORALES MORENO, A.M., «Comentario al artículo 35...», *op. cit.*, p. 291.

²⁸ Resulta curioso que se pretenda fundar en nuestro Derecho la responsabilidad contractual en la culpa, y a continuación se dote a su regulación de una serie de *medidas correctoras* (arts. 1104 y 1183 del CC) como para evitar un resultado que no es deseado, pero al que nos conduce el fundamento culpabilístico. Así señala LÓPEZ y LÓPEZ, A.M., en relación al fundamento de la responsabilidad contractual en el Derecho interno español que «el entendimiento tradicional de este tema ha sido, sin perjuicio de que entre los diversos autores y sobre concretos puntos pueda haber alguna discrepancia, el siguiente: la responsabilidad se funda en la culpa (arg. *Ex art.* 1.101 del Código Civil), entendida como negligencia = ausencia de diligencia; culpa, por otro lado, y paradójicamente, “objetiva”, pues remite a un canon estándar de conducta (art. 1.104 del Código Civil); negligencia que se presume (*id est*, la carga de la prueba de la diligencia corresponde al deudor argumentando con el artículo 1.183 del Código Civil), siendo el objeto de

debe destacarse que en nuestro Código civil, junto al régimen general de responsabilidad contractual de los artículos 1101 y siguientes, conviven regímenes especiales de responsabilidad, que, como ha indicado LÓPEZ y LÓPEZ, suponen «excepciones más o menos intensas al sistema o principio de la culpa»²⁹.

Por último, la ausencia de un concepto unitario del incumplimiento y el carácter subjetivo de la responsabilidad conectado a unos regímenes especiales de responsabilidad de tintes objetivos, impiden en los países de *Civil Law* la construcción de un sistema unitario, armonizado y articulado de responsabilidad contractual³⁰. Si se realiza un recorrido a lo largo del articulado de nuestro Código civil, se aprecia cómo, además de no existir una definición del incumplimiento, no todas las insatisfacciones del interés del acreedor reciben un mismo tratamiento, puesto que coexisten la regla general del aludido artículo 1101, junto con los regímenes especiales aplicables sólo a determinados tipos de contratos, como por ejemplo: el saneamiento en los contratos de compraventa (artículos 1474 a 1499), la responsabilidad decenal de contratistas y arquitectos (artículo 1591), del comodatario (artículos 1744 a 1746), del depositario (artículos 1766, 1767 y 1769), de los fondistas y los mesoneros (artículos 1783 y 1784)³¹. También contribuye a la complejidad de nuestro sistema de responsabilidad, que convivan, como se ha dicho, un régimen general de responsabilidad por culpa, con los que pueden denominarse microsistemas de responsabilidad de carácter objetivo, como ocurre, por ejemplo, con los con-

acreditación de la prueba liberatoria la demostración del caso fortuito o la fuerza mayor, concebidos como “no culpa”», «Comentario a los artículos 45 a 52», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, pp. 411 y 412.

²⁹ Sobre los regímenes especiales de responsabilidad contractual en nuestro Código Civil, *vid.*: LÓPEZ y LÓPEZ, A.M., «Comentario a los artículos 45...», *op. cit.*, p. 412; DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II Las Relaciones Obligatorias*, 6 edición, Civitas, Navarra, 2008, pp. 717 a 726; MONTÉS PENADÉS, V.L., «La responsabilidad por...», *op. cit.*, pp. 215 y 216 y MORALES MORENO, A.M., *La Modernización del...*, *op. cit.*, pp. 22 a 25.

³⁰ Así lo reconocen DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., «es un rasgo propio de los sistemas continentales la construcción desmembrada o desarticulada del sistema de remedios a través de los cuales se da satisfacción al interés del acreedor», *op. cit.*, p. 319.

³¹ Insiste DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., en la importancia de los regímenes especiales al señalar que «para perfilar, dentro de nuestro Derecho Positivo, el sistema y los principios rectores de la responsabilidad del deudor por la infracción o por la violación del derecho de crédito, parece necesario estudiar los regímenes particulares antes de analizar las reglas o los principios generales», *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II...*, *op. cit.*, p. 717.

tratos de compraventa, con el régimen del saneamiento por evicción (artículos 1474 y 1475) y con la responsabilidad de los fondistas y mesoneros (artículos 1783 y 1784)³².

Al anterior entrecruzamiento de regímenes de responsabilidad, debe unirse que los diferentes remedios se encuentran dispersos sin ningún tipo de orden y desconectados los unos de los otros. El cumplimiento forzoso en forma específica (artículos 1096, 1098 y 1099), la indemnización de daños y perjuicios (artículos 1101 y siguientes), la resolución (artículo 1124), la responsabilidad del deudor por la actividad de sus auxiliares (artículos aislados donde se pone de manifiesto esta responsabilidad: 1551, 1564, 1596 y 1721, entre otros), o sobre los supuestos de extinción de las obligaciones, bien por perecimiento de la cosa objeto del contrato, bien por hacerse imposible la prestación sin culpa de la parte obligada (artículos 1182 y 1183)³³.

Por tanto, lo primero será analizar la concepción de la obligación derivada de la vinculación contractual adoptada por los PECL, y de ella extraer sus características y consecuencias fundamentales, cuales son: la concepción del incumplimiento; la imputación de la responsabilidad, ya sea subjetiva u objetiva; y la articulación interna entre los diferentes medios de tutela.

1.2.3 LA CONCEPCIÓN DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL ADOPTADA POR LOS PECL: SUS CONSECUENCIAS EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

La concepción de la relación contractual propia de los países del *Common Law*, como garantía de un resultado –la satisfacción del acreedor–, es la

³² En relación a la regulación del sistema de responsabilidad contractual en el CC señala MORALES MORENO, A.M., que «lo que a primera vista se percibe en esta regulación, es la fragmentación del sistema de responsabilidad contractual. El sistema carece de un concepto unitario de incumplimiento y no considera como tales los supuestos especiales de saneamiento, etc. Ese carácter fragmentario determina complejidad: da lugar a sutiles diferencias en la delimitación de supuestos, diferencias que conducen a fomentar la discrecionalidad judicial. Pensemos, por ejemplo, en las dificultades que ha creado la delimitación del concepto de vicio oculto», *La Modernización del...*, *op. cit.*, p. 25.

³³ En una línea similar el *Codice Civile* regula el *risarcimento del danno* (arts. 1223 a 1229) *impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore* (arts. 1256 a 1259), *clausula penale e caparra* (arts. 1382 a 1386); o el *Code Civil* francés, que regula, por una parte, *des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation* (arts. 1146 a 1155) y, por otra, de *l'extinction des obligations* (arts. 1234 a 1314).

que ha triunfado en la CISG, y por influencia de la misma ha sido la adoptada por la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo³⁴, y también por los PECL.

Tanto en los cambios que se han producido en la regulación del derecho de los contratos a nivel nacional³⁵ e internacional³⁶, como en los que seguramente se producirán en el futuro³⁷, se encuentra latente la idea de reforzamiento de la obligación contractual, del vínculo derivado del contrato.

a) *El concepto unitario del incumplimiento*

El incumplimiento constituye el presupuesto-eje de todo el sistema de responsabilidad contractual, porque todos los remedios tienen como elemento básico y esencial que se produzca previamente el mismo. Por ello, es preciso delimitar las líneas maestras que lo conforman.

La primera característica del incumplimiento es ser desencadenante del sistema de responsabilidad. Si no se produce un incumplimiento en cualquiera de las manifestaciones que se han indicado, no podrán entrar en juego los diversos mecanismos que integran la responsabilidad contractual.

³⁴ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1999:171:0012:0016:ES:PDF>.

³⁵ Como ejemplo, la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones del Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch-BGB*), de 26 de noviembre de 2001 *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*). Sobre dicha reforma, *vid.*, entre otros: ALBIEZ DOHRMANN, K.J., «La modernización del derecho de obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del derecho privado», *Revista de Derecho Privado*, 2002, pp. 187 a 206; GRUNDMANN, S., OCHMANN, F., «German Contract Law Five Years After the Fundamental Contract Law Reform in the Schuldrechtsmodernisierung», *European Review of Contract Law*, 4/2007, pp. 450 a 467; GRUNDMANN, S., UHLIG, S., «German Contract Law-Nearly a Decade After the Fundamental Reform in the Schuldrechts», *European Review of Contract Law*, 1/2011, pp. 78 a 94; y ZIMMERMANN, R., *El nuevo derecho alemán de obligaciones*, Bosch, Barcelona, 2008. En la doctrina española, INFANTE RUIZ, F.J., «Apuntes sobre la reforma alemana del Derecho de Obligaciones: la necesitada modernización del derecho de obligaciones y la gran solución», *Revista de Derecho Privado*, 2002, pp. 153 a 171.

³⁶ Como la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, los PICC o los propios PECL y el DCFR.

³⁷ En nuestro país, como ya se ha señalado, la Sección Primera de Derecho civil de la Comisión General de Codificación, se encuentra inmersa en la reforma de los preceptos del Derecho general de obligaciones y contratos. Fruto de sus discusiones ha visto la luz en enero del 2009 su Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, *vid.*, COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (SECCIÓN CIVIL), la *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de obligaciones y Contratos*, Boletín de información, Ministerio de Justicia, Año LXIII, de enero de 2009, Madrid, pp. 1 a 70, consultar en: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198381857/Publicacion/1215327849407/Detalle.html>.

El incumplimiento en los PECL también se caracteriza por su condición de figura de alcance omnicompreensivo³⁸. Así lo reconoce el párrafo cuarto del artículo 1:301, al señalar que «*el término incumplimiento denota cualquier incumplimiento de una obligación derivada del contrato, esté o no justificado, e incluye el cumplimiento tardío o defectuoso, así como la inobservancia del deber de colaborar para que el contrato surta plenos efectos*»³⁹. Bajo el término *non-performance* se engloba cualquier falta de efectiva ejecución del contrato, y ello con independencia de que sea excusable o no, total o parcial. Supone incumplimiento toda ausencia de realización del fin del contrato, ya se trate de incumplimiento definitivo, del llamado tradicionalmente cumplimiento defectuoso, de violación de derechos accesorios, o de la mora *debitoris*. Además, desaparece el saneamiento por evicción y vicios ocultos como un régimen de responsabilidad especial del contrato de compraventa, al quedar ambos incluidos en el concepto de incumplimiento. Por último, también quedarían incluidos en el término incumplimiento la falta de colaboración por el acreedor y la mora *creditoris*. En definitiva, los PECL ofrecen un concepto flexible del incumplimiento, que permite dar cabida a todos los supuestos de insatisfacción del acreedor.

Este macroconcepto o superconcepto de incumplimiento, como ya se ha anticipado, no es más que el resultado de la concepción, a imagen y semejanza

³⁸ PANTALEÓN PRIETO, F., insiste en que «la primera premisa de un Derecho del incumplimiento contractual congruente valorativamente y altamente eficiente es la previsión de *una disciplina sustancialmente unitaria para toda desviación del programa contractual*: de un conjunto de remedios o medios de tutela del acreedor sustancialmente común para los casos de imposibilidad de la prestación, sobrevenida u *originaria*, mora y cumplimiento defectuoso, incluyéndose en éste *la evicción y las cargas o los vicios ocultos de la cosa vendida, los defectos de calidad o de cabida del inmueble vendido, y los llamados »vicios ruínógenos«* en el contrato de obra», «Las nuevas bases...», *op. cit.*, p. 1720.

³⁹ En similares términos se pronuncia el párr. tercero del art. III.-1:102 DCFR: «non-performance of an obligation is any failure to perform the obligation, whether or not excused, and includes delayed performance and any other performance which is not in accordance with the terms regulating the obligation». Con el mismo espíritu, pero de forma más detallada, el art. 87 de la CESL indica que: «constituye incumplimiento de una obligación cualquier falta de ejecución de dicha obligación, sea o no por causa justificada, en particular: (a) la no entrega de los bienes o los retrasos en su entrega; (b) el no suministro de los contenidos digitales o los retrasos en su suministro; (c) la entrega de bienes que no sean conformes con el contrato; (d) el suministro de contenidos digitales que no sea conforme con el contrato; (e) el impago o la demora en el pago del precio; y (f) cualquier otro presunto incumplimiento que no sea conforme al contrato». Aunque en este trabajo se realizan referencias al CESL, no somos ajenos a que sus perspectivas de éxito futuro han cambiado o, mejor dicho, han quedado en suspenso desde el 16 de diciembre de 2014. Ello es debido a que en el apartado 60 del Annex II to the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Commission Work Programme 2015. A New Start COM (2014) 910 final, se anuncia su retirada. Retirada provisional que se ha justificado con el fin de dar rienda suelta a todo el potencial del comercio electrónico en el mercado único digital. Sobre la CESL *vid.*, AA. VV., *European Perspectives on the Common European Sales Law*, (Javier Plaza Penadés y Luz M Martínez Velencoso Editors), Springer International Publishing, Switzerland, 2015.

del *Commom Law*, de la relación obligatoria como un vínculo del que deriva no un deber de conducta del deudor, sino la satisfacción del interés del acreedor. Por ello, toda insatisfacción de dicho interés constituye un supuesto de incumplimiento.

Este concepto unitario del incumplimiento resulta novedoso si lo comparamos con los Ordenamientos nacionales de nuestro entorno. No obstante, observamos que existen otros cuerpos normativos de carácter internacional en los que la expresión “falta de conformidad” se emplea para hacer referencia a la inadecuación material de las mercancías, tanto de cantidad, calidad, clase, envase y embalaje, como de los posibles defectos que les pudiesen afectar. Así, MORALES MORENO indica que «la LUVI, en la misma línea de la CV, permite integrar todas las manifestaciones de la falta de conformidad, incluida la existencia de defectos en la cosa, dentro del incumplimiento contractual»⁴⁰.

El artículo 35 CISG⁴¹, que bien puede considerarse el antecedente más semejante y próximo al *non-performance* de los PECL⁴², regula cuándo se produce una falta de conformidad material de las mercaderías⁴³, pero no agota todas las manifestaciones del incumplimiento, y debe ser completado forzosa-

⁴⁰ MORALES MORENO, A.M., «Comentario al artículo 35...», *op. cit.*, p. 289.

⁴¹ Los arts. 33 y 36 ULIS constituyen los antecedentes más próximos del art. 35 CISG: «Artículo 33. 1. El vendedor no ha cumplido con su obligación de entregar las mercancías, cuando se ha entregado: (a) la parte de los bienes vendidos o mayor o una menor cantidad de la mercancía que él contrató para vender; (b) las mercancías que no son aquellas a las que se refiere el contrato o bienes de otro tipo; (c) los productos que carecen de las cualidades de una muestra o modelo que el vendedor ha entregado o enviado al comprador, a menos que el vendedor ha presentado sin ningún compromiso explícito o implícito de que los bienes se ajustan con la misma; (d) las mercancías que no poseen las cualidades necesarias para su normal o uso comercial; (e) las mercancías que no poseen las cualidades para algún propósito especial que expresa o implícitamente previstas en el contrato; (f) en general, bienes que no poseen las cualidades y características, expresa o implícitamente previstas en el contrato. 2. No se observaron diferencias en la cantidad, la falta de una parte de los productos o falta de calidad o característica se tendrán en cuenta en los casos que no es material. Artículo 36. El vendedor no se hace responsable de las consecuencias de cualquier falta de conformidad del tipo mencionado en el inciso d), e) y f) del apartado 1 del artículo 33, si en el momento de la celebración del contrato, el comprador sabía o no podía ignorar, dicha falta de conformidad».

⁴² «Artículo 35: 1. El vendedor deberá entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato y que estén envasadas o embaladas en la forma fijada por el contrato. 2. Salvo que las partes hayan pactado otra cosa, las mercaderías no serán conformes al contrato a menos: a) Que sean aptas para los usos a que ordinariamente se destinan mercaderías del mismo tipo. b) Que sean aptas para cualquier uso especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato, salvo que de las circunstancias resulte que el comprador no confió, o no sea razonable que confiara, en la competencia y el juicio del vendedor. c) Que posean las cualidades de la muestra o modelo que el vendedor haya presentado al comprador. d) Que estén envasadas o embaladas en la forma habitual para tales mercaderías o, si no existe tal forma, de una forma adecuada para conservarlas y protegerlas. 3. El vendedor no será responsable, en virtud de los apartados a) a d) del párrafo precedente, de ninguna falta de conformidad de las mercaderías que el comprador conociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato».

⁴³ La falta de conformidad material de las mercaderías de la CISG se asemeja a lo que en nuestro Derecho denominamos saneamiento por los defectos o gravámenes ocultos de la cosa vendida (arts. 1484 a 1499 CC).

mente con la falta de entrega de las mercaderías y de los documentos (artículos 31 a 34 CISG) y con la falta de entrega de las mercaderías libres de derechos o pretensiones de terceros (artículos 41 y 42 CISG)⁴⁴. De forma casi idéntica al artículo 35 de la CISG, el artículo 2 de la Directiva 1999/44/CE⁴⁵ enumera, de modo positivo, los requisitos para que exista conformidad en las transacciones efectuadas con consumidores. Y, posteriormente, en el párrafo primero del artículo 3, hace al vendedor responsable ante el consumidor de toda falta de conformidad de las cosas entregadas, integrando todas las manifestaciones de la no conformidad bajo el concepto de incumplimiento⁴⁶.

Aun existiendo algunas diferencias menores⁴⁷, en cuanto a la estructura o a la técnica empleada por los textos aludidos, lo que resulta incuestionable, es que el término *non-performance* empleado por los PECL, como continuador de la línea ya marcada por la ULIS y la CISG, posibilita no sólo la integración de todas y cada una de las manifestaciones de la falta de conformidad

⁴⁴ La falta de entrega de las mercaderías libre de derechos o pretensiones de terceros, o, como los denomina MORALES MORENO, «defectos jurídicos», «Comentario al artículo 35...», *op. cit.*, p. 288, se asemeja a lo que denominamos saneamiento en caso de evicción (arts. 1475 a 1483 CC).

⁴⁵ «Artículo 2: Conformidad con el contrato: 1. El vendedor estará obligado a entregar al consumidor un bien que sea conforme al contrato de compraventa. 2. Se presumirá que los bienes de consumo son conformes al contrato si: a) se ajustan a la descripción realizada por el vendedor y poseen las cualidades del bien que el vendedor haya presentado al consumidor en forma de muestra o modelo; b) son aptos para el uso especial requerido por el consumidor que éste haya puesto en conocimiento del vendedor en el momento de la celebración del contrato y éste haya admitido que el bien es apto para dicho uso; c) son aptos para los usos a que ordinariamente se destinen bienes del mismo tipo; d) presentan la calidad y las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor puede fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del bien y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los bienes hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o el etiquetado. 3. Se considerará que no existe falta de conformidad a efectos del presente artículo si en el momento de la celebración del contrato el consumidor tenía conocimiento de este defecto o no podía fundadamente ignorarlo, o si la falta de conformidad tiene su origen en materiales suministrados por el consumidor. 4. El vendedor no quedará obligado por las declaraciones públicas contempladas en la letra d) del apartado 2 si demuestra: – que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión, – que dicha declaración había sido corregida en el momento de la celebración del contrato, o – que dicha declaración no pudo influir en la decisión de comprar el bien de consumo. 5. La falta de conformidad que resulte de una incorrecta instalación del bien de consumo se presumirá equiparable a la falta de conformidad del bien cuando la instalación esté incluida en el contrato de compraventa del bien y haya sido realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad. Esta disposición también será aplicable cuando se trate de un bien cuya instalación esté previsto que sea realizada por el consumidor, sea éste quien lo instale y la instalación defectuosa se deba a un error en las instrucciones de instalación».

⁴⁶ «Artículo 3: Derechos del consumidor: 1. El vendedor responderá ante el consumidor de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien».

⁴⁷ El art. 33 de la ULIS, en la misma línea seguida posteriormente por el art. 2 de la Directiva de consumo, asimila toda falta de conformidad a la falta de entrega. De forma que el vendedor incumple su obligación de entrega, ya sea entregando un objeto distinto al descrito en el contrato, ya sea entregando una cosa cuya calidad, cantidad o prestaciones no coincidan con las pactadas. Por contra, la CISG regula de forma separada la falta de entrega y la falta de conformidad, no otorgándoles una naturaleza equivalente. No obstante estas diferencias, como ya se ha dicho, acaban integrando todas las manifestaciones de la insatisfacción del acreedor bajo el concepto de incumplimiento del contrato.

dentro del concepto de incumplimiento, sino también de todas las manifestaciones de la insatisfacción del interés del acreedor⁴⁸.

b) *Una responsabilidad contractual objetiva*

En nuestro Ordenamiento, y en los de nuestro entorno, ha sido tradicional, y aún hoy día existe un amplio sector doctrinal que lo sostiene, configurar la responsabilidad contractual bajo el imperio de la culpa del deudor⁴⁹. Para que se le otorgue al acreedor una indemnización por los daños y perjuicios, los mismos han de derivarse de un incumplimiento culpable por parte del deudor⁵⁰.

El modelo de responsabilidad contractual de la «Comisión Lando» se construye al margen de la culpa, y ello no es más que una de las consecuencias lógicas del concepto de obligación contractual adoptado. Del párrafo cuarto del artículo 1:301 se colige que la culpa no constituye un elemento del incumplimiento, porque en la definición que se realiza del mismo no se hace referen-

⁴⁸ Sobre el unitario, amplio y neutro concepto de incumplimiento que adopta la PMCC, *vid.*, entre otros, GÓMEZ CALLE, E., «Los remedios ante...», *op. cit.*, pp. 36 a 39. Lo mismo debe afirmarse en relación con el concepto de incumplimiento contemplado por el art. 87 CESL. En relación al mismo, *vid.*, BLANDINO GARRIDO, M.ª A., «El incumplimiento del contrato», en AA. VV., *El derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos*, (Antoni Vaquer Aloy, Esteve Bosch Capdevila y María Paz Sánchez González, editores), Atelier, Barcelona, 2015, pp. 331 a 341; y GARCÍA RUBIO, M.ª P., «Non Conformity of Goods and Digital Content and its Remedies», en AA. VV., *European Perspectives on the Common European Sales Law*, (Javier Plaza Penadés y Luz M Martínez Velencoso Editors), Springer International Publishing, Switzerland, 2015, p. 179; y SCHMIDT-KESSEL, M., SILKENS, E., «Breach of Contract», en AA. VV., *European Perspectives on the Common European Sales Law*, (Javier Plaza Penadés y Luz M. Martínez Velencoso Editors), Springer International Publishing, Switzerland, 2015, pp. 111 a 135.

⁴⁹ En el Derecho español, la doctrina tradicional caracteriza a nuestro sistema de responsabilidad contractual como subjetivo, partiendo del principio de que sin culpa no existe responsabilidad. Entre otros: ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones, Volumen primero. La obligación y el contrato en general*, 10.ª ed., Bosch, Barcelona, 1997, p. 197; BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987, pp. 247 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, 14 edición, Tomo III, (revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero), Reus, Madrid, 1986, p. 248 y PINTÓ RUIZ, J.J., «Voz indemnización de daños y perjuicios», en AA. VV., *Nueva Enciclopedia Jurídica*, (bajo la dirección de Carlos E. Mascareñas y continuada por Buenaventura Pellisé Prats), Tomo XII, ed. Francisco Seix, S. A., Barcelona, 1965, p. 290. CARRASCO PERERA, A., se posiciona entre los autores que sostienen la tesis subjetivista de la responsabilidad contractual, si bien «advirtiendo... la escasa o nula entidad que en la aplicación práctica ha de tener el decantarse por uno u otro de los sistemas que, con carácter de unilateralidad, pretenden explicar “subjetiva” u “objetivamente” la responsabilidad del deudor», «Comentario a los artículos 1101 a 1107 del Código Civil», en AA. VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (dirigido por Manuel Albaladejo), Tomo XV, Volumen 1.º, Edersa, 1989, Madrid, pp. 381 y 382. Recientemente se ha posicionado a favor de un sistema de responsabilidad contractual basado en la culpa RODRÍGUEZ-ROSADO, B., «Los sistemas de...», *op. cit.*, pp. 170, 171 y 183.

⁵⁰ En este sentido MORALES MORENO, A.M., ha indicado que «la culpabilidad se ha considerado como un elemento del supuesto del incumplimiento», *La Modernización del...*, *op. cit.*, p. 32.

cia a su necesidad. Cualquier defecto en el cumplimiento, en cualquiera de sus manifestaciones, será incumplimiento con independencia de cuál sea la causa que lo provoca y la conducta diligente, culposa o dolosa del deudor. Ello nos lleva, como se manifiesta en los propios PECL, a caracterizar su sistema como de responsabilidad contractual objetiva (*strict liability*), que tiene su fundamento en el hecho mismo del incumplimiento, que por sí solo es presupuesto fundamental y desencadenante de los mecanismos de protección del crédito⁵¹. Como regla general, habrá incumplimiento cuando no se logre el resultado garantizado por el deudor y previsto en el contrato, con independencia de cuál haya sido la conducta del deudor. Lo anterior no debe llevarnos al error de considerar que toda falta de satisfacción del interés del acreedor constituye un incumplimiento. La responsabilidad contractual tiene unos límites que no se inspiran en la ausencia de culpa del deudor, sino en atención a la existencia de circunstancias o hechos que impiden el cumplimiento del contrato; circunstancias que se encuentran fuera de la esfera de control del deudor, y que hemos denominado causas de atenuación de la responsabilidad. El hecho de que en el supuesto de incumplimiento justificado no se pueda acudir a todos los remedios establecidos en el artículo 8:101 (1), no supone una atenuación o quiebra del fundamento objetivo de la responsabilidad, sino una limitación de los medios de tutela a los que puede acudir la parte perjudicada. Dicha limitación encuentra su justificación en que la prestación no se pudo llevar a cabo debido a causas que se encontraban fuera de la esfera de control de la parte que debió realizarla, ya porque no se pudieron prever, ya porque, aun siendo previsibles, no pudieron ser superadas (artículo 8:108)⁵².

⁵¹ La caracterización del sistema de la responsabilidad contractual de los PECL como un sistema objetivo se pone de manifiesto de forma expresa en el propio texto de los principios al manifestar que «liability under the Principles is «strict» and it is not necessary to prove fault in order to prove non-performance», LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, pp. xxxviii. En el mismo sentido, resaltando el carácter objetivo de la responsabilidad, se pronuncian, entre otros; Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, pp. 317 a 318, para quienes «el sistema de responsabilidad contractual de los PECL podemos también caracterizarlo como un sistema objetivo, basado en el incumplimiento. Es cierto que admite en relación con algunos remedios (no todos) ciertas causas de exoneración previstas en el art. 8.108. Pero dichas causas no autorizan a construir el sistema de responsabilidad sobre el presupuesto de la culpa, ni ellas mismas pueden ser entendidas como casos de ausencia de culpabilidad del deudor incumplidor»; en fin, para VAQUER ALOY, A., «la culpa no aparece como presupuesto del deber de indemnizar los daños y perjuicios, (ni de los demás mecanismos de protección) con lo que adquiere tintes objetivos, pero sí que la excusa del incumplimiento lo excluye», «Incumplimiento...», *op. cit.*, p. 543. *Vid.*, también MORALES MORENO, A.M., *La Modernización del...*, *op. cit.*, pp. 32 a 35.

⁵² Sobre el sistema de responsabilidad objetiva que adopta la CESL, *vid.*, LEHMANN, M., «Damages and Interest», en AA. VV., *European Perspectives on the Common European Sales Law*, (Javier Plaza Penadés y Luz M. Martínez Velencoso Editors), Springer International Publishing, Switzerland, 2015, pp. 247 y 248.

c) *Un sistema unitario y armonizado de remedios ante el incumplimiento: el ius variandi*

La última de las consecuencias básicas derivadas del concepto del vínculo obligatorio adoptado por los PECL, y que sin duda constituye uno de los pilares fundamentales de su sistema de responsabilidad contractual, es la articulación de un sistema unitario y armonizado de remedios para el caso del incumplimiento⁵³. El conjunto de remedios recogidos en los PECL son: la pretensión de cumplimiento, la suspensión del cumplimiento, la resolución del contrato, la reducción del precio y los daños y perjuicios. Todos los remedios se encuentran regulados en el Capítulo 9, integrando una regulación armonizada de los mismos, en contraste con la dispersión existente en nuestro Código Civil, no sólo en lo sustancial, sino también en lo estructural. Su caracterización como unitario y armonizado, no es más que el corolario, o el resultado final de la suma de encontrarnos ante un concepto unitario del incumplimiento y de un sistema de responsabilidad objetiva.

Difícilmente se podrá predicar la unidad de un sistema de responsabilidad que, partiendo de la existencia de distintos tipos de incumplimiento, ofrezca remedios diversos ante los mismos. Además, al desterrarse la culpa como criterio de imputación, se agiliza el sistema, pues no se da la convivencia de un régimen general de responsabilidad por culpa y regímenes especiales de tintes objetivos, que genera entrecruzamiento y falta de seguridad en el tráfico.

Por último, el hecho de que los PECL ofrezcan un conjunto unitario y armonizado de medios de tutela al acreedor, dota al sistema de grandes dosis de eficacia y valoración, lo que, sin duda, beneficiará la futura aplicación como *soft law* de los Principios por los particulares en sus negocios, la aplicación de sus artículos por los tribunales domésticos para la resolución de conflictos, como ya ha ocurrido en un buen número de casos por los tribunales españoles⁵⁴, y, lo que tal vez sea más determinante, la adecuación a los mismos de los códigos o las normativas nacionales.

⁵³ Sobre el sistema unitario y armonizado de los PECL, *vid.*, por todos: Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 317 y MORALES MORENO, A.M., *La Modernización del...*, *op. cit.*, pp. 30 a 32.

⁵⁴ Entre las numerosas SSTs que desde el año 2006 hacen referencia en sus fundamentos de derecho a los PECL, las de 4 de julio de 2006, ponente D.^a Encarnación Roca Trias (RJ 2006, 6080), 27 de septiembre de 2006, ponente D.^a Encarnación Roca Trias (RJ 2006, 8631), y la de 24 de noviembre de 2008, ponente D.^a Encarnación Roca Trias (RJ 2008, 6061), en relación al principio básico establecido en el artículo 8:107 de los PECL, sobre la no exoneración de responsabilidad cuando el cumplimiento se ha confiado a un tercero: «Estando atribuida la responsabilidad relativa a la seguridad a Metro de Madrid, ésta no puede exonerarse por el simple hecho de la contratación de una empresa de seguridad, puesto que la responsable del incumplimiento frente al usuario es quien presta el servicio de transporte. En cierto sentido, la jurisprudencia de esta Sala ha venido aplicando esta regla en aquellos casos en que el cumplimiento de la obligación frente al contratan-

El artículo 8:102⁵⁵ titulado «*Acumulación de medios de tutela*»⁵⁶ ofrece a la parte perjudicada la posibilidad de acumular diversos medios de tute-

te ha sido confiada a un tercero por quien debe cumplir el contrato, de modo que esto no elimina la responsabilidad, porque deben cumplirse ciertos deberes de diligencia y cuidado que no quedan excluidos por el hecho de confiar la ejecución del contrato a terceros. En definitiva, existe un nivel general de diligencia, que se proyecta en la elección del contratista, pudiendo surgir esta obligación bien por una culpa in eligendo, o por una incorrecta supervisión. Existe lo que la doctrina denomina “deberes no delegables”, entre los que se encuentra el deber de diligencia en la elección del contratista, cuyo incumplimiento originará la obligación de indemnizar... Esta regla está incluida en los Principios del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil –considero que en realidad se está refiriendo a los PECL–, cuando en el art. 8.107 se dice que “la parte que confíe el cumplimiento del contrato a un tercero, sigue siendo responsable del cumplimiento”...». Especialmente interesante, en relación a cuándo un incumplimiento es esencial y por tanto se aplica lo establecido en el artículo 1124 del CC, resulta la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2009, ponente D.^a Encarnación Roca Trias (RJ 2009, 525): «Ante un incumplimiento de este tipo, la jurisprudencia ha venido entendiendo, si bien no de una forma lineal, que los incumplimientos esenciales o sustanciales permiten la resolución del contrato o exigir el cumplimiento (art. 1124.2 CC). Aunque una tendencia jurisprudencial haya exigido lo que se ha calificado como “voluntad deliberadamente rebelde del deudor”, sentencias recientes han introducido criterios más matizados para determinar cuándo se produce un caso de incumplimiento, por el hecho de la frustración del fin del contrato, “sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando [...] que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte”... Modernamente, los textos internacionales relativos a obligaciones y contratos han recogido una línea, fundada en el derecho inglés, que se resume diciendo que una parte podrá dar por terminado el contrato si la falta de la otra parte al cumplir con las obligaciones contractuales constituye un incumplimiento esencial (art. 7.3.1. de los Principios sobre los Contratos Comerciales internacionales, UNIDROIT), y se considera que es esencial si priva a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar como consecuencia del contrato, o bien “si otorga a la parte perjudicada razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento efectivo de la otra”. Este principio se repite en el art. 8.101 de los Principios del Derecho europeo de los contratos (PECL), que en el art. 8.103 recoge los supuestos del incumplimiento esencial, entre los cuales se encuentran los casos en los que la estricta observancia de la obligación forma parte de la esencia del contrato, o bien si el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato». Sobre el deber de indemnizar el lucro cesante, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009, ponente D.^a Encarnación Roca Trias (RJ 2010, 859): «Según el Art. 1106 CC, este lucro cesante debe acordarse cuando se haya dejado de obtener una ganancia por parte del acreedor y aunque es cierto que la jurisprudencia española ha sido restrictiva al señalar que no debe concederse indemnización en los casos de ganancias dudosas, sí se ha reconocido que aplicando criterios de probabilidad, debe indemnizarse aquella “pérdida futura que razonablemente se prevea que puede ocurrir (artículo 9;501 (2), criterio aplicado en la reciente doctrina de ésta con relación a las reclamaciones por lucro cesante”».

⁵⁵ «Artículo 8:102: *Acumulación de medios de tutela. Los medios que no sean incompatibles pueden acumularse. En particular, las partes no pierden su derecho a la indemnización por daños y perjuicios en caso de haber utilizado cualquier otra vía a la que tengan derecho.*».

⁵⁶ Por lo que respecta a la compatibilidad de la indemnización de daños y perjuicios con el resto de remedios, el art. 8:102 se ha redactado sobre el modelo de los párrs. segundos de los arts. 45: «2) *El comprador no perderá el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios aunque ejercite cualquier otra acción conforme a su derecho*» y 61 de la CISG: «2) *El vendedor no perderá el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios aunque ejercite cualquier otra acción conforme a su derecho*», respectivamente. También ha sido el criterio general adoptado en los arts. 7.3.5 (2): «(2) *La resolución no excluye el derecho a reclamar una indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento*» y 7.4.1 de los PICC: «*Cualquier incumplimiento otorga a la parte perjudicada derecho al resarcimiento, bien exclusivamente o en concurrencia con otros remedios, salvo que el incumplimiento sea excusable conforme a estos Principios*». La Propuesta adolece de un precepto general similar al 8:102, pero sí se hace referencia a la compatibilidad de la indemnización de los daños y perjuicios con todos los demás medios de tutela en los arts. 1190: «*En caso de incumplimiento podrá el acreedor, conforme a lo dispuesto en este Capítulo, exigir el cumplimiento de la obligación, reducir el precio o resolver el contrato y,*

la, siempre y cuando no sean incompatibles entre sí⁵⁷. Después de establecer el principio general de *cumulation of remedies*⁵⁸, especifica que acudir al remedio de la indemnización no implica privar al perjudicado de usar cualquier otro remedio. Ello significa que, producido el incumplimiento, la parte perjudicada goza de la máxima libertad posible para elegir el remedio que mejor se adecue a las necesidades del incumplimiento sufrido, con la limitación para el caso del incumplimiento justificado y para el no esencial, y ello sin que el uso de un remedio imposibilite al perjudicado para el ejercicio posterior o simultáneo de otro. La única limitación a esta facultad cumulativa del perjudicado viene impuesta por la propia naturaleza de los remedios a acumular. Así, no podrá acumularse, por ejemplo, la pretensión de cumplimiento y la resolución; pero, en cambio, sí sería admisible ejercer primero la

en cualquiera de estos supuestos, podrá además exigir la indemnización de los daños y perjuicios producidos» y 1205: «El acreedor tiene derecho a ser resarcido de los daños y perjuicios que el incumplimiento le cause. Este derecho es compatible con las demás acciones que la ley le reconoce en caso de incumplimiento». La misma solución es la adoptada en el CEC, donde la acumulación de los remedios sólo se contempla para la indemnización de los daños y perjuicios. En su art. 116 se establece que: «1. Sin perjuicio de lo prevenido en los artículos precedentes, en caso de incumplimiento, cualquiera que sea su gravedad, el acreedor tiene el derecho de obtener del deudor indemnización de los perjuicios sufridos, tal y como lo prevén los artículos 162 y siguientes. 2. El ejercicio de este derecho puede ser acumulado con los que se hallan previstos en las reglas precedentes y como se establece en las contadas en el artículo 171».

⁵⁷ En nuestro CC, si bien no existe un art. similar al 8:102 PECL, que de forma general faculte al perjudicado para ejercitar acumuladamente los medios de protección que no sean incompatibles, sí existen artículos dispersos donde se permite la acumulación. Así ocurre, por ejemplo con los arts. 1096: «Cuando lo que deba entregarse sea una cosa determinada, el acreedor, independientemente del derecho que le otorga el artículo 1101, puede compeler al deudor a que realice la entrega» y 1124: «La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible». Así lo reconoce para el Derecho italiano VENEZIANO, A., al afirmar que «the issue of cumulation of remedies is expressly addressed, with regard to contracts with mutual counter-performance, in Art. 1453 c.c. Its para. 1 offers the aggrieved party the choice between specific performance and termination, and at the same time states that compensation for damages can always be demanded as an addition to the chosen remedy. Thus, a substantial incompatibility between specific performance and termination is implied, while damages are considered to be consistent with either of the two main remedies (for the latter compatibility see also Arts. 1494 (1) C. C. on sales and 1668 (1) on work contracts). Reduction of price is mentioned in the specific rules on warranty for the defects of the things sold as an alternative to termination (Art. 1492 C. C.) and on warranty for the defects of the work in work contracts as an alternative to cure of defects by the contractor and –implicitly– to termination (Art. 1668 C. C.)», «Commentary Arts. 8:101...», *op. cit.*, p. 363.

⁵⁸ «Remedies which are not incompatible are cumulative. A party which is entitled to withhold its performance and to terminate the contract may first withhold and then terminate. A party which pursues a remedy other than damages is not precluded from claiming damages. A party which terminates the contract may, for instance, also claim damages», LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, pp. 362 y 363.

pretensión de cumplimiento y, una vez constatada la ineficacia de este remedio, optar por la resolución del contrato⁵⁹.

La parte final del artículo 8:102 hace hincapié en la plena compatibilidad de la indemnización de daños con cualquier otro remedio, pero debe resaltarse que, en algunos supuestos, el ejercicio cumulativo puede tener repercusión en el monto en el que consistiría la cuantía de la indemnización. Piénsese en el supuesto de que un fabricante pacte con el propietario de un negocio la entrega de una cantidad de productos de una especial calidad y, llegado el momento de la entrega de la mercancía, ésta resulte de una calidad inferior a la que se había pactado y en atención a la cual se había fijado el precio. El comerciante perjudicado podrá ejercitar el remedio de la reducción del precio pactado y simultáneamente el de la reclamación de la indemnización de daños y perjuicios, pero en el cálculo del monto de la indemnización no podrá incluir el daño emergente derivado de la menor calidad de la mercancía entregada, puesto que dicho perjuicio ya se encontraría compensado con la disminución del precio.

Junto a la cuestión de la acumulación de remedios compatibles, la diversidad de remedios de que puede disponer la parte perjudicada, plantea la posibilidad del ejercicio del *ius variandi*, es decir, de que la parte perjudicada que opta por ejercitar un remedio, pueda posteriormente ejercitar otro, incluso incompatible con el anterior, que considere que satisface mejor sus necesidades o que puede tener el éxito que el anterior no obtuvo. El artículo 8:102 PECL⁶⁰ guarda silencio respecto a la posibilidad de mutar un remedio por otro, pero su Comentario sí hace referencia al *ius variandi*, admitiéndolo con limitaciones⁶¹.

En el Comentario del artículo 8:102 no se prohíbe a la parte perjudicada por el incumplimiento que haya optado por un remedio elegir otro en un momento posterior. Sirva como botón de muestra: «*if, after having claimed specific performance, it learns that the defaulting party has not performed or is*

⁵⁹ En relación a la acumulación o compatibilidad de los medios de tutela, *vid.*, entre otros: Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, pp. 324 a 326; LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, pp. 362 a 364; PALAZÓN GARRIDO, M.L., «El nuevo derecho...», *op. cit.*, p. 84; VAQUER ALOY, A., «Incumplimiento del...», *op. cit.*, p. 539; ZIMMERMANN, R., *Estudios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 139.

⁶⁰ El ejercicio del *ius variandi* se recoge específicamente en el art. 7.2.5 de los PICC: «(1) *La parte perjudicada que ha reclamado el cumplimiento de una obligación no dineraria y no lo ha obtenido dentro del plazo fijado o, en su defecto, dentro de un plazo razonable, podrá recurrir a cualquier otro remedio. (2) En caso de no ser factible la ejecución de un mandato judicial que ordene el cumplimiento de una obligación no dineraria, la parte perjudicada podrá recurrir a cualquier otro remedio.*».

⁶¹ Así lo reconocen, LANDO, O., BEALE, H., al indicar que «however, Article 8:102 does not preclude an aggrieved party which has elected one remedy from shifting to another later, even though the later remedy is incompatible with the first elected», *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, p. 363.

*not likely to do so within a reasonable time, the aggrieved party may terminate the contract»*⁶². La posibilidad de ejercitar el *ius variandi* es propia de la pretensión de cumplimiento. Con el cambio de remedio se pretende desbloquear la situación en la que podría encontrarse el perjudicado que ejercita el derecho a obtener el cumplimiento, especialmente en las obligaciones no dinerarias, y padece las dificultades que dicha ejecución conlleva, ampliadas cuando nos encontramos en el campo de la contratación transfronteriza⁶³.

No obstante lo anterior, el ejercicio del *ius variandi* no es ilimitado. Puede ocurrir que la parte perjudicada ejercite un remedio, o manifieste su intención de hacerlo, y ello condicione la actuación posterior del incumplidor. Si, por ejemplo, un fabricante de zapatos celebra un contrato con el dueño de una zapatería para la entrega en una fecha determinada de 100 pares de zapatos, y llegado el día de la entrega, la misma no se efectúa, y el acreedor de los zapatos manifiesta su intención de resolver el contrato, no podrá un mes más tarde de dicho anuncio ejercitar la pretensión de cumplimiento, porque podría darse el caso de que el fabricante, que terminó la fabricación de los 100 pares de zapatos cinco días más tarde de lo acordado, haya vendido los zapatos a otro comprador, en atención a la primitiva intención del primer comprador de resolver el contrato⁶⁴. Las limitaciones al *ius variandi* no son más que concreciones del artículo 1:201 PECL relativo al principio general de la buena fe y la lealtad en las transacciones.

1.3 Los mecanismos de protección en el caso de incumplimiento: sus límites

El artículo 8:101 intitulado «*Medios de protección del crédito*»⁶⁵, que constituye el pilar normativo básico sobre el que se sustenta y del que deriva

⁶² LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, p. 363.

⁶³ Así lo reconocen DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., al afirmar que «el que el acreedor haya reclamado el cumplimiento específico no le impide, posteriormente, modificar su pretensión inicial, si la misma no llega a ser atendida en tiempo y forma razonable» *op. cit.*, p. 325. En el mismo sentido, PALAZÓN GARRIDO, M.L., «El nuevo derecho...», *op. cit.*, pp. 84 a 85 y de la misma autora, *Los remedios frente...*, *op. cit.*, pp. 19 a 21.

⁶⁴ En este sentido, VENEZIANO, A., indica que «as a general rule, the Comment (see limb C) allows Duch a change, except when the aggrieved party's declaration of intention has caused the other party to act in reliance on it. Thus, while in principle a party claiming specific performance may shift to termination if he/she learns that the other party is not likely to perform within a reasonable time, he/she may be barred from doing so if the defaulting party has acted in reliance on the claim for specific performance, because he/she has received notice fixing an additional time for performance. At the same time, notice of termination may have caused the other party to rely on the exercise of such a remedy and thereby preclude a chance to specific performance. According to the Comment this follows from the general principle of fair dealing», «Commentary Arts. 8:101...», *op. cit.*, p. 362.

⁶⁵ «Artículo 8:101: *Medios de protección del crédito*. (1) Siempre que una parte no cumpla con alguna de las obligaciones derivadas del contrato y el incumplimiento no pueda justificarse con arreglo al

todo el sistema de responsabilidad contractual de los PECL⁶⁶, establece los presupuestos que en líneas generales deben concurrir para que la parte perjudicada pueda acudir a los diversos medios de defensa de su derecho de crédito lesionado⁶⁷.

Se divide dicho precepto en tres párrafos, donde se enumeran los remedios disponibles en función de que el incumplimiento sea inexcusable (*non-performance which is not excused*), excusable (*non-performance which is excused*), o que derive de la propia conducta de la parte que lo sufre (*non-performance wholly or partially caused by the creditor*)⁶⁸.

El párrafo primero del artículo 8:101 establece la que puede denominarse regla general de los remedios disponibles para la protección del crédito lesionado: «*siempre que una parte no cumpla con alguna de las obligaciones derivadas del contrato y el incumplimiento no pueda justificarse con arreglo al artículo 8:108, el perjudicado puede recurrir a cualquiera de los medios dispuestos en el capítulo 9*».

El párrafo segundo del mismo precepto se refiere a la excepción relativa o limitación parcial de los medios de protección del crédito, pues previene

artículo 8:108, el perjudicado puede recurrir a cualquiera de los medios dispuestos en el capítulo 9. (2) Cuando el incumplimiento de una de las partes pueda justificarse con arreglo al artículo 8:108, el perjudicado puede recurrir a cualquiera de los medios dispuestos en el capítulo 9, excepto la pretensión de cumplimiento y la indemnización por daños y perjuicios. (3) La parte no puede recurrir a los medios dispuestos en el capítulo 9 en la medida en que haya provocado el incumplimiento de la otra parte».

⁶⁶ El antecedente más próximo al art. 8:101 PECL, se halla en los arts. 45 y 61 CISG. El art. 45 constituye la base legal de la responsabilidad contractual del vendedor. De forma que ante el incumplimiento por el vendedor de cualquiera de las obligaciones que le corresponden en virtud del contrato o del articulado de la CISG, el comprador lesionado podrá ejercitar la pretensión de cumplimiento (art. 46), resolver el contrato (art. 49), reducir el precio (art. 50), y también exigir la indemnización de los daños y perjuicios (conforme a los arts. 74 a 77). De forma similar, en los arts. 61 al 65, se regula la responsabilidad contractual cuando el que incumple es el comprador.

⁶⁷ La influencia del art. 8:101 PECL se pone de manifiesto, como ya se ha afirmado, en la redacción de los arts. 1188, 1190 y 1191 PMCC. De forma que ante la falta de realización de la prestación principal o de las accesorias derivadas de un contrato, el acreedor podrá, salvo que él haya sido el causante de las mismas, exigir el cumplimiento, reducir el precio y suspender el cumplimiento, además de ejercitar la indemnización de daños y perjuicios.

⁶⁸ «The remedies available for non-performance depend on whether the non-performance is excused or not, see article 8:101 of PECL. In cases where the non-performance is not excuse, the aggrieved party is entitled to claim specific performance, to claim damages, to withhold its own performance, to reduce it or to terminate the contract. If the non-performance is excused, the aggrieved party does not have the right to claim damages and to require specific performance. However, the other remedies mentioned above may be available. Non-performance is excused if the defaulting party proves that it is due to an impediment beyond its control and that it could not reasonably have been expected to take such impediment into account at the time of the conclusion of the contract to have avoided or overcome the impediment or its consequences (see art. 8:108 (1) of the PECL», LANDO, O., «The Structure and...», *op. cit.*, p. 11. Por su parte, PALAZÓN GARRIDO, M.L., se refiere al incumplimiento, injustificado y justificado, empleando las expresiones, todavía tributarias de la tradicional concepción culpabilística de la responsabilidad, «incumplimiento imputable» e «incumplimiento no imputable» respectivamente, «Importancia de la...», *op. cit.*, p. 302.

que: «cuando el incumplimiento de una de las partes pueda justificarse con arreglo al artículo 8:108, el perjudicado puede recurrir a cualquiera de los medios dispuestos en el capítulo 9, excepto la pretensión de cumplimiento y la indemnización por daños y perjuicios»⁶⁹.

Y, por último, el párrafo tercero regula la que puede denominarse excepción absoluta o limitación total de los remedios disponibles para la protección del crédito: «la parte no puede recurrir a los medios dispuestos en el capítulo 9 en la medida en que haya provocado el incumplimiento de la otra parte»⁷⁰.

Del párrafo primero del artículo 8:101 se extrae que, una vez producido el incumplimiento, el perjudicado tiene derecho a acudir a cualquiera de los medios de tutela dispuestos en los PECL. Ahora bien, dicho incumplimiento deberá ser inexcusable conforme al artículo 8:108 «Exoneración por imposibilidad en el cumplimiento». Si el incumplimiento es inexcusable, la parte perjudicada puede elegir entre exigir el cumplimiento (*right to performance*), suspenderlo hasta que la otra parte cumpla (*withholding performance*), resolver el contrato (*termination of the contract*), reducir el precio a pagar a la parte incumplidora (*price reduction*) y exigir la indemnización de daños y perjuicios (*damages and interest*)⁷¹.

⁶⁹ «Several legal systems use the concept of non-performance both for the excused and the non-excused non-performance. This is true of *kontraktsbrott* and *misligholdelse* in NORDIC (or *sopimusrikkomus* in FINNISH law, of *tekortkoming* in DUTCH and BELGIAN law and of breach under CISG, see art. 45. Remedies such as termination and price reduction are available to the creditor in both situations. Thus a performance prevented by *force majeure* is treated as a non-performance. Some laws follow another system. In the COMMON LAW breach of contract only occurs when the aggrieved party has a right to damages for non-performance, i.e. in the case of a non-excused non-performance. Under the Common Law, however, contract liability is strict liability, and will occur in most cases of non-performance. In the rarer case where the failure to perform is excused, the aggrieved party's remedies will be circumscribed. The most obvious case is if the contract has been discharged by frustration, when the remedies will be of a generally restitutionary... For certain obligations some CIVIL LAW systems will grant remedies for non-performance only if the non-performance was "imputable" to the obligor, and this frequently requires that he has committed a fault. Thus in BELGIAN, DUTCH, FRENCH AND LUXEMBOURG law there is non-performance of an "*inspanningsverbinteris*" or "*obligation de moyens*" only if there has been fault. The creditor must prove that the debtor did not act with the care which he had undertaken to exercise. However, in case of an "*resultaatsverbinteris*" or "*obligation de résultat*", the creditor must only prove that the result which the debtor undertook to provide has not been achieved. In either case the debtor is excused by *force majeure* which extinguishes the obligation. SPANISH law has developed on similar lines», LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, pp. 361 y 362.

⁷⁰ «There is agreement among the legal systems that a non-performance which is due solely to the other party's wrongful prevention does not give the latter any remedy. In most of the systems the party who has prevented performance will himself be the non-performing party against whom the remedies may be exercised. However, in BELGIAN, DUTCH, GERMAN, GREEK and NORDIC law it is not generally considered to be a *tekortkoming*, *Vertragsverletzung* or *Kontraktsbrott* to prevent performance by the other party. It will depend upon whether the acceptance of the performance is a main obligation (*Hauptpflicht*) of the creditor», LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, p. 362.

⁷¹ Sobre los remedios disponibles cuando el incumplimiento es injustificado, entre otros: Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, pp. 326 a 327; LANDO, O., BEALE, H., *Principles of*

Puestos en conexión los párrafos segundo y tercero del artículo 8:101, configuran lo que podrían denominarse exclusiones o restricciones normativas a los remedios de que dispone la parte perjudicada frente al incumplimiento, y que serán objeto de estudio en los Capítulos II y IV de este trabajo, respectivamente. En contraposición a tales restricciones, las limitaciones libremente pactadas por las partes configurarían las cláusulas convencionales de exclusión o restricción de los referidos remedios (artículos 8:109 y 4:110).

El artículo 8:101 pone de manifiesto cómo el *non performance* constituye el presupuesto-eje sobre el que gira todo el sistema de responsabilidad contractual. Para que entre en juego el mecanismo protector de tal responsabilidad, en el sentido *lato* adoptado por los PECL, debe producirse un incumplimiento en cualquiera de las manifestaciones indicadas. De que sea justificado, injustificado o imputable en todo o en parte al perjudicado, va a depender la amplitud y extensión del abanico de remedios de los que podrá disponer el acreedor. Que el incumplimiento sea excusable, es decir, que concurren causas de exoneración, no conlleva la exclusión de la existencia del incumplimiento, sino únicamente la limitación de sus efectos.

Por último, se debe hacer referencia a la limitación convencional de los medios de tutela, es decir, a las cláusulas de exclusión o restricción de remedios como una manifestación del principio de autonomía de la voluntad de las partes contratantes. Los PECL en su artículo 8:109⁷², que pone fin al Capítulo 8, bajo la rúbrica «Cláusulas de exclusión o de limitación de los medios de protección» señalan que «Los medios de protección del crédito en caso de incumplimiento pueden excluirse o limitarse, salvo que alegar dicha exclusión o limitación fuera contrario a la buena fe»⁷³. Las partes gozan de una amplia libertad en orden a la limitación o exclusión de los medios de protección disponibles ante el incumplimiento del contrato. Esta facultad no es absoluta, ya que su alegación encuentra sus límites en el principio de la buena fe que impregna toda la regulación contenida en los PECL y en el artículo 4:110, y de-

European Contract Law, Parts I and II..., *op. cit.*, pp. 359 a 360; ZIMMERMANN, R., *Estudios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 125.

⁷² *Vid.*, arts. 7.1.6. PICC y III-3:105 DCFR.

⁷³ Sobre la facultad de las partes para pactar cláusulas de exclusión o limitación de los remedios disponibles ante el incumplimiento del contrato, *vid.*, entre otros: DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II...*, *op. cit.*, pp. 753 a 757; DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 330 y 331; LANDO, O., «El derecho contractual...», *cit.*, pp. 14 y 15; LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, pp. 385 a 390; y SCHELHAAS, H., «Commentary Art. 7.1.6», en AA. VV., *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, (editado by STEFAN VOGENAUER AND JAN KLEINHEISTERKANP), Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 760 a 765.

pendiendo de si las cláusulas han sido negociadas individualmente o no, se establecen dos niveles de control.

El primero se aplica a las cláusulas de exclusión o restricción de remedios que hayan sido negociadas individualmente, es decir, cuando hayan sido insertadas en el contrato como consecuencia de una negociación explícita de las partes. En principio se tratará de cláusulas válidas, pero en virtud del inciso final del artículo 8:109 se vigilan los efectos que pueda conllevar su alegación cuando los mismos sean contrarios a la buena fe.

El segundo tiene como campo de aplicación aquellas cláusulas que no hayan sido negociadas individualmente, es decir, normalmente las que hayan sido insertadas en el contrato en virtud de condiciones generales. Por aplicación del artículo 4:110 PECL⁷⁴ «(1) Una cláusula que no se haya negociado de manera individual y que cause, en perjuicio de una parte y en contra de los principios de la buena fe, un desequilibrio notable en los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato, puede anularse por la parte afectada, atendidas la naturaleza de la prestación debida, los demás términos del contrato y las circunstancias del momento en que se celebró el mismo. (2) Este artículo no se aplica: (a) A una cláusula que concrete el objeto principal del contrato, siempre que tal cláusula esté redactada de manera clara y comprensible. (b) A la adecuación entre el valor de las obligaciones de una y otra parte»⁷⁵.

2. LA POSICIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS Y DE LA PRETENSIÓN DE CUMPLIMIENTO DENTRO DE LOS SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

2.1 Introducción: *pacta sunt servanda versus efficient beach*

Entre los objetivos que persigue la elaboración de los PECL, se encuentra la de construir un puente entre los sistemas jurídicos de *Civil Law* y de *Common Law*. Si bien las diferencias entre ambos no son insalvables en la práctica,

⁷⁴ El artículo 4:110 ha sido redactado en los mismos términos que la Directiva 1993/13/CE del Consejo, de 5 de abril de 1993 (DOCE L95/29), sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, si bien extiende su ámbito de aplicación subjetivo a los contratos entre particulares y entre empresarios.

⁷⁵ Sobre las cláusulas abusivas no negociadas individualmente, *vid.*, LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, pp. 266 a 271.

el profesor LANDO destaca principalmente tres: el papel del principio general de buena fe; la fuerza de las cláusulas penales; y el carácter principal o subsidiario del remedio de la pretensión de cumplimiento, o *specific performance* en la terminología del *Common Law*⁷⁶.

En el panorama europeo, por lo que respecta a la tercera diferencia indicada, ante el incumplimiento del contrato, coexisten dos sistemas opuestos, por lo menos en teoría. De un lado, los países de *Civil Law*, salvo algunas excepciones, admiten con carácter general la pretensión de cumplimiento o cumplimiento *in natura*, otorgándose prioridad a la tutela satisfactoria. De otro lado, los países de *Common Law* admiten con carácter general la indemnización, concediendo prioridad a la tutela resarcitoria⁷⁷, y sólo en determinados supuestos en los que dicho remedio se manifiesta inadecuado, aplican el *specific performance*⁷⁸. En un primer acercamiento, se observa que el remedio

⁷⁶ LANDO, O., BEALE, H., señalan que «one of the most intractable problems of European legal integration is the reconciliation of the civil law and the common law families. It is, of course, true that there are significant differences even between one civil law system and another; it is also true that in many cases common problems will be solved in much the same way by the various legal system, to whichever legal family they may belong. But there remain major differences between civil law and common law systems in relation to legal structure and reasoning, terminology, fundamental concepts and classifications and legal policy. Two examples from the field covered by the Principles suffice to make the point. The first is that in civil law systems there is no such general principle. They have a requirement of good faith only in limited situations and have a series of specific rules achieving some of the same results as might be required by good faith but without referring to that concept. The second is that the civil law considers it legitimate for a contract to contain penalty clauses designed to deter a party from breaking the contract; the common law regards the imposition of penalties (as opposed to liquidated damages by way of compensation for anticipated loss) as improper and unenforceable. Differences of these kinds are inimical to the efficient functioning of the Single European Market. One of the major benefits offered by the Principles is to provide a bridge between the civil law and the common law by providing rules designed to reconcile their differing legal philosophies», *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, pp. xxii y xxiii.

⁷⁷ VERDERA SERVER, R., define la tutela satisfactoria, como la que tiene por objetivo «que el titular de un derecho consiga precisamente las mismas utilidades derivadas de la ley o del contrato, y no unas utilidades equivalentes», y la tutela resarcitoria, como la que otorga «al titular de un derecho no esas mismas utilidades, sino unas utilidades equivalentes (sea a la prestación, sea al daño producido, en función de la posición que se mantenga): no la utilidad *in natura*, sino sólo un equivalente monetario», *El Cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1995, p. 45.

⁷⁸ Sobre la diferente admisión de la pretensión de cumplimiento y la indemnización de los daños contractuales en el *Common Law* y en el *Civil Law*, *vid.*, entre otros: DíEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, pp. 125 y 126; DORAL GARCÍA, J.A., «Reparación y sanción. El cumplimiento de las obligaciones en forma específica», *Anuario de Derecho Civil*, 1993, pp. 593 y 594; GARCÍA RUBIO, M.ª P., «Las obligaciones del vendedor de retirar el bien defectuoso y de instalar el bien de sustitución en caso de saneamiento en una compraventa de bienes de consumo (comentario a la STJUE de 16 de junio de 2011, en los asuntos acumulados Weber y Putz)», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVI, 2013, fasc. I, p. 329; HONNOLD, J.O., *Uniform Law For International Sales*, Third Edition, Kluwer Law International, 1999, pp. 225 a 228; ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. del P., *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, pp. 201 y 202; LANDO, O., «El derecho contractual...», *op. cit.*, pp. 11 y 12 y «Commentary Art. 28», en AA. VV., *Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention*, (By C. M. Bianca y M. J. Bonell, coord. by M. J. Bonell), Giuffrè, Milan, 1987, p. 232; notas a los artículos 9:101 y 9:102 en LANDO, O., BEALE, H., *Principles of*

que constituye la regla general en un sistema, es la excepción en el otro y a la inversa⁷⁹.

En el fondo, desde la perspectiva más tradicional, el debate que subyace sobre la elección de la posición que han de ocupar el cumplimiento específico y la indemnización de daños dentro del complejo sistema de remedios, debe centrarse en la concepción misma del contrato. En la doctrina histórica del *Common Law*, HOLMES⁸⁰ sostiene la tesis de que los contratos obligan a cumplir lo pactado voluntariamente o a pagar los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento; por lo que se deja a elección de la parte deudora el cumplir o no el contrato. Dicha tesis se contrapone al tradicional principio *pacta sunt servanda*, en virtud del cual debe garantizarse por todos los medios que el contrato sea cumplido puntualmente en todos sus términos, lo que conlleva el más estricto respeto a la voluntad declarada por las partes al celebrar el contrato. La concepción del contrato de HOLMES es puramente económica, y por el contrario, la derivada del principio *pacta sunt servanda* pone el énfasis en la concepción moral del mismo⁸¹.

European Contract Law, Parts I and II..., *op. cit.*, pp. 393, 399 a 402; LÓPEZ y LÓPEZ, A.M., «Comentario a los artículos 45...», *op. cit.*, pp. 421 y 422; MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., «Mecanismos de protección...», *op. cit.*, p. 460; PALAZÓN GARRIDO, M.L., «El nuevo derecho...», *op. cit.*, p. 80; «Importancia de la...», *op. cit.*, pp. 303 y 304, y con mayor extensión en *Los remedios frente...*, *op. cit.*, pp. 23 a 27, 45 a 79 y 178; SACCO, R., «Concordanze e contraddizioni in tema di inadempimento contrattuale (una veduta d'insieme)», *Europa e diritto privato*, 1/2001, pp. 135 a 144; SAN JUAN CRUCELAEGUI, J., *Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Aranzadi, Navarra, 2005, p. 221; SCHELHAAS, H., «Commentary Art. 7.2.2», en AA. VV., *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, (edited by Stefan Vogenauer And Jan Kleinheisterkamp), Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 783 y 784; TALLON, D., «Les dommages-intérêts dans les Principes Unidroit relatifs aux contrats du comerce international», en AA. VV., *Contratti Commerciali Internazionali e Principi Unidroit*, (a cura di Michael J. Bonell e di Franco Bonelli), Giuffrè Editore, Milano, 1997, pp. 299 y 300; TREITEL, G.H., *Remedies for Breach of Contracts. A Comparative Account*, Clarendon Press, 2.^a ed., Oxford, 1989, pp. 44 y 45; VERDERA SERVER, R., *El Cumplimiento forzoso...*, *op. cit.*, pp. 117 a 134; ZIMMERMANN, R., *Estudios de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 126 y 127; ZWIEGERT, K., KÖTZ, H., *An Introduction to Comparative Law*, translated from the German by Tony Weir, Third Revised Edition, Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 471 a 485.

⁷⁹ En este sentido, LANDO, O., BEALE, H. han indicado que «in principle, the Civil Law systems consider the normal remedy for non-performance to be a claim for performance in natura (broadly speaking, specific performance or the recovery of money due). However, other remedies such as termination and damages are available at the option of the aggrieved party or when performance in natura cannot be obtained. The Common Law considers damages and termination as the normal remedies and specific performance as exceptional», *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, p. xxxix.

⁸⁰ HOLMES, O.W., *The Common Law*, Little, Brown and Company, Thirty-Seventh Printing, Boston, 1945, pp. 300 a 303.

⁸¹ Sobre la distinción entre la concepción económica y moral de los contratos, señala TALLON, D., que «car c'est la conception même du contrat qui est en cause. D'un côté, celle qui a été proposée par HOLMES dans une formule quelque peu exagérée: le contrat oblige à s'exécuter volontairement ou à payer des dommages-intérêt. De l'autre, le respect de la parole donnée doit être assuré par tous moyens: Pacta sunt servanda. Et si l'exécution en nature ne peut être obtenue, l'exécution a lieu "par équivalent"»,

El planteamiento de HOLMES ha generado una importante influencia en la construcción del sistema de remedios en los países seguidores del *Common Law*, allanando el terreno a los teóricos del análisis económico del derecho y haciendo tambalear el tradicional principio *pacta sunt servanda* en beneficio de la denominada teoría del incumplimiento efectivo o *efficient breach*⁸². Postula esta última teoría que un contratante puede incumplir el contrato ante la aparición de una oferta mejor de un tercero que le permita, de un lado, indemnizar el daño que produzca el incumplimiento a la persona con la que originalmente contrató, y de otro, obtener un margen de beneficio para sí. Desde el prisma de la teoría del incumplimiento efectivo, indica VERDERA SERVER que «los remedios ante el incumplimiento contractual son valorados en función de su eficiencia, de su idoneidad para permitir la mejor asignación de los recursos escasos. De este modo, importa poco que la palabra dada se convierta en algo inútil, si su vulneración provoca una situación de superioridad respecto a la que se hubiera producido si el contrato hubiera sido ejecutado normalmente»⁸³.

En nuestra opinión, los postulados de la teoría del incumplimiento efectivo no pueden ser aceptados. Coincidimos con CARRASCO PERRERA al indicar que «en Derecho español el acreedor dispone de una acción de cumplimiento del contrato en forma específica. El deudor que incumple no puede pretender que el acreedor se limite a recobrar el daño económico que le resulta del incumplimiento. En consecuencia, el deudor que se encuentra ante un mercado alcista no puede libremente especular con el incumplimiento, en la confianza que el *surplus* obtenido con el nuevo contrato será mayor (y suficiente) que los daños por los que el acreedor tenga derecho a ser indemnizado por el deudor incumplidor. El deudor no puede libremente buscar un nuevo comprador y limitarse a devolver al acreedor antiguo el precio convenido por el contrato. Con los límites que se dirán, el acreedor puede *insistir* en el cumplimiento específico, a pesar de que el deudor le haya comunicado que no está dispuesto a ejecutarlo. La acción de cumplimiento específico, sobre cuya *eficiencia económica* se ha discutido hasta la saciedad en el ámbito jurídico angloamericano,

«Les dommages-intérêts...», *op. cit.*, p. 300. Vid. también VERDERA SERVER, R., *El Cumplimiento forzoso...*, *op. cit.*, 48 y 49.

⁸² Sobre los postulados de los denominados teóricos del análisis económico del derecho, *vid.*, entre otros: MERCADO PACHECO, P., *El análisis económico del derecho. Una reconstrucción teórica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994; PAZ-ARES, C., «La economía política como jurisprudencia racional (Aproximación a la teoría económica del derecho)», *Anuario de Derecho Civil*, 1981, pp. 601 a 777; TORRES LÓPEZ, J., *Análisis económico del derecho. Panorama doctrinal*, Tecnos, Madrid, 1987; y sobre la teoría del incumplimiento eficiente, CONSENTINO, F., «Efficienza economica dell'inadempimento e diritto delle obbligazioni: una verifica delle norme sull'inadempimento del contratto», *Quadrimestre, Rivista di Diritto Privato*, 1988, pp. 484 a 523.

⁸³ VERDERA SERVER, R., *El Cumplimiento forzoso...*, *op. cit.*, p. 49.

es un complemento irrecusable de todo sistema jurídico que no pueda asegurar –y ninguno puede asegurarlo ni por aproximación– que el resarcimiento en forma dineraria resulte *plenamente compensatorio* de los daños reales que padece el acreedor por el incumplimiento. Y no ya sólo porque el acreedor puede eludir esta carencia del sistema acudiendo directamente al expediente de reclamar el cumplimiento, sino porque puede *amenazar* al deudor con esta exigencia, para conseguir de éste una oferta de transacción que se acerque al daño real del acreedor o a la ganancia efectiva que el deudor ha obtenido por el empleo estratégico del incumplimiento del contrato»⁸⁴.

Sin embargo, la anterior diferencia es actualmente muy discutida en la doctrina que, en muchos casos, mantiene que la oposición no es tal y que los dos sistemas son en la práctica muy próximos respecto a la relación entre ambos remedios, no siendo la brecha entre los dos enfoques tan grande como podría parecer. La exigencia de cumplimiento específico en los países de *Civil Law* está sujeta a excepciones importantes; en concreto, en la mayoría de ellos rige el principio de que no se puede forzar al deudor al cumplimiento de prestaciones personales –*nemo ad factum praecise cogi potest*–; además en muchas ocasiones la parte que sufre el incumplimiento prefiere reclamar una indemnización en dinero que resulta ser un remedio mejor y más rápido. Por otra parte, en los países del *Common Law* están empezando a erosionarse algunos de los fundamentos históricos que restringían el ejercicio de la pretensión de cumplimiento. Lo anterior no puede llevarnos a afirmar que no existen diferencias entre ambos sistemas, pero sí que no son tan marcadas como podrían parecer a simple vista⁸⁵. No obstante, también existe un sector de la doctrina que

⁸⁴ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 1072.

⁸⁵ En la doctrina que destaca que en la práctica finalmente los resultados a los que se llega en ambos sistemas son muy parecidos, TREITEL, G.H., sostiene que «In practice the gap between the two approaches is not as great as might appear. On the one hand specific enforceability in CIVIL LAW countries is subject to important exceptions; in particular, most of them observe the principle that obligations to render personal services cannot, in the last resort, be specifically enforced; orders for enforced performance of other obligations are sometimes more difficult to enforce than in COMMON LAW countries; and, perhaps most important of all, an aggrieved contracting party will often prefer to claim compensation in money, as that is generally a quicker and to that extent a better remedy. On the other hand, some of the restrictions on specific performance are beginning to disappear in COMMON LAW countries, as their historical foundations are eroded. That is not to say that there are no differences at all between CIVIL and COMMON LAW systems, but they are less considerable than the starting theories of the two approaches might suggest», *Remedies for Breach...*, *op. cit.*, p. 71. En el mismo sentido, LANDO, O., BEALE, H. afirman que «the basic differences between common law and civil law are of theoretical rather than practical importance. Even in civil law countries an aggrieved party will pursue an action for performance, in general, only if he has a special interest in performance which would not be satisfied by damages», *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, p. 400. Vid., también, entre otros, ZWEIFERT, K., KÖTZ, H., *An Introduction to...*, *op. cit.*, pp. 483 y 484. En nuestra doctrina se hacen eco de esta aproximación, entre otros, GARCÍA RUBIO, M.^aP., «Las obligaciones del vendedor...», *op. cit.*, p. 329; y RODRÍGUEZ-ROSADO, B., «Los sistemas de...», *op. cit.*, p. 156.

niega cualquier aproximación entre los dos sistemas, alegando que sus diferencias no se limitan a la superficie, o a cuestiones puramente teóricas⁸⁶.

2.2 El panorama general en el Derecho Comparado

En los países del *Common Law*, ante el incumplimiento del contrato, se le permite a la parte perjudicada, en primer lugar, reaccionar ejerciendo la acción de indemnización de daños y perjuicios⁸⁷ –*damages*, en terminología anglosajona–, procediendo la pretensión de cumplimiento específico o *in natura* solo en los supuestos en los que no resulta adecuada la indemnización de daños y perjuicios. No obstante lo anterior, debe advertirse que el tradicional carácter excepcional de la pretensión de cumplimiento ha ido perdiendo fuerza y se aceptan de manera más amplia las demandas que solicitan el cumplimiento *in natura*⁸⁸. En casos extremos, en función de la gravedad del incumplimiento, también se le faculta, al igual que en los países de *Civil Law*, al ejercicio de la resolución del contrato o *termination*, bien de forma cumulativa o alternativa con la indemnización de daños. Centrándonos en la indemnización de los daños y en el cumplimiento específico, el *damages* será el remedio ordinario o principal, como ha indicado ATIYAH: «the action for damages is the most general remedy recognized by the common law. Its primary purpose in

⁸⁶ Vid., ROWAN, S., *Remedies for breach of contract. A comparative analysis of the protection of performance*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 68 y 69; y LAITHIER, Y.M., *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, L. G. D. J, París, 2004, pp. 368 a 381. PALAZÓN GARRIDO, M.L., participa del sector de la doctrina comparatista que niega la minimización de la distancia entre las familias de sistemas anglo-americana y continental, sosteniendo que «una lectura más realista del problema muestra que no existe actualmente ni equivalencia ni aproximación de soluciones, y ello porque lo que difiere es el punto de partida del razonamiento jurídico entre las dos familias de sistemas. En los ordenamientos romano-germánicos, como hemos visto, la pretensión de cumplimiento es el remedio primario, que deberá concederse a menos que concorra una razón para lo contrario. Sin embargo, en Inglaterra el actor deberá alegar y probar que está en uno de los casos en que procede legítimamente el cumplimiento específico. Puede argumentarse que se trata únicamente de una cuestión de carga de la prueba, pero desde el punto de vista de política legislativa la diferencia va más allá», *Los remedios frente ...*, *op. cit.*, pp. pp. 31 y 32.

⁸⁷ Sobre las razones en las que la doctrina del *Common Law* fundamenta el carácter general de la indemnización de los daños como tutela ideal y el excepcional del cumplimiento *in natura*, vid., VERDERA SERVER, R., *El Cumplimiento forzoso...*, *op. cit.*, pp. 97 a 99 y PALAZÓN GARRIDO, M.L., *Los remedios frente...*, *op. cit.*, pp. 74 a 79. En la doctrina española, PANTALEÓN PRIETO, F., ha señalado que el carácter excepcional que el *Common Law* atribuye al *specific performance* «responde a una peculiar concepción del contrato, no como fuente de obligaciones de dar, hacer o no hacer, sino de la obligación de pagar una cantidad de dinero como indemnización, si no se da, no se hace o se hace algo», «Las nuevas bases...», *op. cit.*, p. 1728.

⁸⁸ Vid., RODRÍGUEZ-ROSADO, B., «Los sistemas de responsabilidad contractual: entre responsabilidad por culpa y la *strict liability*», *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 4 (octubre-diciembre, 2014), p. 156; y ZWEIGERT, K., KÖTZ, H., *An Introduction to...*, *op. cit.*, pp. 484.

the law of contract is to compensate the innocent party for the guilty party's breach of contract so far as money can do so»⁸⁹, y el *specific enforcement* será un medio extraordinario o subsidiario⁹⁰.

Si bien la regla general aplicada por los Tribunales de *Common Law* ha sido tradicionalmente la indemnización de los daños y perjuicios heredera de la condena pecuniaria romanista, a partir del siglo XIV, la *Court of Chancery*, consciente de la rigidez de los *damages*, comenzó a aplicar a los incumplimientos contractuales los *equitable remedies* en los *breach of contract*, en los que los *damages* se manifestaran como un *inadequate remedy*; es decir, el remedio de la *specific performance* para las obligaciones de dar y de hacer, y el de la *injunction* –recurso de equidad consistente en un mandato judicial en el que se prohíbe la realización de la conducta a cuya omisión se ha comprometido la parte contratante– para las obligaciones de no hacer⁹¹. Esta bipolar forma de solucionar los conflictos por las *Courts of Common Law* y las *Courts of Equity* desapareció con la unificación de ambas jurisdicciones en la *High Court of Justice* mediante la *Judicature Act* del año 1873⁹². En esta nueva jurisdicción, si bien han progresado los principios de equidad, continúa siendo la regla general el remedio de los daños y perjuicios⁹³.

Como se ha venido reiterando, la indemnización de los daños y perjuicios se encuentra situada en una posición privilegiada dentro del sistema de remedios en los Ordenamientos del *Common Law*, pero, en determinados supuestos de incumplimiento, es viable que los tribunales concedan la *specific performance* o la *injunction*. ATIYAH ha señalado como principios rectores de los re-

⁸⁹ ATIYAH, P.S., *An Introduction to the Law of Contract*, Clarendon Press, Oxford, 5.ª ed., 1989, p. 439.

⁹⁰ Sobre el *damages* como remedio principal ante el *breach of contract* en *Common Law*, *vid.*, entre otros: ALPA, G., DELFINO, R., *Il contratto nel Common Law inglese*, 3.ª ed., Cedam, Padova, 2005, pp. 185 a 188; DORAL GARCÍA, J.A., «Reparación y sanción...», *op. cit.*, p. 593; LANDO, O., «El derecho contractual...», *op. cit.*, pp. 11 y 12; LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, pp. 393, 399 a 402; SACCO, R., «Concordanze e contraddizioni...», *op. cit.*, p. 138; TREITEL, G.H., *Remedies for Breach...*, *op. cit.*, pp. 44 y 45; VERDERA SERVER, R., *El Cumplimiento forzoso...*, *op. cit.*, pp. 70, 97 a 99, 124 a 133; ZIMMERMANN, R., *Estudios de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 126 y 127; ZWIEGERT, K., KÖTZ, H., *An Introduction to...*, *op. cit.*, pp. 479 a 483.

⁹¹ ALPA, G., DELFINO, R., «come si è visto il principio generale di common law in materia di rimedi contrattuali prevede il risarcimento del danno. Quando però il risarcimento del danno non costituisce un rimedio adeguato la Corte può accordare, in equity, altri rimedi all'attore, emettendo un decreto di specific performance o di injunction con cui ordina al convenuto di fare o di astenersi dal fare quanto stabilito nel contratto», *Il contratto nel...*, *op. cit.*, p. 192.

⁹² Sobre la evolución histórica de los remedios de equidad en las *Courts of Equity* en Inglaterra, *vid.*, entre otros: ATIYAH, P.S., *An Introduction to...*, *op. cit.*, pp. 424 y ss.; TREITEL, G.H., *Remedies for Breach...*, *op. cit.*, pp. 63 y 64; VERDERA SERVER, R., *El Cumplimiento forzoso...*, *op. cit.*, pp. 125 y 126.

⁹³ Así lo reconoce LANDO, O., al afirmar que «in the common law systems the claim for damages is the primary remedy available to the aggrieved party. Specific performance is granted only exceptionally at the court's discretion as an equitable relief», «Commentary Art. 28», *op. cit.*, p. 232.

medies en el *Common Law* «first, that they can only be granted when damages are inadequate and, secondly, that they will not be granted unless the court is in position to see that they are executed»⁹⁴. La facultad de conceder los remedios de equidad por el *breach of contract* es discrecional de los tribunales, lo que significa, como señala LANDO, que «la discrecionalidad actuada por los tribunales no es arbitraria; es una discrecionalidad sometida a determinadas normas»⁹⁵. Las condiciones o normas que, de concurrir, exceptúan o abortan la posibilidad de que los tribunales concedan *specific performance* o la *injuction* son fundamentalmente⁹⁶:

a) Los supuestos en los que la indemnización de los daños y perjuicios se manifieste como un remedio más adecuado –*the adequacy of damages*–. El *specific performance* sólo se podrá ejercer cuando la indemnización de daños y perjuicios o, como ha indicado TREITEL «or other common law remedies»⁹⁷ sea, o mejor dicho sean, inadecuados para satisfacer el interés del acreedor lesionado. Por ejemplo, en el supuesto de que el objeto del contrato incumplido sea la compraventa de un bien, una obra de arte, que no puede ser adquirida fácilmente en el mercado. Por tanto, la vigencia de la pretensión de cumplimiento *in natura* se encuentra condicionada al denominado *adequacy of damages test* para situar a la parte perjudicada en una posición lo más semejante posible a la que se encontraría en el supuesto de que el contrato se hubiera cumplido⁹⁸.

⁹⁴ ATIYAH, P.S., *An Introduction to...*, *op. cit.*, p. 425. En el mismo sentido, entre otros, TREITEL, G.H., *Remedies for Breach...*, *op. cit.*, pp. 63 a 67.

⁹⁵ LANDO, O., «El derecho contractual...», *op. cit.*, pp. 11 y 12.

⁹⁶ Con relación a los condicionantes que excluyen la concesión de los remedios de equidad en el *Common Law*, *vid.*, entre otros: ATIYAH, P.S., *An Introduction to...*, *op. cit.*, pp. 424 a 431; TREITEL, G.H., *Remedies for Breach...*, *op. cit.*, pp. 63 a 71; VERDERA SERVER, R., *El Cumplimiento forzoso...*, *op. cit.*, pp. 126 a 132. En la doctrina española, sobre los requisitos exigidos para ejercicio de la prestación *in natura* en el *Common Law*, *vid.*, entre otros: PALAZÓN GARRIDO, M.L., «El nuevo derecho...», *op. cit.*, p. 80; «Importancia de la...», *op. cit.*, p. 304, y, con mayor detalle *Los remedios frente...*, *op. cit.*, pp. 74 a 105. En la doctrina italiana, *vid.*, entre otros: ALPA, G., DELFINO, R., *Il contratto nel...*, *op. cit.*, p. 193. Los anteriores condicionantes que excluyen la concesión de los remedios de equidad en el *Common Law* que, en lo esencial, coinciden con los arts. 1192.2 PMCC y III-3:302, *vid.*, GÓMEZ CALLE, E., «Los remedios ante...», *op. cit.*, pp. 52 a 55.

⁹⁷ TREITEL, G.H., ha señalado que «this principle was originally adopted to minimize the conflict between courts of common law and courts of equity, the latter only claiming the right to intervene where the former could not give satisfactory relief», *Remedies for Breach...*, *op. cit.*, p. 64.

⁹⁸ En este sentido, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., indica que «en los Derechos del *Common Law* el cumplimiento específico (*specific performance*) es un remedio excepcional. El remedio normal, en caso de incumplimiento del contrato, es el del resarcimiento de daños. La regla fundamental consiste en que el cumplimiento específico no se decreta por el tribunal, si existe otro remedio adecuado. Sólo se considera procedente el cumplimiento específico en lugar del resarcimiento de daños si se logra de esta manera una más perfecta y completa justicia», «Comentario al artículo 28», *La Compraventa Internacional de Merca-*

b) Cuando el cumplimiento de la obligación se prolongue en el tiempo, sea continuada y exija la constante supervisión por parte de los tribunales (*difficulty of supervision*). Es decir, que plantee dificultades el control de su ejecución. Sería el caso, por ejemplo, de contratos de prestaciones de obras y servicios.

c) Que los inconvenientes del ejercicio *in natura* sean superiores y desproporcionados a sus ventajas –*balancing test*–, o cuando la ejecución del cumplimiento resulte inconveniente o impracticable –*undesirability and impracticality of specific performance*–.

Expuestas las líneas generales del funcionamiento de la indemnización de daños y perjuicios y de la pretensión de cumplimiento *in natura* en el *Common Law*, debe destacarse el esfuerzo realizado por el profesor Harvey MCGREGOR en su *Contract Code* –obra prelegislativa realizada por encargo en el año 1966 de la *Law Comission* inglesa– en pro del acercamiento en materia contractual entre el *Common Law* y el *Civil Law*. En el artículo 401 del *Contract Code*, en sede de remedios ante el incumplimiento, parece abandonar el carácter discrecional y secundario del *specific performance*, y lo sitúa, de forma novedosa, tratándose de la tradición jurídica del sistema en el que nos encontramos, en un primer plano dentro del sistema de remedios. No obstante, se establecen una serie de limitaciones a su ejercicio en los artículos 402 y siguientes, que, por otro lado, no son ajenas a las establecidas en los sistemas de *Civil Law*⁹⁹.

En los sistemas de *Civil Law* se admite en líneas generales el derecho del perjudicado a obtener el cumplimiento en forma específica, siendo la indemnización un remedio subsidiario o excepcional¹⁰⁰. Situándonos en el Derecho italiano, el artículo 1218 del *Codice Civile* al establecer que «*il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile*», pa-

derías. *Comentario de la Convención de Viena*, (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, p. 232.

⁹⁹ «401. *Legitimación*. 1) *El que es parte de un contrato, si la contraparte incumple, estará legitimado para pedir una resolución que exija a la otra parte cumplir específicamente sus promesas positivas de acuerdo con el contrato, con los límites señalados en los artículos 402 a 412*. 2) *No quedará limitada la disponibilidad de este remedio por el sólo hecho de que el resarcimiento de daños y perjuicios pueda proporcionar una solución alternativa*. 3) *La disponibilidad del remedio no quedará excluida por la existencia de una previsión contractual de pagar una suma determinada de dinero en caso de incumplimiento*», MCGREGOR, H., *Contract Code*, (Traducción y Nota Preliminar por José María de la Cuesta Sáenz y Carlos Vattier Fuenzalida), Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 93.

¹⁰⁰ *Vid.*, PALAZÓN GARRIDO, M.L., *Los remedios frente...*, *op. cit.*, pp. 53 y 73.

rece consagrar la prioridad de la *esecuzione in forma specifica* sobre el *risarcimento*¹⁰¹. También se debe tener en consideración sobre la admisión del derecho al cumplimiento, el artículo 1453 de dicho Código que señala que «*nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno*». En tanto en cuanto la prestación debida es posible, la parte perjudicada puede exigir el cumplimiento *in natura*¹⁰², y tal cumplimiento no puede ser sustituido por la indemnización de daños y perjuicios. Como ha indicado SACCO «se la prestazione è possibile, e purché essa corrisponda sempre all'interesse del creditore, si potrà alternativamente far pressione sul debitore, per convincerlo ad adempiere, oppure fare il possibile per far ottenere al creditore l'esecuzione della prestazione in forma specifica»¹⁰³. No obstante lo anterior, el *Codice Civile*¹⁰⁴ no es ajeno a determinadas excepciones al ejercicio de la pretensión de cumplimiento en forma específica, cuando el mismo es imposible o irrazonable¹⁰⁵.

¹⁰¹ En relación a la prioridad de la *tutela in forma specifica dei diritti di credito* en el Derecho italiano, *vid.*, entre otros: GIORGIANNI, M., *L'Inadempimento*, Giufre editore, Milano, 1975, p. 24 y 25; MASTROPAOLO, F., «Danno: Risarcimento del Danno», en AA. VV., *Enciclopedia Giuridica*, Istituto della Enciclopedia italiana fondata da Giovanni Treccani, Tomo X, Roma, 1988, p. 5. En la doctrina española, VERDERA SERVEY, R., se plantea el papel del artículo 1218 como fundamento de la prioridad del cumplimiento específico sobre la indemnización, afirmando que: «el actual código civil italiano parece abordar la cuestión en su central art. 1218, ya que el resarcimiento del daño está condicionado a que el deudor no realice exactamente la prestación debida. De aquí se ha querido deducir que el *codice civile* consagra inequívocamente la prioridad lógica del cumplimiento respecto de la indemnización de daños y perjuicios. Aunque la letra de la norma hubiera permitido pensar en una generalización de la regla del art. 1142 c.c.fr., se afirma que en tanto la prestación es posible, la pretensión de cumplimiento (*in natura*) no puede ser sustituida por la pretensión resarcitoria. Mas, en mi opinión, la cuestión no es tan clara. El sentido del art. 1218 c.c.it. no es establecer las relaciones entre cumplimiento forzoso y resarcimiento del daño, sino más concretamente delimitar el supuesto de hecho de la responsabilidad contractual por incumplimiento y sus causas de exoneración. Por ello, me parece arbitrario encontrar en ese precepto un apoyo decisivo en un sentido u otro: el art. 1218 c.c.it. señala cuándo ha lugar al resarcimiento del daño y cuándo no, pero no se preocupa de establecer su relación con el cumplimiento forzoso (y con los arts. 2930-2933 c.c.it.)», *El Cumplimiento forzoso...*, *op. cit.*, p. 123.

¹⁰² Sobre la *esecuzione forzata in forma specifica*, *vid.*, los artículos 2930 a 2933 del *Codice Civile*.

¹⁰³ SACCO, R., «Concordanze e contraddizioni...», *op. cit.*, p. 135.

¹⁰⁴ Arts. 1256: «*l'obbligazione si estingue quando, per una causa nom imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile. Se l'impossibilità è solo temporanea, il debitore, finchè essa perdura, non è responsabile del ritardo nell'adempimento. Tuttavia l'obbligazione si estingue se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla*» y 1463: «*nei contratti con prestazioni corrispettive, la parte liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta non può chiedere la contraprestazione, e deve restituire quella che abbia già ricevuta, secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito*».

¹⁰⁵ Sobre los límites al ejercicio de la pretensión de cumplimiento *in natura* en el Derecho italiano, *vid.*, por todos: MENGONI, L., «Responsabilità contrattuale (diritto vigente)», en AA. VV., *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXIX, Dott. A. Guiffrè, Milano, 1988, pp. 1086 a 1090.

El Derecho alemán se encuentra inspirado en la preferencia de la ejecución específica de la obligación incumplida sobre cualquier otro remedio¹⁰⁶. Se garantiza al acreedor el derecho a obtener el cumplimiento de lo pactado, salvo que la prestación se haga imposible o sea rechazada por el mismo porque ya no le interese. Si bien tal preferencia no se encuentra expresamente declarada en el BGB, existen varios preceptos que la asumen¹⁰⁷. El principal sostén legal en favor de la pretensión de cumplimiento, se encuentra en el parágrafo 241 BGB, que establece como principal efecto de la obligación la facultad del acreedor para exigir el cumplimiento de la prestación. El principio general del cumplimiento de la prestación tiene sus especificaciones en los párrafos 883-896 de la normativa procesal civil (Z. P. O.). Dichos preceptos establecen la forma de ejecutar la prestación incumplida en función de la naturaleza jurídica de la misma¹⁰⁸. Al igual que en los anteriores Ordenamientos de *Civil Law*, en el Derecho alemán también existen una serie de limitaciones al remedio de la ejecución específica¹⁰⁹. El parágrafo 245 BGB hace referencia a la deuda de un tipo específico de dinero. Si en el momento del pago, la moneda especificada no se encuentra en circulación, se tendrá por no especificada. Cuando la reposición en especie sólo fuera posible mediante desembolsos desproporcionados, se sustituirá la prestación por una indemnización (apartado segundo del parágrafo 251 BGB). Finalmente, la exclusión del deber de prestación del parágrafo 275 BGB: «(1) *La pretensión a la prestación está excluida si es imposible para el deudor o para cualquier persona. (2) El deudor puede denegar la prestación en la medida en que ésta requiere un esfuerzo que, teniendo en cuenta el contenido de la relación obligatoria y las exigencias de la buena fe, supone un grave desequilibrio con el interés del acreedor a la prestación. En la determinación del esfuerzo exigible al deudor debe también tenerse en cuenta si el deudor debe responder del impedimento de la prestación. (3) El deudor puede además denegar la prestación si debe cum-*

¹⁰⁶ Sobre la posición del cumplimiento *in natura* en el Derecho alemán, *vid.*, entre otros: MARKESINIS, B., UNBERATH, H., JOHNSTON, A., *The German Law of Contract*, Hart Publishing, Second Edition. Entirely Revised and Updated, Oxford and Portland, Oregon, 2006, pp. 392 a 406; SACCO, R., «Concordanze e contraddizioni...», *op. cit.*, pp. 138, 141 y 142; TREITEL, G.H., *Remedies for Breach...*, *op. cit.*, pp. 51 y 52; VERDERA SERVER, R., *El Cumplimiento forzoso...*, *op. cit.*, pp. 121 y 122; VON TUHR, A., *Tratado de la Obligaciones*, tomo II, traducido del alemán y concordado por W. Roces, Editoria Reus, Madrid, 1934, pp. 86 y 87; ZWEIFERT, K., KÖTZ, H., *An Introduction to...*, *op. cit.*, pp. 472 a 474.

¹⁰⁷ TREITEL, G.H., «German law starts with the principle that the creditor is entitled a judgment for performance. The Civil Code does not state this principle in so many words, but a number of provisions assume its existence», *Remedies for Breach...*, *op. cit.*, p. 51.

¹⁰⁸ Sobre las diferentes formas de ejecutar la obligación incumplida, *vid.*, entre otros: TREITEL, G.H., *Remedies for Breach...*, *op. cit.*, pp. 53 a 55 y VERDERA SERVER, R., *El Cumplimiento forzoso...*, *op. cit.*, pp. 121 y 122.

¹⁰⁹ TREITEL, G.H., *Remedies for Breach...*, *op. cit.*, pp. 52 y 53.

plirla personalmente y, ponderando los impedimentos que dificultan su prestación con el interés del acreedor a la prestación, no le puede ser exigida. (4) Los derechos del acreedor se determinan según los §§ 280, 283 a 285, 311a y 326».

2.3 El panorama en el Derecho interno español

2.3.1 INTRODUCCIÓN

En el Derecho español, el primer medio de tutela ante la insatisfacción del derecho de crédito viene representado por la pretensión de cumplimiento de la prestación omitida *in natura* o en forma específica. La pretensión de cumplimiento específico tiene en nuestro Ordenamiento prioridad sobre el resto de remedios¹¹⁰, y ello se colige de la regulación conjunta que lleva a cabo el Código civil en múltiples artículos y en los pronunciamientos en tal sentido del

¹¹⁰ En favor del carácter preferente de la pretensión de cumplimiento *in natura* sobre el resto de medios de tutela y la forma de operar en las obligaciones de dar, hacer o no hacer, se pronuncian en la doctrina, *vid.*: ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil. II...*, *op. cit.*, pp. 193 a 197; BELTRAN DE HEREDIA y ONIS, P., *El incumplimiento de las obligaciones*, Edersa, Madrid, 1990, pp. 42 a 55; CAPILLA RONCERO, F., *La Responsabilidad patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 27 y ss; DE PABLO CONTRERAS, P., «Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual», en AA. VV., *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones*, (coord. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz), Editorial Colex, Madrid, 2000, pp. 178 a 189; DíEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II...*, *op. cit.*, p. 678 a 681; DíEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Instituciones de Derecho Civil*, vol. I/2, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 172 a 174; DORAL GARCÍA, J.A., «Reparación y sanción...», *op. cit.*, pp. 593 a 596; LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHEO REBULLIDA, F.A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRIA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil II Derecho de Obligaciones*, 2.ª edición. (Revisada y puesta al día por Rivero Hernández), Dykinson, Madrid, 2000, pp.164 a 166; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., *Curso de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, segunda edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 380 y 381; LASARTE, C., *Principios de Derecho Civil, Tomo II, Derecho de Obligaciones*, 9.ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 183 a 187; LETE DEL RÍO, J.M., LETE ACHIRICA, J., *Derecho de Obligaciones, Volumen I, Teoría general de la relación obligatoria y del contrato. Derecho de daños*, Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 244 a 247; LLAMAS POMBO, E., *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño del acreedor*, Trivium, Madrid, 1999, pp. 230 a 232 y «Comentario a los artículos 1.096 al 1.109 del Código Civil», en AA. VV., *Jurisprudencia Civil Comentada*, Código Civil, Tomo II, (dirigido. Miquel Pasquau Liaño), Comares, Granada, 2000, pp. 1791 a 1800; MARTÍN PÉREZ, A., «Comentario a los artículos 1088 a 1099 del Código Civil», en AA. VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (dirigido por Albaladejo), Tomo XV, Volumen 1.º, Edersa, 1989, Madrid, pp. 188 a 353; MONTÉS PENADÉS, V.L., «La defensa del derecho de crédito», en AA. VV., *Derecho de obligaciones y contratos*, (coordinado por Valpuesta Fernández), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, 2.ª edición, pp. 229 a 231; PANTALEÓN PRIETO, F., «Las nuevas bases...», *op. cit.*, pp. 1728 a 1731; PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho Civil*, Volumen II, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 144 y 145 y «Comentario final del traductor», *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza*, (Traducción y Comentario de Derecho Español por José Puig Brutau de la obra de Fuller y Perdue), Bosch, Barcelona, 1957, pp. 146 a 161; RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *Estudio Legislativo y Jurisprudencia de Derecho Civil: obligaciones y contratos*, Dykinson, Madrid, 2000, pp.534 a 544; VERDERA SERVER, R., *El Cumplimiento forzoso...*, *op. cit.*, pp. 134 a 146.

Tribunal Supremo ¹¹¹. Ante el incumplimiento del contrato en cualquiera de las formas en que el mismo se manifieste –falta de ejecución, ejecución defectuosa, o retrasada–, la primera medida de reacción que el Ordenamiento reconoce al acreedor, siempre que el incumplimiento no haya acaecido por imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor, es la exacta realización de la conducta debida, el cumplimiento *in natura* ¹¹². Para que pueda ejercitarse tal pretensión es necesario que la prestación sea posible, tanto material como jurídicamente, y que no haya desaparecido el interés que llevó al acreedor a contratar. Ya se ha tratado cómo en el *Common Law*, como regla general, no puede exigirse el cumplimiento en forma específica, y el acreedor tiene que conformarse con el resarcimiento de los daños y perjuicios. En nuestro Derecho la regla general de la que se parte es diferente: los contratos obligan a su exacto cumplimiento y no al pago de una indemnización de daños y perjuicios, y sólo, subsidiariamente, cuando ello no es posible, se sustituye la prestación inicialmente pactada por el cumplimiento por equivalente ¹¹³. En el fondo late la distinta concepción que se tiene de las obligaciones que nacen de los contratos en un sistema jurídico y en otro. Señala PANTALEÓN PRIETO, una vez rechazado el carácter excepcional de la pretensión de cumplimiento empleado

¹¹¹ En la jurisprudencia deben destacarse, entre otras, las SSTS siguientes: de 3 de julio de 1989, ponente D. Ramón López Vilas (RJ 1989, 5281); de 21 de noviembre de 1990, ponente D. Rafael Casares Córdoba (RJ 1990, 9012); de 12 de diciembre de 1990, ponente D. Pedro González Povedano (RJ 1990, 9999); de 19 de noviembre de 1996, ponente D. Antonio Gullón Ballesteros (RJSic TOL 217.565); de 11 de junio de 1998, ponente D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJSic TOL 1.859); de 11 de Mayo de 2002, ponente D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez (RJSic TOL 161.902); de 26 de diciembre de 2006, ponente D. Vicente Luis Montés Penadés (RJ 2007, 400); y de 10 de marzo de 2009, ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2009, 2796).

¹¹² CAPILLA RONCERO, F., afirma que «en el orden lógico, parece razonable situar en un lugar preeminente a la ejecución específica, de forma que la condena a la indemnización del daño causado revista carácter subsidiario. Pero en el orden práctico las limitaciones que pesan sobre los medios de coerción para que el deudor cumpla específicamente lo que debe, pueden llevar al resultado absolutamente contrario... En definitiva, se trata de aplicar en la ejecución forzosa los mismos criterios que hacen posible el cumplimiento por persona distinta del deudor con eficacia satisfactiva, y cuyo ejemplo más claro se encuentra en la admisión del llamado pago por tercero», *La Responsabilidad patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 28 y 29.

¹¹³ El cumplimiento forzoso en forma específica imperante en el Derecho español es fruto de una larga evolución, puesto que, siguiendo a DE PABLO CONTRERAS, P., «se incorpora al Derecho civil tardíamente. En el Derecho romano clásico, en efecto, no era posible condenar a la entrega de la cosa debida o, en general, a la realización de la conducta de prestación, sino sólo al pago de la cantidad de dinero (*condemnatio pecuniaria*) en que la misma se valoraba por el juez (*litis aestimatio*). El deudor, pagándola –él mismo o un tercero–, se liberaba del rigor de la ejecución personal; y podía optar libremente por ese pago, incluso si la prestación debida seguía siendo perfectamente posible». La solución de la *condemnatio pecuniaria* es en la que se ha quedado anclado el *Common Law*. «Sin embargo, el Derecho postclásico atenúa este sistema, lo que permite a los intérpretes del Derecho común sostener mayoritariamente la posibilidad de que el deudor sea condenado a realizar la exacta prestación debida, al menos en las obligaciones de dar, pues en las de hacer se entiende rige el principio (*nemo potest praecise cogi ad factum*), de modo que, entonces, la sentencia ha de limitarse a condenarle al pago de una indemnización», «Incumplimiento de las obligaciones...», *op. cit.*, p. 181.

en el *Common Law*, que la misma deriva de la especial forma de concebir el contrato como fuente de la obligación única y exclusiva de pagar una indemnización ante el incumplimiento y no como obligación de realizar una prestación de dar, hacer o no hacer¹¹⁴. El fundamento de la fuerza vinculante de los contratos tiene como piedra angular en nuestro sistema al artículo 1091¹¹⁵: «las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos»¹¹⁶. La prioridad de la pretensión de cumplimiento sobre el resto de remedios es la más adecuada desde nuestro concepto de la obligación¹¹⁷. No obstante, PUIG BRUTAU ha indicado que carece nuestro Código civil de una afirmación expresa de la preferencia del cumplimiento específico¹¹⁸. Sobre dicha ausencia, señala DÍEZ-PICAZO que «si bien no aparece consignada de forma categórica por el Código, se encuentra implícita en múltiples preceptos del mismo y forma, por decirlo así, el centro de gravedad del sistema»¹¹⁹. Cuando el deudor no cumple exactamente el contrato, siempre y cuando todavía sea posible realizar la prestación, el acreedor, mediante el ejercicio de la acción de cumplimiento, perseguirá un fallo judicial para apremiar al deudor a la realización exacta de la prestación o a la perfección de la irregularmente realizada, esto es, la llamada ejecución procesal voluntaria¹²⁰.

¹¹⁴ PANTALEÓN PRIETO, F., «Las nuevas bases...», *op. cit.*, p. 1728.

¹¹⁵ El principio *pacta sunt servanda* que emana del art. 1091 debe ser puesto en conexión con los arts. 1256 «la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes» y 1258 «los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

¹¹⁶ La fuerza vinculante de los contratos también ha recibido su apoyatura jurisprudencial, entre otras, por la STS de 21 de noviembre de 1990 ponente D. Rafael Casares Córdoba (RJ 1990, 9012) cuyo fundamento de derecho quinto dispone que «establecido en el artículo 1091 del Código Civil el principio cardinal que obliga a las partes a estar a lo pactado en el cumplimiento de los contratos, regla que impone el acomodo a éste a ser posible, así ha de imponerse por la sentencia estimatoria cuando la acción ejercitada, a tenor de lo que se pide es la del cumplimiento del artículo 1091 del Código, aunque este artículo no se examine en la demanda y el mismo ha de ser aplicado con preferencia al cumplimiento por equivalencia al que, en principio ha de atribuirse el carácter subsidiario de aquel otro capital de cumplimiento *in natura*».

¹¹⁷ Afirma ALBALADEJO GARCÍA, M., que «establecer en primer término la necesidad de que, en cuanto sea posible, venga satisfecho el acreedor precisamente con la prestación debida (lo que se denomina ejecución *in natura*) es la más justa y acorde con el concepto de obligación, ya que con la misma se persigue obtener la prestación precisamente, y no una indemnización. Quedando ésta sólo como último recurso para cuando aquélla no pueda obtenerse, o en tanto en cuanto no pueda serlo exactamente», *Derecho Civil. II. Derecho...*, *op. cit.*, pp. 194 y 195.

¹¹⁸ PUIG BRUTAU, J., señala que «los Códigos civiles de países de Derecho romano, en los que prevalece la regla del cumplimiento en forma específica, son los que precisamente han olvidado afirmarlo de manera expresa», «Comentario final del...», *op. cit.*, p. 147.

¹¹⁹ DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II...*, *op. cit.*, p. 678.

¹²⁰ Sobre la ejecución procesal voluntaria y forzosa *vid.*, ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil. II. Derecho...*, *op. cit.*, pp. 193 a 196.

Debe destacarse que, en virtud de la fuerza vinculante de los contratos y de su cumplimiento en sus términos estrictos, de la misma forma que el deudor no puede liberarse de cumplir pagando una indemnización, tampoco el acreedor tiene la libertad absoluta de exigir bien el cumplimiento específico o bien la indemnización de daños y perjuicios. El acreedor debería, en primer lugar, exigir el cumplimiento, en virtud de la buena fe y la lealtad negocial, y sólo cuando el mismo sea imposible, o ya no satisface su interés, puede subsidiariamente pretender la indemnización de los daños y perjuicios¹²¹. De forma muy gráfica ha sido expuesta tal prioridad de la exigencia de cumplimiento sobre la indemnización de los daños por LACRUZ *et alii* que ponen como ejemplo: «si yo presto un caballo y el deudor no me lo devuelve, no puedo accionar directamente pidiendo su precio, sino, en primer lugar el caballo entregado; ni el deudor podría optar por liberarse pagando el precio, o indemnizando los daños»¹²².

2.3.2 LA EJECUCIÓN *IN NATURA* EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La prioridad de la ejecución *in natura* ha sido confirmada reiteradamente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Respecto de las obligaciones de dar, la sentencia de 19 de noviembre de 1996 confirmó el fallo estimatorio de

¹²¹ En tal sentido, entre otros: CAPILLA RONCERO, F., «parece razonable concluir que la elección entre las modalidades de la ejecución forzosa debe quedar encomendada a la decisión del acreedor, el cual podrá exigir la ejecución específica o la dineraria del resarcimiento, según que conserve o no interés en el exacto cumplimiento de la prestación... Compete, pues, al acreedor la facultad de elegir entre pedir la ejecución específica o la ejecución de la responsabilidad patrimonial universal; si bien no como facultad encomendada a su libérrimo arbitrio, sino susceptible de control judicial para evitar un ejercicio abusivo o, en general, contrario a la buena fe», *La Responsabilidad patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 96 y 97; Díez-Prcazo, L. y Gullón, A., «el acreedor sólo tiene derecho a exigir la prestación prometida, y si no lo logra, la llamada prestación del equivalente» *Instituciones de...*, *op. cit.*, p. 174; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., «se viene a subrayar en la doctrina que siempre que sea posible obtener judicialmente la prestación debida (ejecución forzosa *in natura*) el acreedor ha de solicitar el cumplimiento y sólo subsidiariamente, cuando la ejecución en forma específica resulte imposible, pedir la indemnización de daños y perjuicios», *Curso de Derecho de Civil II. Derecho...*, *op. cit.*, pp. 380 y 381; LETE DEL RÍO, J.M., LETE ACHIRICA, J., «de acuerdo con el concepto de la obligación, debe tenerse en cuenta que el deudor no tiene un derecho de opción entre el cumplimiento o el abono de los daños y perjuicios, así como tampoco el acreedor puede elegir éstos y no exigir el cumplimiento exacto de la prestación. De ahí que el incumplimiento de la obligación confiera al acreedor, en primer lugar, el derecho a reclamar el cumplimiento forzoso en forma específica (*acción de cumplimiento*), y sólo cuando es imposible obtener la ejecución *in natura* puede el acreedor pretender la indemnización de los daños y perjuicios, representativos de su interés frustrado por el incumplimiento (*acción de resarcimiento de daños y perjuicios*)», *Derecho de Obligaciones, Volumen I...*, *op. cit.*, p. 244; PUIG BRUTAU, J., «si el deudor no cumple voluntariamente, se decretará la ejecución forzosa de la misma prestación debida, y en el caso supuesto de no ser ésta posible, el acreedor será resarcido con el correspondiente equivalente pecuniario», *Compendio de Derecho Civil...*, *op. cit.*, p. 145.

¹²² LACRUZ BERDEJO, J.L., *et alii*, *Elementos de Derecho Civil II...*, *op. cit.*, p. 164.

la demanda del Juzgado de Primera Instancia de La Bisbal (Gerona) que había sido revocada en apelación por la Audiencia Provincial de Barcelona, en la que se suplicaba que se dictara sentencia «condenando a la parte demandada a la entrega dentro del plazo prudencial que estableciese el Juzgado, a mi representado, de los dos apartamentos y las dos plazas de parking de las características pactadas, en el edificio que la parte demandada está construyendo sobre la finca objeto de la compraventa...; y, alternativamente, sólo para el caso de que estimase imposible dicha entrega..., se entregue a mi representado el precio de los mismos consistente en el metálico valor de dichos elementos en treinta millones de pesetas (30.000.000 ptas); condenando así mismo a los demandados al resarcimiento de daños y abono de intereses»¹²³. La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1998, confirmando otra de la Audiencia Provincial de Barcelona admitiendo «el cumplimiento forzoso de la obligación, pudiéndose sustituir la voluntad del demandado por la del juez, que sólo se reemplazará por la correspondiente indemnización cuando el contrato definitivo no se pueda cumplir por cualquier causa» recoge en su fundamento de derecho segundo que «si el cumplimiento no fuera posible en la forma específica dicha, por razones físicas o jurídicas, la propia sentencia aclara, al final de su fundamento quinto, que se sustituirá ese cumplimiento específico por el *id quo interest*, que igualmente fija en el fallo, apartado C) como la diferencia entre el precio de compra de la vivienda que se señala pactado en el escrito de demanda y el que en la fecha en que esa imposibilidad se constate corresponda a otra de las mismas características»¹²⁴.

En cuanto a las obligaciones de hacer, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1989, recoge en su fundamento de derecho primero que «en las obligaciones de hacer, el acreedor puede exigir que esa prestación se realice en forma específica (acción de cumplimiento), siendo esta obligación de cumplir la primera y directa consecuencia del incumplimiento imputable, que en ocasiones puede conseguirse coactivamente, aun contra la voluntad del deudor; así, el artículo 1098 del Código Civil dispone que “si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa”. Tan sólo en el caso en que no pueda conseguirse el cumplimiento voluntario o forzoso de la obligación entra en juego “*nemo factum cogi potest*” y la prestación primitiva se transforma subsidiariamente en la de indemnizar»¹²⁵. También el Alto Tribunal, en sentencia de 12 de diciembre de 1990, considera en su fundamento de

¹²³ STS de 19 de noviembre de 1996, ponente D. Antonio Gullón Ballesteros (RJSic TOL 217.565).

¹²⁴ STS de 11 de junio de 1998, ponente D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJSic TOL 1.859).

¹²⁵ STS de 3 de julio de 1989, ponente D. Ramón López Vilas (RJA 1989, 5281).

derecho número dos que «es exigible judicialmente a través del ejercicio de una acción de cumplimiento de contrato del art. 1091 del citado Código, constituyendo aquélla una obligación de hacer que ha de ser cumplida en forma específica, de acuerdo con el art. 1098 del Código, entrando en juego el cumplimiento por equivalencia, de carácter subsidiario, cuando el deudor no realiza la prestación debida o ésta deviene imposible»¹²⁶. En la misma línea, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2009, en un supuesto de cumplimiento defectuoso de la obligación de ejecutar una obra, señala que «se ha impuesto en sentencia el cumplimiento forzoso en forma específica, la ejecución *in natura* para conseguir satisfacer plenamente el interés del acreedor y es subsidiario, como así se ha interesado por la demandante, en el cumplimiento por equivalencia, indemnización de daños y perjuicios, *id quod interest*»¹²⁷. No obstante lo anterior, no debe olvidarse que la preferencia del cumplimiento *in natura* sobre la indemnización de daños no está exenta de requisitos; así la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2007, afirma que «en los presentes autos la posible prevalencia de la reparación “*in natura*” respecto de la reclamación directa de la indemnización sustitutoria, en aquellos casos en que aquella forma resarcitoria se presenta y se propugna como posible. Pues bien, atendiendo a la jurisprudencia de esta Sala, no puede otorgarse, como regla general, rango preferente a aquélla frente a ésta, en supuestos, como el presente, so pena de conceder a los demandados, como decía la Sentencia de esta Sala de 7 de mayo de 2002 (RJ 2002, 3678), “el privilegio de llevar a cabo por sus propios medios unos trabajos de reparación que previamente se han abstenido de realizar eficazmente”. Es cierto que, en determinados supuestos se ha señalado la solución contraria, a saber, que la posibilidad de instar la reclamación directa de la indemnización pertinente es una excepción a la regla general del artículo 1098 del Código Civil –reparación “*in natura*”–,... Ahora bien, aun en estos casos, se ha mantenido la procedencia de la pretensión resarcitoria por equivalencia, por concurrir una serie de circunstancias, cuales son, “el requerimiento previo de realización al deudor, que éste lo incumpla voluntariamente, y que el demandante prefiera la indemnización, dado el constatado incumplimiento del deudor, por depender el cumplimiento de una relación personal que se ha demostrado contraria a las reglas de conducta propias de las relaciones contractuales”. Pues bien las circunstancias que determinan la inviabilidad de llevar a cabo la reparación, entrañan una verdadera “*quaestio facti*” que no es verificable en casación, pueden entenderse concurrentes en el

¹²⁶ STS de 12 de diciembre de 1990, ponente D. Pedro González Povedano (RJA 1990, 9999).

¹²⁷ STS de 8 de abril de 2009, ponente D. Xavier O’Callaghan Muñoz (RJ 2009, 2894).

presente supuesto, por cuanto, ya desde la demanda resultó patente la ruptura entre los litigantes de la relación de confianza precisa para acometer la demandada las obras de reparación con ciertas garantías de solvencia, por lo que la ejecución “in natura” podría dar lugar a nuevas dilaciones y conflictos, máxime tomando en consideración que alguna de las obligaciones de hacer que quiere asumir la demandada (las relativas a la mudanza de enseres y realojo de las familias afectadas) exceden ciertamente de su ámbito de atribuciones profesionales, por lo que resulta comprensible el recelo de los aquí recurridos a que sea ella quien las acometa»¹²⁸.

2.3.3 LA EJECUCIÓN DE LAS PRESTACIONES EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Las reglas relativas al cumplimiento forzoso o *in natura* de las obligaciones se encuentran recogidas en los artículos 1096 a 1099 CC¹²⁹ y 701 a 711 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil («BOE» de 8 de enero). Ambos textos normativos diferencian según se trate de obligaciones de dar (artículos 1096 y 1097 CC y 701 a 705 LEC), de hacer (artículos 1098 CC y 705 a 709 LEC) y de no hacer (párrafo segundo del artículo 1098 y el 1099 CC y 710 y 711 LEC), por lo que en la práctica la efectividad de la pretensión de cumplimiento va a depender, en gran medida, no sólo de la posibilidad de realizar la prestación y de que la misma sea idónea para satisfacer plenamente el interés del acreedor, sino también de la naturaleza y de las características propias de la prestación¹³⁰.

¹²⁸ STS de 20 de junio de 2007, ponente D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (RJ 2007, 3459). En el mismo sentido la STS de 27 de septiembre de 2005, ponente D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares (RJ 2005, 707); y de 25 de marzo de 2015, ponente D. Antonio Salas Carceller (RJ 2015, 1325).

¹²⁹ Como excepción al régimen general que se ha formulado, en presencia de obligaciones recíprocas, cuando la prestación es todavía posible y la otra parte no cumplió la suya, al amparo del art. 1124 del CC: «*el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos*».

¹³⁰ En general, sobre la ejecución de las prestaciones en la LEC, *vid.*; CARBALLO PIÑEIRO, L., *La ejecución de condenas de dar*, J. M. Bosch editor, Barcelona, 2001; CORDÓN MORENO, F., ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA, J., TAPIA FERNÁNDEZ, I., (Coordinadores), *Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II, Aranzadi Editorial, Pamplona, 2001, pp. 563 a 656; DE LA OLIVA SANTOS, A., Díez-PICAZO JIMÉNEZ, I., VEGA TORRES, J., BANACLOCHE PALAO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, pp.1179 a 1208; FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. A., *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Iurgium Editores, Madrid, 2001, pp. 411 a 435; MARTÍNEZ DE SANTOS, A., «Un proceso de ejecución civil necesitado de reforma», *Diario la Ley*, Año 2009, Número 7149, pp. 1 a 4; MORALES MORENO, A.M., *La Modernización...*, *op. cit.*, pp. 78 a 92; PARDO IRANZO, V., *Ejecución de sentencias por obligaciones de hacer y no hacer*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001; ORTELLS RAMOS, M., «La ejecución de prestaciones no dinerarias en la Ley de Enjuicia-

a) La ejecución forzosa de las obligaciones dinerarias (artículos 571 a 698 LEC). Si la prestación incumplida por el deudor tiene por objeto la entrega de dinero siempre será posible la ejecución forzosa, salvo en el supuesto de que nos encontremos ante un deudor insolvente, «*en virtud de un título ejecutivo del que directa o indirectamente, resulte el deber de entregar una cantidad de dinero líquida*». Una vez realizado el requerimiento de pago al deudor (artículo 581 LEC) o no siendo necesario el mismo (artículo 580 LEC) se procederá al embargo de los bienes (artículos 584 a 633 LEC) y posteriormente mediante el procedimiento de apremio (artículos 634 a 680 LEC) al avalúo y a la pública subasta de los bienes embargados, destinando el dinero producto de ella al pago del acreedor¹³¹.

b) La ejecución forzosa de las obligaciones de dar (artículos 1096 y 1097 CC y 701 a 705 LEC). Dispone el párrafo primero del artículo 1096, que «*cuando lo que deba entregarse sea una cosa determinada, el acreedor, independientemente del derecho que le otorga el artículo 1.101, puede compeler al deudor a que realice la entrega*». Tal precepto debe ser puesto en conexión con los artículos 701 LEC, sobre la entrega de cosa mueble determinada o específica¹³², y 703 sobre la entrega de bienes inmuebles¹³³, que concretan la forma procesal o adjetiva de hacerse efectivo el cumplimiento específico.

Partiendo del presupuesto de que la cosa determinada que debe ser entregada al acreedor se encuentra en el patrimonio del deudor, el párrafo primero del artículo 701 dispone que «*cuando del título ejecutivo se desprenda el deber de entregar cosa mueble cierta y determinada y el ejecutado no lleve a cabo la entrega dentro del plazo que se le haya concedido –ejecución procesal voluntaria–, el Secretario judicial responsable de la ejecución pondrá al ejecutante en posesión de la cosa debida, empleando para ello los apremios que crea precisos. Si fuera necesario entrar en lugares cerrados recabará la autorización del Tribunal que hubiera ordenado la ejecución, pudiéndose auxiliar de la fuerza pública, si fuere preciso*»¹³⁴. Si la cosa no se encontrare en el pa-

miento Civil», *La ejecución civil*, (director Víctor Moreno Catena), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 263 a 343.

¹³¹ Vid., entre otros: ACHÓN BRUÑÉN, M.^ªJ., *La ejecución dineraria. Cuestiones conflictivas*, Sepin, Madrid, 2009 y PEREDA GÁMEZ, F.J., «La ejecución no dineraria en la Ley 1/2000 de enjuiciamiento civil (la mal llamada ejecución forzosa) “específica”», *La ejecución civil*, (director Víctor Moreno Catena), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 347 a 403.

¹³² ORTELLS RAMOS, M., «La ejecución de prestaciones...», *op. cit.*, pp. 282 a 290.

¹³³ ORTELLS RAMOS, M., «La ejecución de prestaciones...», *op. cit.*, pp. 293 a 303.

¹³⁴ Si el deudor hace caso omiso a tal conminación, el acreedor podrá satisfacer su interés, bien solicitando a la Autoridad Judicial para que tome la cosa en el supuesto de las obligaciones de dar, o sustituya, en su caso, la actividad del deudor por una decisión judicial, o bien, igualmente en su caso, realizando la

trrimonio del deudor, el párrafo tercero del precepto legal citado dispone que se «sustituya por una justa compensación económica, que se establecerá con arreglo a los artículos 712 y siguientes». Se produce la transformación de la cosa cierta inicialmente pactada por una indemnización de daños, con independencia de que también sean indemnizados los ulteriores daños y perjuicios que el incumplimiento haya producido. El artículo 703, relativo a la entrega de bienes inmuebles, establece que «si el título dispusiere la transmisión o entrega de un bien inmueble, una vez dictado el auto autorizando y despachando la ejecución, el Secretario judicial responsable de la misma ordenará de inmediato lo que proceda según el contenido de la condena y, en su caso, dispondrá lo necesario para adecuar el Registro al título ejecutivo». Llama la atención cómo los artículos 703 y 704 no contienen referencia alguna al supuesto de que el bien inmueble no se encuentre ya en el patrimonio del deudor. En tal caso, indica LLAMAS POMBO que «la solución práctica viene dada por la equiparación de tal supuesto con los de imposibilidad de entrega... Se entiende que dicha circunstancia posesoria constituye un caso de imposibilidad, aunque por razones jurídicas»¹³⁵. Entre las muchas ocasiones en que nuestro Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre tal imposibilidad, se encuentra la citada sentencia de 19 de noviembre de 1996 y la de 12 de marzo de 1997: «si fácticamente, los condenados no pueden entregar el piso, por haberlo vendido... los compradores, demandantes, a cuyo favor se dictó la sentencia recurrida, podrán exigir en ejecución de sentencia el cumplimiento por equivalencia, es decir, indemnización de daños y perjuicios»¹³⁶.

El párrafo segundo del artículo 1096 CC, en relación a la obligación de entregar cosa genérica o indeterminada, dispone que el acreedor «podrá pedir que se cumpla la obligación a expensas del deudor». A diferencia de la anterior normativa procesal, el actual artículo 702 LEC, sí contempla de forma directa el supuesto de que la obligación incumplida sea la de entregar cosas genéricas o indeterminadas, indicando: «1. Si el título ejecutivo se refiere a la entrega de cosas genéricas o indeterminadas, que pueden ser adquiridas en los mercados y, pasado el plazo, no se hubiese cumplido el requerimiento, el ejecu-

prestación incumplida a costa del deudor. Esta forma de proceder se denomina ejecución procesal forzosa. Por último, puede ocurrir que la prestación sea de imposible cumplimiento, o que no pueda ser realizada sustituyendo la actuación del deudor, o que tampoco pueda ser ejecutable a su costa. En tales supuestos, la obligación primitivamente pactada se transforma en la de pago de un equivalente pecuniario. Además, en todos estos supuestos, el acreedor podrá solicitar la indemnización de los ulteriores daños y perjuicios que el anómalo cumplimiento del contrato le haya producido.

¹³⁵ LLAMAS POMBO, E., «Comentario a los artículos 1.096...», *op. cit.*, p. 1792.

¹³⁶ SSTs de 19 de noviembre de 1996, ponente D. Antonio Gullón Ballesteros (RJSic TOL 217.565) y de 12 de marzo de 1997, ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 1997, 2490).

tante podrá instar del Secretario judicial que le ponga en posesión de las cosas debidas o que se le faculte para que las adquiera, a costa del ejecutado, ordenando al mismo tiempo, el embargo de bienes suficientes para pagar la adquisición, de la que el ejecutante dará cuenta justificada. 2. Si el ejecutante manifestara que la adquisición tardía de las cosas genéricas o indeterminadas con arreglo al apartado anterior no satisface ya su interés legítimo, se determinará el equivalente pecuniario, con los daños y perjuicios que hubieran podido causarse al ejecutante, que se liquidarán con arreglo a los artículos 712 y siguientes»¹³⁷.

c) La ejecución forzosa de las obligaciones de hacer (artículos 1098 CC y 705 a 709 LEC)¹³⁸. El párrafo primero del artículo 1098 dispone que «*si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa*», añadiendo el párrafo segundo, para el supuesto de que el deudor cumpla de forma defectuosa, que «*esto mismo se observará si la hiciere contraviniendo al tenor de la obligación. Además podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho*». Contempla el precepto dos supuestos distintos de insatisfacción del acreedor: incumplimiento total y cumplimiento defectuoso.

La LEC, en la ejecución de las obligaciones de hacer, distingue entre las de hacer no personalísimo (artículo 706), las de emisión de una declaración de voluntad (artículo 708) y las de hacer personalísimo (artículo 709).

En primer lugar, y en virtud del artículo 705 «*el tribunal requerirá al deudor para que –realice la prestación correctamente– dentro de un plazo que fijará según la naturaleza del hacer y las circunstancias que concurran*»; por lo que se le concede un plazo de cumplimiento voluntario. Si en tal plazo, el deudor no realiza de *motu proprio* la prestación de hacer no personalísimo «*el ejecutante podrá pedir que se le faculte para encargarlo a un tercero, a costa del ejecutado, o reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios*». Esta opción concedida al acreedor es una novedad respecto a la normativa anterior y supone una quiebra del carácter prioritario de la pretensión específica sobre la indemnización de los daños y perjuicios, salvo que «*el título contenga una disposición expresa para el caso de incumplimiento del deudor*», en cuyo caso se

¹³⁷ Con anterioridad a la actual LEC no existía una norma que contemplara de forma directa los casos en que la obligación incumplida tenía como objeto la prestación de cosa genérica, lo que llevó a la doctrina de forma unánime, *vid.*, por todos a ALBALADEJO GARCÍA, M., a señalar en relación al párr. segundo del art. 1096 que «piensa, quizás, la ley en que la cosa genérica haya de ser obtenida fuera del patrimonio del deudor. Mas, existiendo en éste, parece innegable que puede ser pedida su entrega directa, al igual que en el caso del art. 1.096, 1.º Al fin y al cabo tal entrega sería también “cumplir la obligación a expensas del deudor”, de cuyo patrimonio se toma la cosa “*in natura*”», *Derecho Civil. II. Derecho...*, *op. cit.*, notal al pie núm. 4, p. 196.

¹³⁸ ORTELLS RAMOS, M., «La ejecución de prestaciones...», *op. cit.*, pp. 303 a 316.

«estará a lo dispuesto en aquél» (párrafo primero del artículo 706). Si el acreedor opta porque la prestación sea realizada por un tercero a costa del deudor, «se valorará previamente el coste de dicho hacer por un perito tasador designado por el Secretario judicial y, si el ejecutado no depositase la cantidad que éste apruebe mediante decreto, susceptible de recurso directo de revisión sin efecto suspensivo ante el Tribunal que dictó la orden general de ejecución, o no afianzase el pago, se procederá de inmediato al embargo de bienes y a su realización forzosa hasta obtener la suma que sea necesaria». Si por el contrario, el acreedor opta por la indemnización de los daños y perjuicios, se cuantificarán «conforme a lo previsto en los artículo 712 y siguientes» (párrafo segundo del artículo 706).

A diferencia de la anterior regulación procesal, la actual regula la ejecución forzosa de las condenas a la emisión de una declaración de voluntad en el artículo 708.1 y 2 (primer apartado)¹³⁹, admitiéndose la sustitución de la voluntad del ejecutado por la del Tribunal exclusivamente cuando «estuviesen predeterminados los elementos esenciales del negocio»¹⁴⁰. Un situación distinta se produce cuando los elementos esenciales del negocio o contrato no estuviesen determinados ni fuesen determinables, no pudiendo exigirse el cumplimiento *in natura* al no existir un negocio jurídicamente exigible, por lo que exclusivamente «procederá la ejecución por los daños y perjuicios causados al ejecutante» (artículo 708.2 *in fine*)¹⁴¹. Como afirma GARCÍA RUBIO en relación al precontrato, dicha situación configuraría «un supuesto concreto de responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*»¹⁴².

Por último, para el supuesto de una condena de hacer personalísimo (artículo 709)¹⁴³, una vez que haya transcurrido el plazo para que el ejecutado

¹³⁹ ORTELLS RAMOS, M., «La ejecución de prestaciones...», *op. cit.*, pp. 321 a 328. Desde una perspectiva fundamentalmente de Derecho material, *vid.*, GARCÍA RUBIO, M.^a P., «La ejecución forzosa de la obligación derivada del precontrato en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Algunas Cuestiones», en AA. VV., *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luís Díez-Picazo*, Tomo II, Civitas, Madrid, 2003, pp. 1881 a 1902.

¹⁴⁰ Mantiene GARCÍA RUBIO, M.^a P., que «tanto el artículo 708.1 como el 708.2 en su primer apartado exigen que estén determinados o, cuando menos, sean determinables los elementos esenciales del futuro contrato. La particularidad del segundo párrafo con relación al primero es que en éste parece que las partes también determinaron en el precontrato elementos no esenciales del negocio principal, mientras que en aquél no estaban “predeterminados” en el negocio jurídico preparatorio “*algunos elementos no esenciales del negocio o contrato sobre el que deba recaer la declaración de voluntad*”», «La ejecución forzosa...», *op. cit.*, p. 1886.

¹⁴¹ Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A., «Así por ejemplo, el juez podrá sustituir al deudor que se niega a otorgar la escritura pública de venta de un piso específico que yo he comprado por un precio estipulado, pero no suplir mi consentimiento matrimonial si yo me niego a cumplir la promesa de matrimonio», *Instituciones de...*, *op. cit.*, p. 173.

¹⁴² GARCÍA RUBIO, M.^a P., «La ejecución forzosa...», *op. cit.*, p. 1884.

¹⁴³ ORTELLS RAMOS, M., «La ejecución de prestaciones...», *op. cit.*, p. 173 pp. 316 a 321.

realice la prestación de forma voluntaria, y siempre y cuando no contenga el título ejecutivo una norma expresa para el supuesto de incumplimiento, el acreedor «*podrá optar entre pedir que la ejecución siga adelante para entregar a aquél un equivalente pecuniario de la prestación de hacer o solicitar que se apremie al ejecutado con una multa –de forma similar a los “astreintes”– por cada mes que transcurra sin llevarlo a cabo desde la finalización del plazo*»¹⁴⁴. Si el ejecutante opta por proseguir con el procedimiento, la obligación primitiva se transforma en la de «*obtener el equivalente pecuniario*» y «*en la misma resolución se impondrá al ejecutado una única multa con arreglo a lo dispuesto en el artículo 711*». Por el contrario, si el ejecutante opta por intentar obtener la prestación personalísima inicialmente pactada, se forzará al ejecutado indirectamente mediante el apremio de multas «*hasta que se cumpla un año desde el primero. Si, al cabo del año, el ejecutado continuare rehusando hacer lo que dispusiese el título, proseguirá la ejecución para entregar al ejecutante un equivalente pecuniario de la prestación o para la adopción de cualesquiera otras medidas que resulten idóneas para la satisfacción del ejecutante y que, a petición de éste y oído el ejecutado, podrá acordar el Tribunal*».

De las distintas formas de proceder en la práctica a la ejecución de las obligaciones de hacer, se colige que el carácter prioritario o preferente de la ejecución forzosa se puede encontrar atenuado por su propia naturaleza, y ello, porque salvo que la prestación pueda ser realizada por un tercero por ser fungible la persona que realice la prestación o por sustitución de la declaración de voluntad por el tribunal, difícilmente se podrá obtener el cumplimiento específico pactado contra la voluntad del deudor en virtud del principio de la incoercibilidad o inderogabilidad de la libertad del deudor. Del tradicional *nemo potest proeicere cogi ad factum*¹⁴⁵, deriva, como señala DORAL GARCÍA, que «la obligación de hacer lleva consigo la dificultad de su inherencia a la persona, a la libertad, que o no puede ser coaccionada ni sustituida, realizada a través de actividad sustitutiva, o es más difícil de sustituir que en otras prestaciones que tienen por contenido normal el dinero»¹⁴⁶. A ello debe añadirse la opción que

¹⁴⁴ Sobre la implantación de los *astreintes* en el Derecho español y su adopción por el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos de Pavía, *vid.*, YZQUIERDO TOLSADA, M., «Consecuencias del incumplimiento. En particular, reflexiones sobre los remedios solutorios por el equivalente, los remedios resarcitorios y ciertas medidas de presión sobre el deudor incumplidor», *Código Europeo de Contratos*, Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), Tomo II, Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos, (dirigido por Carlos Vattier, José M.^a de la Cuesta y José M.^a Caballero), Dykinson, Madrid, 2003, pp. 446 a 451.

¹⁴⁵ En relación a la regla *nemo ad factum proeicere cogi potest*, *vid.*, CAPILLA RONCERO, F., *La Responsabilidad patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 141 a 146.

¹⁴⁶ DORAL GARCÍA, J.A., «Reparación y sanción...», *op. cit.*, p. 595.

se le concede al acreedor en las obligaciones no personalísimas, pudiendo bien reclamar la realización de la prestación por un tercero a expensas del deudor, bien reclamar la indemnización de los daños y perjuicios; o, en el caso de las personalísimas, pudiendo bien reclamar el equivalente pecuniario de la prestación, o bien mediante el apremio de multas pecuniarias intentar obtener la prestación primitivamente convenida. De la misma forma que mediante la incoercibilidad del deudor se protege su libertad de cumplir o no cumplir, también se protege al acreedor cuando la obligación de hacer incumplida es personalísima, disponiendo el artículo 1161 del Código civil que *«en las obligaciones de hacer el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación»*.

d) La ejecución forzosa de las obligaciones de no hacer (párrafo segundo del artículo 1098 y el 1099 CC y 710 a 711 LEC)¹⁴⁷. Previene el artículo 1099 que *«lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo anterior se observará también cuando la obligación consista en no hacer y el deudor ejecutare lo que le había sido prohibido»*. En el supuesto de que no se pueda deshacer lo mal hecho a costa del deudor, el acreedor no tendrá más opción que obtener una indemnización de daños. La condena del incumplimiento de las obligaciones de no hacer se contempla en el artículo 710 *«1. Si el condenado a no hacer alguna cosa quebrantare la sentencia, se le requerirá, a instancia del ejecutante por parte del Secretario judicial responsable de la ejecución, para que deshaga lo mal hecho si fuera posible, indemnice los daños y perjuicios causados y, en su caso se abstenga de reiterar el quebrantamiento... 2. Si, atendida la naturaleza de la condena de no hacer, su incumplimiento no fuera susceptible de reiteración y tampoco fuera posible deshacer lo mal hecho, la ejecución procederá para resarcir al ejecutante por los daños y perjuicios que se le hayan causado»*.

2.3.4 CONCLUSIÓN

Como ya se ha indicado, si bien los países de *Civil Law*, salvo algunas excepciones, admiten con carácter general la pretensión de cumplimiento o cumplimiento *in natura*, y los países de *Common Law* admiten con carácter general la indemnización de los daños y perjuicios, y sólo en determinados

¹⁴⁷ ORTELLS RAMOS, M., «La ejecución de prestaciones...», *op. cit.*, pp. 328 a 338.

supuestos en los que dicho remedio se manifiesta inadecuado aplican el *specific performance*, la práctica demuestra cómo en realidad las posturas no resultan tan antagónicas. Pues, no son pocos los supuestos en los que ambos sistemas ofrecen idénticas soluciones, si bien es verdad que partiendo de reglas generales opuestas.

Centrándonos en el Derecho español, del que ya se ha dicho que la pretensión de cumplimiento tiene prioridad sobre el resto de remedios, se observa cómo en la práctica los Tribunales, en más supuestos de los que pudiera parecer *a priori*, teniendo en cuenta cuál es la regla general, se encuentran obligados a resolver los incumplimientos contractuales en última instancia en la obligación de indemnizar los daños y perjuicios. Esta transformación de la obligación de cumplimiento específico en el pago de una cantidad económica como compensación o como indemnización de los daños y perjuicios tiene como principales destinatarias: las obligaciones de dar cosa mueble o inmueble determinada o específica en los casos en los que no se encuentre en el patrimonio del deudor, y en las obligaciones de hacer personalísimo o no.

2.4 Las soluciones adoptadas en el Derecho uniforme anterior a los PECL

Como se ha indicado, existe una diferencia fundamental en la estructura y sistemática del Derecho de los contratos entre los sistemas de *Civil Law* y de *Common Law*, que deriva de las distintas perspectivas que tienen al configurar las obligaciones que nacen de ellos. Los sistemas de *Civil Law*, ante el incumplimiento, ponen el énfasis, como remedio prioritario, en la exigencia de cumplimiento o cumplimiento específico o *in natura*, teniendo la acción de indemnización de daños y perjuicios un carácter subsidiario o secundario, y ello, porque en tales sistemas el contrato genera un vínculo jurídico que establece deberes. Los contratos nacen para ser cumplidos en todos sus términos (*pacta sunt servanda*). Por el contrario, en el Derecho angloamericano, donde el contrato es concebido sobre la base de asegurar o garantizar al acreedor un resultado, el remedio general es la indemnización de los daños; y sólo de forma residual o excepcional podrán los tribunales decretar el cumplimiento específico. Ello tendrá lugar por razones de equidad, es decir, cuando la indemniza-

ción se manifiesta como un remedio inadecuado para satisfacer el derecho lesionado¹⁴⁸.

Ante tales divergencias, aparecen los primeros intentos armonizadores del Derecho de los contratos, ya que aquéllas, no obstante parecer insalvables en la teoría, no son tan irreconciliables en la práctica¹⁴⁹.

2.4.1 EN LA CISG

En la CISG, el análisis de la posición que ocupan los diferentes remedios ante el incumplimiento de las obligaciones contractuales, en particular el *specific performance* y *damages*¹⁵⁰, parte de lo dispuesto en el artículo 45 en relación a los derechos y acciones del comprador y, de forma similar, en el artículo 61 para los del vendedor¹⁵¹.

¹⁴⁸ LANDO, O., «In the civil law systems the right to obtain specific performance of goods sold is the natural remedy in case of non-performance by a party; this right can be denied the aggrieved party only in exceptional cases. In the common law systems the claim for damages is the primary remedy available to the aggrieved party. Specific performance is granted only exceptionally at the court's discretion as an equitable relief», «Commentary Art. 28»..., *op. cit.*, p. 232. Igualmente, sobre la diferente posición de la ejecución del cumplimiento y la indemnización de los daños contractuales en las dos familias del Derecho y la diferente forma de concebir las relaciones obligatorias derivadas de los contratos, *vid.*, entre otros: Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, pp. 318 y 319 y CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «Comentario al artículo 28», *op. cit.*, pp. 230 y 231.

¹⁴⁹ LANDO, O., «Commentary Art. 28»..., *op. cit.*, pp. 233 y 234.

¹⁵⁰ En general, sobre la posición que ocupan la pretensión de cumplimiento y la indemnización dentro del sistema de remedios en los textos del moderno derecho uniforme de los contratos, *vid.*, en nuestra doctrina: GARCÍA RUBIO, M.^ªP., «Las obligaciones del...», *op. cit.*, pp. 329 a 331; y PALAZÓN GARRIDO, M.L., *Los remedios frente ...*, *op. cit.*, pp. 79 a 81.

¹⁵¹ ¿Que solución adopta la ULIS ante el incumplimiento del contrato por cualquiera de las partes? ¿Exigirá el cumplimiento de la prestación en los términos pactados o se inclinará por una indemnización? La compleja y entrecruzada sistemática empleada en la elaboración de la ULIS hace ineludible acudir al incumplimiento de cada tipo de obligación para desenterrar el criterio general adoptado. El incumplimiento de las obligaciones del vendedor relativas a la fecha y lugar de entrega de las mercaderías (arts. 25 a 32) conlleva la posibilidad de exigirle, según el art. 24, la ejecución del contrato o su resolución, pudiendo también exigir, en los supuestos previstos en los arts. 82 y 84 a 87, la indemnización de los daños y perjuicios. El art. 24 parece situar a los medios de tutela enumerados en un mismo plano, sin establecer jerarquía alguna entre los mismos; por lo que parece inclinarse por la postura propia de los Derechos continentales, ya que no concibe el derecho a la ejecución del contrato como algo excepcional. En relación a la exigencia de la ejecución del contrato por el comprador en la ULIS, *vid.*, entre otros, HONNOLD, J.O., «ULIS gave the buyer broad grounds to require performance by the seller in Arts. 24(1)(a) (date and place of delivery), 26(1) and 27(1) (date of delivery); 30(1) and 31 (place of delivery); 41(1)(a) (non-conformity of goods); 42 (remedying defects, delivering goods or missing parts) 55(2) (other obligations)», *Uniform Law...*, *op. cit.*, p. 304.

No obstante lo anterior, existe una importante excepción a la regla general del art. 24 que deriva de lo establecido por el art. 25 «*el comprador no tiene derecho a exigir la ejecución del contrato por el vendedor, si la adquisición de bienes que reemplacen a los del contrato resulta conforme a los usos y es razonablemente posible. En este caso el contrato será rescindido de pleno derecho a partir de la fecha en que dicha adquisición se hubiera podido efectuar*». En este sentido, afirma LANDO, O., que «article 25 of ULIS made an important exception to the rule on specific performance in Article 24. It provided that the buyer is not

El párrafo primero a) del artículo 45 dispone, en una panorámica general, que el comprador ante el incumplimiento por el vendedor de cualquiera de sus

entitled to require specific performance of the contract by the seller, if it would be in conformity with usage and reasonably possible for the buyer to purchase goods to replace those to which the contract related», «Commentary Art. 28»..., *op. cit.*, p. 233.

En la misma línea seguida por el art. 24, los arts. 41 –para el supuesto de disconformidad del comprador con las mercaderías entregadas por el vendedor– y 55 –para el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones no establecidas en los artículos 20 a 53–, sitúan en un mismo plano los remedios ejercitables ante el derecho lesionado.

Por lo que respecta a las obligaciones del comprador, fundamentalmente son dos: el pago del precio (arts. 57 a 60) y la recepción de las mercaderías (arts. 65 a 68). La ausencia del pago conlleva, como regla general, que «*el vendedor tiene derecho de exigirle el cumplimiento de su obligación*» (art. 61.1). Si bien tal exigibilidad del precio al comprador no podrá ejercitarse por el vendedor cuando fuera razonablemente posible y de conformidad con los usos revender los bienes o las mercancías. Excepción al derecho al cumplimiento que se articula de forma similar a la establecida en el art. 25 para el comprador. De producirse la reventa u operación de reemplazo en las condiciones establecidas, el primitivo contrato se resuelve, pudiendo exigirse el vendedor al comprador incumplidor la reparación de los daños y perjuicios irrogados (art. 61.2). Por último, el art. 70 establece los remedios que puede ejercitar la parte vendedora ante el incumplimiento del comprador de otras obligaciones diferentes del pago del precio y de la recepción de las mercancías. Tales obligaciones se encuentran reguladas en el artículo 69, que supone una especie de cajón de sastre similar al art. 54. Art. 70 de la ULIS «*1. Si el comprador no cumple con cualquiera obligación, salvo las señaladas en las secciones I y II de este capítulo, el vendedor puede: a) Si el incumplimiento constituye una transgresión esencial del contrato, declarar la resolución de éste siempre que lo haga dentro de un plazo breve, y demandar indemnización de daños y perjuicios en los términos de los artículos 84 a 87, o bien, b) En cualquier otro caso, demandar daños y perjuicios en los términos del artículo 82. 2. El vendedor puede también exigir al comprador el cumplimiento de su obligación, a menos que el contrato se resuelva*».

Junto a las dos excepciones a la exigencia de cumplimiento del contrato reguladas por los arts. 25 y 61.2, existe una de gran importancia en el art. 16 que dispone que «*cuando de acuerdo con las estipulaciones de la presente Ley una de las partes contratantes tiene el derecho de exigir a la otra el cumplimiento de una obligación, el tribunal no estará obligado a resolver la ejecución en especie, o hacer ejecutar una resolución que resuelva la ejecución en especie si no es de conformidad con las disposiciones del artículo VII de la Convención de 1 de julio de 1964 relativa a la Ley uniforme sobre la Venta Internacional de Mercaderías*».

A su vez, el art. VII citado establece que «*1. Cuando de acuerdo con las estipulaciones de la Ley uniforme, una parte de un contrato de venta tenga derecho a exigir el cumplimiento de cualquier obligación de la otra parte, un tribunal no estará obligado a emitir o ejecutar una decisión sobre el cumplimiento específico, salvo en los casos en que tuviera que hacerlo de acuerdo a su propia Ley y respecto a contratos semejantes de venta que no estuvieran regulados por la Ley uniforme. 2. Las disposiciones del inciso 1 de este artículo no afectarán las obligaciones del país Contratante que deriven de cualquier Convención celebrada o que se celebre y que se refiera al reconocimiento y ejecución de sentencias, laudos y otras resoluciones formales que tengan la misma fuerza*».

Del tenor de los preceptos anteriores deriva una importante limitación al ejercicio de la exigencia del cumplimiento, puesto que si bien la ULIS recoge en líneas generales como un medio más de defensa del crédito exigir el cumplimiento, en última instancia será la *lex fori* la que determine su efectividad o no. Téngase en cuenta que los tribunales de los países de *Civil Law* sí se encuentran autorizados para exigir el cumplimiento y su Derecho procesal se haya adecuado a dar efectividad al mismo; por el contrario, los tribunales de los países de *Common Law* no se encuentran autorizados para ordenar dicho cumplimiento y por tanto su Derecho procesal no contempla las normas concretas para hacer efectivo el mismo, y sólo residualmente y de forma principal cuando se trate de obligaciones incumplidas de carácter pecuniario o por razones de equidad, pueden ordenar tal cumplimiento. La norma contemplada en los artículos anteriores es tributaria de una solución de compromiso entre los dos sistemas jurídicos, pero no responde a una finalidad puramente unificadora, ya que su contenido obedece más bien al de una norma de conflicto que al de una norma estándar para todos los países. Con la expresión «*no estará obligado*» se evita imponer –que no estén obligados no

obligaciones podrá ejercitar los derechos dispuestos en los artículos 46 a 52,¹⁵² y ello ha sido duramente criticado por la doctrina más autorizada, por dos motivos: su falta de exhaustividad al omitir toda referencia a los artículos 71 y siguientes relativos a las acciones y derechos ante el incumplimiento de las obligaciones surgidas de los contratos con entregas sucesivas de mercaderías¹⁵³; y la exigencia del resarcimiento de los daños y perjuicios de conformidad con los preceptos 74 a 77¹⁵⁴ [párrafo primero b) del artículo 45]¹⁵⁵. Por último, el párrafo segundo del artículo 45 dispone la plena compatibilidad de

significa que no puedan exigir el cumplimiento— a los tribunales del *Common Law* la adopción de soluciones diferentes a las que dictarían en relación a contratos de venta semejantes en el ámbito doméstico. HONNOLD, J.O., indica que «the 1964 Convention was clearly understood to invoke the rules on specific performance of the forum. The 1956 Draft, on which this action at the 1964 Conference was based, provided (Art.27) that the buyer's right to specific performance depended on whether this was "possible and permitted by the municipal law of the Court in which the action is brought." Article 72 used similar language with respect to price recovery by the seller. The Special commission that prepared this draft, in responding to comments by governments, emphasized that the draft referred to –lex fori– the rules in force in the country "where performance is sought."», *Uniform Law...*, *op. cit.*, p. 224. Sobre la *lex fori* como límite a la exigibilidad del cumplimiento, *vid.*, entre otros, LANDO, O., «Commentary Art. 28»..., *op. cit.*, pp. 232 y 233.

Debe tenerse en cuenta que si bien el art. 16 y el inciso primero del art. VII no obligan a los tribunales a ordenar el cumplimiento, concediéndoles una libertad que no es absoluta, porque el inciso segundo deja a salvo lo que pudieran disponer Convenciones ya realizadas o que se pudieran celebrar en el futuro en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias, laudos y otras resoluciones que tengan la misma fuerza. LANDO, O., afirma que el «article 16 of ULIS and Article VII (1) of the Convention relating to ULIS gave the court the freedom not to enforce a (foreign) judgement for specific performance. This freedom was curtailed by Article VII (2) of that Convention which provided that Article VII (1) should not affect the obligations of a Contracting State resulting from any convention concerning the recognition and enforcement of judgments. Article 28 of the present Convention does not raise the issue of enforcement of foreign judgments. It only concerns the freedom of the courts not to enter a judgment for specific performance», «Commentary Art. 28»..., *op. cit.*, p. 238.

¹⁵² Los arts. 46 sobre la exigencia de cumplimiento, 47, 48 y 49 en relación a la resolución del contrato, 50 acerca de la reducción del precio, 51 relativo a los derechos y acciones aplicables sólo a una parte de las mercaderías, y por último, el art. 52 referente a las entregas anticipadas o excesivas en cantidad.

¹⁵³ *Vid.*, por todos: CALVO CARAVACA, A.L., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., «Capítulo II. El contrato de compraventa internacional de mercancías», en AA. VV., *Contratos Internacionales*, (directores Alfonso L. Calvo Caravaca y Luis Fernández de la Gándara, coord. Pilar Blanco-Morales Limones), Tecnos, Madrid, 1997, p. 279; LÓPEZ y LÓPEZ, A.M., «Comentario a los artículos 45...», *op. cit.*, p. 407 y WILL, M., «Commentary Art. 45», en AA. VV., *Commentary on the International Sales Law*, The 1980 Vienna Sales Convention, (By C. M. Bianca y M. J. Bonell, coord. by M. J. Bonell), Giuffrè, Milán, 1987, p. 330.

¹⁵⁴ *Vid.*, las clasificaciones de los remedios realizadas por ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., *Derecho Mercantil...*, *op. cit.*, p. 197, en función de su carácter común o específicas de comprador y vendedor; y de GARRO, A.M., ZUPPI, A.L., en función de la finalidad perseguida por los mismos, *Compraventa internacional de mercaderías*, Ediciones La Roca, Buenos Aires, 1990, p. 232.

¹⁵⁵ Los dos párrs. citados del art. 45, si bien tienen una función diferente, uno, declarativo de los medios de tutela ejercitables, y otro, constitutivo de la indemnización de los daños y perjuicios, al establecer la base legal de su exigencia, sitúan a los remedios en un mismo plano, en una misma posición, sin conceder preferencia a unos sobre otros. Como señalan ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P. «no existe en la Convención una jerarquía entre las distintas acciones que se pueden solicitar por incumplimiento», *Derecho Mercantil...*, *op. cit.*, p. 198. De lo anterior deriva que la CISG no conceda en línea de principio y con carácter general una posición privilegiada a unos remedios sobre otros. Si bien existen, además de ciertas limitaciones, determinadas ventajas o desventajas que deberán ser tenidas en

la indemnización de los daños y perjuicios con cualquier otro remedio que la parte compradora pueda ejercitar ante el incumplimiento¹⁵⁶. La posición del remedio resarcitorio dentro del sistema de responsabilidad contractual diseñado por la CISG, resulta cuando menos peculiar. Por un lado, se podría instar de forma alternativa en determinados supuestos, cuando por cualquier circunstancia no se pueda ejercitar otro remedio; por otro lado, se puede ejercitar de forma cumulativa con todos al no ser incompatible con ninguno. De su ejercicio, alternativo o cumulativo, también se deriva que no sea una acción ni subsidiaria ni tampoco privilegiada. Si bien debe tomarse en consideración, que en unos casos por razones de política económica (acudir al mercado para adquirir mercancías similares en parecidos términos económicos a los pactados, para evitar los perjuicios de un cumplimiento tardío o forzado del que se niega a cumplir), y en otros, por las limitaciones propias de los demás remedios, hacen aconsejable en la práctica acudir como remedio principal a la indemnización de los daños y perjuicios¹⁵⁷. El artículo 61 dispone las acciones y derechos que puede ejercitar el vendedor por el incumplimiento del comprador. El vendedor podrá ejercitar los derechos establecidos en los artículos 62 a 65: la pretensión de cumplimiento, la resolución del contrato y la realización de la especificación que correspondía al comprador (párrafo primero a) y el resarcimiento de los daños y perjuicios de conformidad a los artículos 74 a 77 (párrafo primero a) del artículo 61). Igualmente se contempla la compatibilidad del remedio indemnizatorio con los demás (párrafo segundo del artículo 61).

No obstante tener a priori las partes libertad de elección, y siempre en el entendimiento de que se cumplan los requisitos particulares de cada remedio, resulta preciso descender a la regulación concreta del *specific performance* para apreciar su operatividad práctica. A la regulación del cumplimiento específico se dedican en la CISG, el artículo 46 para su ejercicio por el comprador

consideración por la parte que las ejercite en orden a elegir, en la medida de lo posible, la acción que mejor se adecue a sus necesidades.

¹⁵⁶ Sobre la acumulación o compatibilidad de la pretensión indemnizatoria con cualquier otro remedio en la línea seguida por el *Code français* y por el *Common Law*, *vid.*, entre otros: HUBER, U., «Commentary Art. 45», en AA.VV., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Second Edition (in translation), (Edited by Peter Schlechtriem Translates by Geoffrey Thomas), Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 356; LÓPEZ y LÓPEZ, A.M., «Comentario a los artículos 45...», *op. cit.*, pp. 410 y 411; WILL, M., «Commentary Art. 45», *op. cit.*, p. 331. La compatibilidad de la pretensión indemnizatoria con los demás remedios no es una cuestión ausente de discrepancias en muchos de los Ordenamientos nacionales. En nuestro Derecho la cuestión se ha suscitado en torno al interés, positivo o negativo, que debe ser protegido por la indemnización de los daños cuando concurre con la resolución del contrato, *vid.*, al respecto, Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., «Comentario a los artículos 61...», *op. cit.*, p. 495.

¹⁵⁷ En relación a la posición de la indemnización de los daños y perjuicios en la CISG, *vid.*, las interesantes reflexiones de ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., *Derecho Mercantil...*, *op. cit.*, pp. 198 y 199.

y el 62 para el vendedor, teniendo vital importancia lo dispuesto por el artículo 28, que concede un papel fundamental a los tribunales nacionales en orden a la obligatoriedad o no de imponer el cumplimiento específico a las controversias que se les sometan, estableciendo el ámbito de aplicación territorial de la pretensión de cumplimiento en función de lo establecido por la *lex fori*.

El artículo 46 en su párrafo primero consagra el principio general de que el comprador que sufre el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que incumben al vendedor podrá exigir el cumplimiento específico. Exigencia que, además de ser fiel reflejo del principio adoptado por los países de tradición continental, se encuentra inspirada por un lado, en garantizar la conservación del contrato, que es regla general de política legislativa que impregna todo el sistema responsabilidad contractual en la CISG¹⁵⁸. Lo último que desearían los redactores del texto vienes serían las graves consecuencias desfavorables que pudieran derivarse de la resolución del contrato. De otro lado, ante el incumplimiento, ningún otro remedio satisfaría más a la parte defraudada que obtener aquello que pactó en el contrato. De la regla general deriva que ante el incumplimiento de cualquier obligación, ya sea principal o subsidiaria, el comprador podrá exigir la entrega de las mercaderías; facultad de cumplimiento a la que se le confiere carácter alternativo respecto a otros medios de defensa del crédito lesionado, como la reducción del precio y la resolución del contrato¹⁵⁹. A continuación de la regla general de cumplimiento específico, se regulan en los párrafos segundo y tercero¹⁶⁰, como se-

¹⁵⁸ El antecedente más próximo al art. 46 CISG se encuentra en el art. 42 del Proyecto de la Convención de 1978, cuyos párrs. primero y segundo son idénticos a los de aquél. El párr. tercero del art. 46, referente a la facultad de subsanación de las mercancías defectuosas fue añadido en la Conferencia Diplomática que aprobó la CISG.

¹⁵⁹ «En el párrafo 1) se reconoce que, después del incumplimiento de una obligación por el vendedor, la principal preocupación del comprador suele ser que el vendedor cumpla el contrato en la forma en que prometió originalmente», Comentarios sobre el artículo 42 del Proyecto de Convención de la Secretaría.

¹⁶⁰ Expuesta ya la regla general del párrafo primero del artículo 46, los párrafos segundo y tercero, teniendo como presupuesto la entrega de mercancías no conformes al contrato, regulan dos modalidades específicas de exigencia del cumplimiento: la de entrega de otras mercancías en sustitución de las defectuosas, y la subsanación o reparación de los defectos.

El párr. segundo establece que «si las mercaderías no fueran conformes al contrato, el comprador podrá exigir la entrega de otras mercaderías en sustitución de aquellas, sólo si la falta de conformidad constituye un incumplimiento esencial del contrato y la petición de sustitución de las mercaderías se formula al hacer la comunicación a que se refiere el artículo 39 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento». Esta específica modalidad de exigencia de cumplimiento, parte del supuesto de hecho de que la falta de conformidad de las mercancías entregadas constituya un incumplimiento esencial del contrato. Por tanto, la simple disconformidad de las mercancías entregadas en relación con las pactadas en el contrato, no otorgará a la parte compradora el derecho a solicitar el cumplimiento específico, sino que tal disconformidad deberá estar acompañada por el carácter esencial definido por el art. 25. La ratio del párr. obedece al deseo de los redactores del texto vienes de huir de los graves perjuicios, cargas y gastos que conllevarían para el vendedor la obligación de sustituir unas mercancías levemente disconformes con las

pactadas en relación al perjuicio irrogado al comprador. En última instancia, nos situamos ante un principio de proporcionalidad del reproche al vendedor en relación con su incumplimiento. La exigencia de mercaderías de sustitución se configura como una alternativa a la solicitud de resolución del contrato. El comprador puede optar entre la resolución o la entrega de nuevas mercaderías; solución ésta última que, aun pudiendo ser costosa para el vendedor, responde al principio de conservación del contrato. Sobre el derecho a exigir mercaderías de sustitución por el comprador, *vid.*, entre otros: CALVO CARAVACA, A.L., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., «Capítulo II. El contrato de...», *op. cit.*, p. 282; HONNOLD, J.O., *Uniform Law...*, *op. cit.*, pp. 306 y 307; HUBER, U., «Commentary Art. 45...», *op. cit.*, pp. 361 a 364; ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., *Derecho Mercantil...*, *op. cit.*, pp. 200 y 201; LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., «Comentario a los artículos 45...», *op. cit.*, p. 418; SAN JUAN CRUCELAEGUI, J., *Contrato de...*, *op. cit.*, pp. 222 y 223; VÁZQUEZ LEPINETTE, T., *Compraventa internacional de Mercaderías. Una Visión Jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 220. Del tenor literal del párrafo segundo deriva una importante diferencia en relación con la exigencia de mercaderías sustitutivas en la ULIS. El artículo 42 del texto de La Haya, ante la presencia de mercaderías no conformes establece que «1. El comprador puede exigir del vendedor el cumplimiento del contrato: a) Si la venta se refiere a cosas que deben ser producidas o manufacturadas por el vendedor, mediante la reparación de ellas, siempre que el vendedor esté en posibilidad de efectuar dicha reparación. b) Si la venta se refiere a un cuerpo cierto, mediante la entrega de la cosa prevista en el contrato o de la parte de ella que falte. c) Si la venta se refiere a cosas genéricas, mediante la entrega de otras cosas que sean conformes al contrato o mediante la entrega de la parte o de la cantidad faltantes, a menos que la compra de cosas en sustitución sea razonable posible y esté conforme a los usos. 2. Si el comprador no obtiene, dentro de un plazo razonable, el cumplimiento del contrato, conserva los derechos mencionados en los artículos 43 a 46». No condiciona, a diferencia del párr. segundo del art. 46 de la CISG, el derecho a solicitar la sustitución de las mercaderías defectuosas a que constituya un incumplimiento esencial. Condición o limitación que sí han establecido los redactores del texto vienesés al tomar conciencia de que lo contrario podría conllevar la exigencia de nuevas mercaderías ante defectos no sustanciales o menores.

El párr. tercero dispone que «si las mercaderías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigir al vendedor que las repare para subsanar la falta de conformidad, a menos que esto no sea razonable, habida cuenta de todas las circunstancias. La petición de que se reparen las mercaderías deberá formularse al hacer la comunicación a que se refiere el artículo 39 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento». Se consagra así el derecho del comprador a la reparación de las mercaderías defectuosas, con mayor coherencia y solidez respecto a la sustitución de mercaderías defectuosas; máxime si el vendedor dispone de servicios técnicos o si la reparación sólo implica la subsanación de una pieza defectuosa por otra y en mayor sintonía con la economía jurídica que impregna a la CISG. En el art. 42 del Proyecto de la Convención, antecedente más próximo al actual art. 46 CISG, no se contemplaba la posibilidad de reparar las mercaderías defectuosas. Fue en la propia Conferencia Diplomática, donde se tomó conciencia de los gastos desproporcionados que se podrían causar al vendedor ante la solicitud por el comprador de la sustitución de mercaderías con defectos sin excesiva importancia, por lo que se optó, incluyendo el párr. tercero, por la obligación de reparar los defectos como un mal menor. De la literalidad del párr., se observa que dos son las notas características de la obligación de reparar: su exigencia no se haya condicionada por la esencialidad del incumplimiento, pero sí a un juicio de razonabilidad en atención a las circunstancias concurrentes. El juicio de razonabilidad tiene una función limitadora de la exigencia de reparación del comprador, pudiendo éste reparar los defectos cuando resulte más fácil y menos costoso para el vendedor; por ejemplo, en el supuesto de que no disponga de servicios técnicos en el lugar donde se hubieran entregado las mercaderías, exigiendo al vendedor una compensación económica por los gastos realizados. Sobre el derecho a la reparación de las mercaderías defectuosas, *vid.*, entre otros: CALVO CARAVACA, A.L., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., «Capítulo II. El contrato de...», *op. cit.*, pp. 282 y 283; HONNOLD, J.O., *Uniform Law...*, *op. cit.*, pp. 306 y 307; ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., *Derecho Mercantil...*, *op. cit.*, pp. 200 y 201; LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., «Comentario a los artículos 45...», *op. cit.*, p. 421; SAN JUAN CRUCELAEGUI, J., *Contrato de...*, *op. cit.*, p. 223; VÁZQUEZ LEPINETTE, T., *Compraventa internacional...*, *op. cit.*, pp. 220 y 221.

La parte final de los párrs. segundo y tercero concluye estableciendo un límite temporal para comunicar la disconformidad con las mercaderías entregadas. La petición de sustitución o de subsanación, según los casos «se formula al hacer la comunicación a que se refiere el artículo 39 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento». El comprador tiene dos vías para pedir la sustitución o la reparación.

ñala López y López¹⁶¹, dos modalidades concretas de cumplimiento específico, la exigencia de sustitución de las mercancías defectuosas, siempre que tales defectos constituyan un incumplimiento esencial, y la reparación de los defectos que no quebranten esencialmente el contrato¹⁶². Del tenor conjunto de todo el artículo 46, se colige que el comprador frustrado podrá exigir del vendedor la entrega de las mercancías cuando ninguna hubiera recibido y la sustitución o reparación de las entregadas que sean defectuosas, así como el cumplimiento de cualquiera otra obligación que no se haya cumplido. La ubicación de la regulación del cumplimiento in natura encabezando el elenco de remedios que puede ejercitar el comprador frente al vendedor, a lo que cabría añadir la satisfacción que obtendría la parte perjudicada por el cumplimiento en los estrictos términos pactados en el contrato¹⁶³, podría conducir al error,

La regulada en el art. 39 «1) El comprador perderá el derecho a invocar la falta de conformidad de las mercaderías si no lo comunica al vendedor, especificando su naturaleza, dentro de un plazo razonable a partir del momento en que la haya o debiera haberla descubierto. 2) En todo caso, el comprador perderá el derecho a invocar la falta de conformidad de las mercaderías si no lo comunica al vendedor en un plazo máximo de dos años contados desde la fecha en que las mercaderías se pusieron efectivamente en poder del comprador, a menos que ese plazo sea incompatible con un período de garantía contractual». Y cuenta, igualmente, con un plazo razonable desde que se comunicó la falta de conformidad. El art. 39 sólo impone al comprador la puesta en conocimiento al vendedor que las mercaderías no son conformes; pudiendo aquél optar libremente por comunicar también el remedio al que va a acudir, o dejando dicha elección para un momento posterior; pero siempre dentro de un plazo razonable a contar desde la comunicación de la disconformidad. Acerca de la denuncia de la falta de conformidad, *vid.*, entre otros: CALVO CARAVACA, A.L., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., «Capítulo II. El contrato de...», *op. cit.*, pp. 281 y 282; MORALES MORENO, A.M., «Comentario al artículo 39 de la CISG», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías*. Comentario de la Convención de Viena, (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, pp. 335 a 347.

Sobre la interpretación que nuestros Tribunales han realizado del art. 39 de la CISG, sobre la razonabilidad del plazo de comunicación de la disconformidad de las mercaderías, *vid.*, por todas las sentencias: de 12 de septiembre de 2001 de la AP de Barcelona (Sección 4.ª), ponente D.ª Mercedes Hernández Ruiz-Olalde (RJ 2001, 314179); de 21 de junio de 2002 de la AP de La Coruña (Sección 6.ª), ponente D.ª M.ª del Carmen Vilariño López (RJ 2002, 251629); y de 3 de octubre de 2002 de la AP de Pontevedra (Sección 6.ª), ponente D.ª Magdalena Fernández Soto (RJ 2002, 1851).

¹⁶¹ LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., «Comentario a los artículos 45...», *op. cit.*, p. 415.

¹⁶² Sobre una detallada disección del art. 46, *vid.*, entre otros: CALVO CARAVACA, A.L., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., «Capítulo II. El contrato de...», *op. cit.*, pp. 280 a 283; GARRO, A.M., ZUPPI, A.L., *Compraventa internacional...*, *op. cit.*, pp. 182 a 187; HONNOLD, J.O., *Uniform Law...*, *op. cit.*, pp. 279 a 286; ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., *Derecho Mercantil...*, *op. cit.*, pp. 199 a 201; LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., «Comentario a los artículos 45...», *op. cit.*, pp. 415 a 423; SAN JUAN CRUCELAEGUL, J., *Contrato de...*, *op. cit.*, pp. 221 a 223; VÁZQUEZ LEPINETTE, T., *Compraventa internacional...*, *op. cit.*, pp. 218 a 221.

¹⁶³ Con relación a los fines a los que sirve la exigencia de cumplimiento del art. 46, así como sus ventajas y riesgos, indican CALVO CARAVACA, A.L., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., que «pese al riesgo de abusos que entraña, dada la posibilidad de que el comprador haga un uso indebido de ella (exigiendo p. ej. al vendedor la ejecución forzosa de una obligación de entregar mercancías, que han dejado ya de fabricarse), ofrece indudables ventajas sobre todo en supuestos de suministro en exclusiva –en los que la interrupción del contrato puede acarrear consecuencias perjudiciales– o cuando el objeto vendido tiene el carácter de único o exige una fabricación especial», «Capítulo II. El contrato de...», *op. cit.*, p. 281; *vid.*, también VÁZQUEZ LEPINETTE, T., *Compraventa internacional...*, *op. cit.*, p. 219.

como indican Illescas Ortiz y Perales Viscasillas, de considerar que el cumplimiento forzoso es un remedio privilegiado; apariencia que pronto aparece desvirtuada ante los presupuestos y límites a los que se encuentra condicionado su ejercicio¹⁶⁴.

Una importante diferencia del ejercicio de la pretensión de cumplimiento en la CISG se encuentra en la ausencia de un artículo parecido al 25 de la ULIS «*el comprador no tiene derecho a exigir la ejecución del contrato por el vendedor, si la adquisición de bienes que reemplacen a los del contrato resulta conforme a los usos y es razonablemente posible. En este caso el contrato será rescindido de pleno derecho a partir de la fecha en que dicha adquisición se hubiera podido efectuar*». El carácter condicionado y subsidiario de la pretensión de cumplimiento a una operación de reemplazo de los bienes fue suprimido en la CISG¹⁶⁵. Lo contrario podría conllevar, como indica López y López, a «suprimir la sanción del incumplimiento en la práctica y animaría al vendedor a tomar, tal vez, demasiado ligeramente sus obligaciones»¹⁶⁶.

En la parte final del artículo 46.1 se encuentra una limitación a la pretensión de cumplimiento; tal es que se «*haya ejercitado un derecho o acción incompatible con esa exigencia*». Si bien la pretensión de cumplimiento no se halla subordinada en su ejercicio a la posibilidad de ejercer un negocio sustitutivo, si lo está, «*al no ejercicio de un derecho o acción incompatible con aquélla*»¹⁶⁷. Respecto al ejercicio de la pretensión de cumplimiento, debe subrayarse la plena compatibilidad de la misma con el resarcimiento de los daños y perjuicios (artículo 45.2), teniéndose en cuenta que la cuantía de la indemnización de los mismos será aminorada de concurrir con el cumplimiento. El primer y fundamental efecto que deriva del ejercicio del remedio resolutivo-

¹⁶⁴ ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., *Derecho Mercantil...*, *op. cit.*, pp. 199 y 200.

¹⁶⁵ El presupuesto básico desencadenante del remedio de la pretensión de cumplimiento, como de todos los remedios que configuran el sistema de responsabilidad contractual, es el incumplimiento. El tenor literal del párr. primero se refiere al incumplimiento de cualquiera de las obligaciones del vendedor; obligaciones que se extienden desde la producción de las mercancías hasta la entrega de los documentos (art. 34).

¹⁶⁶ LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., «Comentario a los artículos 45...», *op. cit.*, p. 415. *Vid.*, también para el ejercicio de la pretensión de cumplimiento por el vendedor, LANDO, O., «El derecho contractual...», *op. cit.*, p. 11. El presupuesto básico desencadenante del remedio de la pretensión de cumplimiento, como de todos los remedios que configuran el sistema de responsabilidad contractual, es el incumplimiento. El tenor literal del párrafo primero se refiere al incumplimiento de cualquiera de las obligaciones del vendedor; obligaciones que se extienden desde la producción de las mercancías hasta la entrega de los documentos (artículo 34).

¹⁶⁷ CALVO CARAVACA, A.L., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., «Capítulo II. El contrato de...», *op. cit.*, p. 282. Sobre el límite de la incompatibilidad de la pretensión de cumplimiento con otros remedios, *vid.*, entre otros: HONNOLD, J.O., *Uniform Law...*, *op. cit.*, pp. 306 y 307; ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., *Derecho Mercantil...*, *op. cit.*, p. 200; LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., «Comentario a los artículos 45...», *op. cit.*, p. 417.

rio es, según el párrafo primero del artículo 81, que se «*liberará a las dos partes de sus obligaciones, salvo a la indemnización de daños y perjuicios que pueda ser debida*»¹⁶⁸. Cuestión diferente es que «*fallida la pretensión de cumplimiento, quedan abiertos los caminos de toda posible acción o derecho, sin limitación alguna*»¹⁶⁹. Otro de los remedios que se manifiesta incompatible con la pretensión de cumplimiento es la reducción del precio regulada en el artículo 50 CISG. Parece más idóneo solicitar tal reducción cuando la cuantía o la calidad de las mercancías no coincidan con las pactadas.

Hasta aquí se ha venido tratando lo que podría denominarse el Derecho sustantivo de la regulación del cumplimiento específico en la CISG, que tiene como regla general brindar tanto al comprador como al vendedor la facultad de exigir el cumplimiento de las obligaciones incumplidas por la contraparte. Lo deseado sería que, cumplidas las exigencias establecidas por el texto vienes para solicitar el cumplimiento, la parte incumplidora lo realizara voluntariamente ante el requerimiento por la parte acreedora. Este cumplimiento voluntario puede que no se produzca, por lo que la parte que lo demanda no tendrá otra solución que acudir a los tribunales para hacer efectiva la satisfacción del contrato incumplido. Precisamente es en este punto, donde mayores dificultades presenta la regulación del cumplimiento específico en la CISG. Tales dificultades se han intentado limar con la regla establecida en el artículo 28¹⁷⁰.

El artículo 28 dispone que «*si conforme a lo dispuesto en la presente Convención, una parte tiene derecho a exigir de la otra el cumplimiento de una obligación, el Tribunal no estará obligado a ordenar el cumplimiento específico a menos que lo hiciera, en virtud de su propio derecho, respecto de contratos de compraventa similares no regidos por la presente Convención*». Establece uno de los principales límites al ejercicio de la pretensión de cumplimiento configurando el que podría denominarse Derecho procesal de la exigencia de cumplimiento. Limita el ámbito de aplicación territorial de la pretensión de cumplimiento en función de lo establecido por la *lex fori*¹⁷¹. La regla

¹⁶⁸ En relación a la incompatibilidad entre el cumplimiento específico y la resolución del contrato, indica HONNOLD, J.O., que «the basic inconsistency between these remedies is made explicit in Article 81, infra at &439; Avoidance “releases both parties from their obligations under [the contract] subject to any damages that may be due”», *Uniform Law...*, *op. cit.*, pp. 306 y 307.

¹⁶⁹ LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., «Comentario a los artículos 45...», *op. cit.*, pp. 418 a 421.

¹⁷⁰ TALLON, D., crítica la solución adoptada por el art. 28 de la CISG afirmando que «celle qu’offrait l’article 28 de la Convention sur la vente internationale de marchandises (CVIM) a semblé trop timorée, puisqu’elle aboutit à un refus d’unification. Le compromis qui fut trouvé fait rentrer dans le rang les dommages-intérêts, qui n’occupent pas une position privilégiée», «Les dommages-intérêts...», *op. cit.*, pp. 300 y 301.

¹⁷¹ Acerca de la limitación a la eficacia de la pretensión de cumplimiento impuesta por la *lex fori*, *vid.*, con carácter general, entre otros: CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «Comentario al artículo 28...»,

contenida en el artículo 28 de la CISG¹⁷² coincide con lo dispuesto por los artículos 16 de la ULIS y VII.1 de la Convención de La Haya¹⁷³ y 26 del Proyecto de Convención de 1978¹⁷⁴, que son sus antecedentes más cercanos¹⁷⁵.

Por tanto, establecida la regla general del derecho al cumplimiento de comprador y vendedor, y cumplidos los requisitos que exige su puesta en funcionamiento, el artículo 28 limita, sólo para el remedio de la exigencia de cumplimiento –puesto que los demás remedios no se hallan sujetos a tal restricción–, su efectividad a lo dispuesto por la *lex fori*, haciendo que puedan prevalecer, en relación a la exigencia coactiva del cumplimiento específico, las reglas contenidas en los diferentes Derechos nacionales sobre lo dispuesto por la propia CISG. El mandato contenido en el artículo 28 va dirigido al órgano juzgador y, por tanto, a su Derecho nacional, que según su tenor literal «*no estará obligado*» a ordenar el cumplimiento específico, salvo que lo hiciera de

op. cit., pp. 229 a 234; HUBER, U., «Commentary Art. 28», en AA. VV., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Second Edition (in translation), (Edited by Peter Schlechtriem Translates by Geoffrey Thomas), Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 198 a 209; ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., *Derecho Mercantil...*, *op. cit.*, pp. 201 a 204; LANDO, O., «Commentary Art. 28», *op. cit.*, pp. 232 a 239 y «El derecho contractual...», *op. cit.*, p. 12; MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., «Mecanismos de protección...», *op. cit.*, p. 460; PALAZÓN GARRIDO, M.L., «Importancia de la...», *op. cit.*, p. 304; SAN JUAN CRUCELAEGUI, J., *Contrato de...*, *op. cit.*, p. 221; HONNOLD, J.O., *Uniform Law...*, *op. cit.*, pp. 223 a 228 y 305 y 306; ZIMMERMANN, R., *Estudios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 127.

¹⁷² En relación a los antecedentes del art. 28 de la CISG, *vid.*, entre otros, LANDO, O., «Commentary Art. 28», *op. cit.*, pp. 232 a 237.

¹⁷³ Sobre la no inclusión en el art. 28 de la CISG de una disposición similar a la del art. VII.2 de la Convención de La Haya «2. *Las disposiciones del inciso 1 de este artículo no afectarán las obligaciones del país Contratante que deriven de cualquier Convención celebrada o que se celebre y que se refiera al reconocimiento y ejecución de sentencias, laudos y otras resoluciones formales que tengan la misma fuerza*». Al respecto ha indicado LANDO, O., que el «Article 16 of ULIS and Article VII(1) of the Convention relating to ULIS gave the court the freedom not to enforce a (foreign) judgment for specific performance. This freedom was curtailed by Article VII (2) of that Convention which provided that Article VII (1) should not affect the obligations of a Contracting State resulting from any convention concerning the recognition and enforcement of judgments. Article 28 of the present Convention does not raise the issue of enforcement of foreign judgments. Its only concerns the freedom of the courts not to enter a judgments for especific performance. Therefore there has been no need for a provision like Article VII (2) of the ULIS Convention», «Commentary Art. 28», *op. cit.*, p. 238.

¹⁷⁴ «*Si conforme a lo dispuesto en la presente Convención, una parte tiene el derecho de exigir de la otra el cumplimiento de cualquier obligación, el tribunal no estará obligado a ordenar la ejecución en especie, a menos que pueda ordenarla, en virtud de su propio derecho, respecto de contratos de compraventa similares no regidos por la presente Convención*».

¹⁷⁵ HONNOLD, J.O., señala que el «article 28 of the 1980 Convention was based on substantially identical provisions in the 1964 Sales Convention. The 1964 Convention was clearly understood to invoke the rules on specific performance of the forum. The 1956 Draft, on which this action at the 1964 Conference was based, provided (Art. 27) that the buyer's right to specific performance depended on whether this was "possible and permitted by the municipal law of the Court in which the action is brouhgt". Article 72 used similar language with respect to price recovery by the seller», *Uniform Law...*, *op. cit.*, p. 224.

conformidad con su propio Derecho en contratos similares de compraventa regulados extramuros de la CISG. Como ha indicado el profesor Honnold, «the phrase “ist not bound” indicates that a court would that would nor “require” performance under its own law is free either to “require” performance or to apply other remedies provided by the Convention»¹⁷⁶. No obstante lo anterior, la no obligatoriedad de exigir el cumplimiento, no debe interpretarse como una exagerada discrecionalidad de los tribunales. El texto vienés está pensando únicamente en los órganos juzgadores de los países en que sólo residualmente se aplica la pretensión de cumplimiento; y por tanto, *a contrario sensu*, los tribunales que sí aplican la pretensión de cumplimiento «*en virtud de su propio derecho, respecto de contratos de compraventa similares no regidos por la presente Convención*» se verán constreñidos a aplicarlo¹⁷⁷. Se concluye pues, que la limitación contenida en el artículo 28 cumple una doble función, estableciendo la obligatoriedad de la exigencia de cumplimiento para los tribunales de unos países, principalmente para los de *Civil Law*, y de discrecionalidad para los tribunales de otros, los de *Common Law*¹⁷⁸. El fundamento del artículo 28 CISG se encuentra en la diferente concepción que se tiene en los países de *Common Law* y de *Civil Law* del cumplimiento específico¹⁷⁹.

¹⁷⁶ HONNOLD, J.O., *Uniform Law...*, *op. cit.*, p. 224. *Vid.*, también, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «Comentario al artículo 28», *op. cit.*, p. 233.

¹⁷⁷ Sobre la obligatoriedad del mandato contenido en el art. 28 de la CISG para los tribunales de los países que sí lo aplican en contratos similares no regidos por la CISG, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., señala que «si el Derecho propio del tribunal ordena el cumplimiento específico respecto de contratos de compraventa similares no regidos por la presente Convención, al mismo habrá de atender obligatoriamente el tribunal», «Comentario al artículo 28», *op. cit.*, p. 233; ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., «en cuanto al significado de esta disposición, ésta obliga al tribunal a que ordene el cumplimiento específico cuando así lo haría en circunstancias similares aplicando su propio derecho interno distinto de la Convención, esto es, la ley del foro (excluyendo las normas relativas al conflicto de leyes, por ejemplo el Código de Comercio o el UCC si el tribunal está en España en el primer caso o en Estados Unidos, en el segundo) o la Ley sustantiva del arbitraje, esto es, la ley del país en la cual el tribunal arbitral se ha constituido y desarrolla el procedimiento», *Derecho Mercantil...*, *op. cit.*, p. 202. *Vid.*, también, HUBER, U., «Commentary Art. 28», *op. cit.*, p. 205.

¹⁷⁸ LANDO, O., afirma que el «article 28 gives the court the power to refuse a decree for specific performance if under its own law it would not render such a decree in respect of similar contracts of sale. However, the courts is not bound to do so. Nothing prevents it from entering a judgment for specific performance in cases in which formerly it refused to do so. Recent case law in England supports the view that specific performance may be granted in domestic requirement contracts although the goods are neither specific nor ascertained (see *Sky petroleum Ltd v. V. S. P. petroleum Ltd.* (1974) 1 Weekly Law Reports, 576). The common law courts would not be prevented from going even further in international contract cases than they have gone in domestic contract cases», «Commentary Art. 28», *op. cit.*, p. 237.

¹⁷⁹ Sobre la diferente configuración del cumplimiento específico en los sistemas de *Civil Law* y de *Common Law* como fundamento del art. 28 de la CISG, *vid.*, entre otros: CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «Comentario al artículo 28», *op. cit.*, pp. 231 a 233; HONNOLD, J.O., *Uniform Law...*,

Ante tal panorama¹⁸⁰, la CISG optó por una solución de compromiso, intermedia entre la del *Civil Law* y la del *Common Law*¹⁸¹. Como regla general se admite la posibilidad de acudir al cumplimiento específico (artículos 46 y 62 CISG), que es fiel reflejo de la postura adoptada por los sistemas de *Civil Law*, ampliando el ámbito de aplicación de la *specific performance* en relación con los países del *Common Law*. No obstante, el texto vienés no es insensible al criterio seguido por los tribunales del *Common Law*, por lo que exceptúan la regla general de exigencia del cumplimiento, no obligando a los tribunales a que apliquen el cumplimiento forzoso cuando no lo harían de conformidad con su *domestic law* en supuestos de compraventa similares no regulados por la CISG (artículo 28). Excepción que, tributaria del principio en el que se inspiran los países de *Common Law*, posibilita «evitar que los tribunales del Common Law estén constreñidos a ordenar el cumplimiento específico en los casos en que no lo hacen normalmente... Se facilita la postura de los Estados cuyos tribunales consideran el cumplimiento específico como medida excepcional»¹⁸². La excepción establecida por el artículo 28¹⁸³ tiene por objeto, como indica Lando, «preservar la discrecionalidad del tribunal del com-

op. cit., pp. 225 a 228; HUBER, U., «Commentary Art. 28», *op. cit.*, pp. 199 y 200; ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., *Derecho Mercantil...*, *op. cit.*, pp. 201 y 202; LANDO, O., «Commentary Art. 28», *op. cit.*, p. 232; PALAZÓN GARRIDO, M.L., «Importancia de la...», *op. cit.*, pp. 303 y 304; SAN JUAN CRUCELAEGUI, J., *Contrato de...*, *op. cit.*, p. 221.

¹⁸⁰ El ámbito del cumplimiento específico en la CISG fue una de las cuestiones que más discusiones originaron en la elaboración del texto vienés, como ha indicado HONNOLD, J.O., «the scope of the remedy “requiring” (specific) performance was one of the most stubborn issues encountered in the preparation of the uniform rules», *Uniform Law...*, *op. cit.*, p. 218.

¹⁸¹ Acerca del carácter intermedio o de compromiso de la solución adoptada por la CISG, *vid.*, entre otros: CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «Comentario al artículo 28», *op. cit.*, p. 233; HONNOLD, J.O., *Uniform Law...*, *op. cit.*, p. 218; PALAZÓN GARRIDO, M.L., «Importancia de la...», *op. cit.*, p. 304; TALLON, D., «Les dommages-intérêts...», *op. cit.*, pp. 300 y 301; ZIMMERMANN, R., *Estudios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 127.

¹⁸² CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «Comentario al artículo 28», *op. cit.*, p. 233.

¹⁸³ Sobre el art. 28 de la CISG no se ha encontrado ninguna sentencia de los Tribunales españoles. En el compendio de jurisprudencia relativo a la CISG, de la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional, *vid.*, <http://www.uncitral.org>, se cita una sentencia de fecha 7 de diciembre de 1999, de la District Court for the Northern District of Illinois, en los Estados Unidos. Las partes litigantes son Magullan Internacional Corp. V. Salzgitter Hamdel GmbH. Señala dicha sentencia que «hay poca jurisprudencia sobre esta disposición: hasta ahora sólo se conoce un caso. En él, un tribunal dictaminó que cuando la Convención concede a una parte la posibilidad de reclamar un cumplimiento específico, el artículo 28 permite al tribunal considerar la disponibilidad de dicho recurso con arreglo a su propio derecho sustantivo en un caso similar. Si el derecho nacional ofrece también la posibilidad de ordenar el cumplimiento específico en ese caso, no habría conflicto con la Convención ni problema alguno. Pero, si el derecho nacional no permite ordenar el cumplimiento específico, se podrían conceder otras medidas (en la mayoría de los casos, una indemnización por daños y perjuicios). Con todo, en el artículo 28 simplemente se dispone que un tribunal “no estará obligado” a adoptar la solución de su derecho nacional respecto a un cumplimiento específico en el contexto de un compraventa internacional de mercaderías que se rija por la Convención».

mon law»¹⁸⁴. De otro lado, dicha excepción toma en consideración los graves perjuicios y la inseguridad que podría conllevar obligar a un tribunal no habituado a exigir el cumplimiento a que lo haga, pues además de atentar contra los principios fundamentales de su Derecho procesal, no disponen de normas adecuadas para exigir el cumplimiento específico¹⁸⁵.

La solución de compromiso adoptada por la CISG ha sido fuertemente criticada en la doctrina por Lando, al que le resulta innecesaria, puesto que considera más acertado que «los países del “Derecho civil”, hubieran admitido que el cumplimiento específico quedara limitado a aquellas situaciones para las que dicho remedio fuese necesario en la práctica. Los países del common law podían haber aceptado que en tales situaciones el cumplimiento específico fuera un derecho que los tribunales debieran otorgar a la parte perjudicada»¹⁸⁶. A lo anterior, debe añadirse, como ha señalado Tallon, que tal solución resulta demasiado imprecisa, además de conducir a un rechazo de la unificación¹⁸⁷.

Expuesto lo anterior, será en última instancia la parte perjudicada la que tendrá que evaluar las ventajas y desventajas que conllevan inclinarse por el cumplimiento específico o por los demás remedios, especialmente la indemnización de los daños y perjuicios¹⁸⁸. Entre las ventajas de acudir al cumplimiento específico, debe tenerse en cuenta que, por lo menos en teoría, se manifiesta como el remedio que mejor satisfacción produce, puesto que permite al perjudicado obtener aquellas mercancías que le inclinaron a contratar. Como ha indicado Honnold «theoretically, the buyer's position would be improved by forcing the seller to perform the contract»¹⁸⁹. En la práctica resultará más ventajoso acudir al cumplimiento específico cuando la obligación u obligaciones incumplidas tengan por objeto el suministro de mercancías en exclusiva o mercancías únicas o de difícil sustitución¹⁹⁰, además de considerarse que el cum-

¹⁸⁴ LANDO, O., «El derecho contractual...», *op. cit.*, p. 12.

¹⁸⁵ Sobre la influencia del *Common Law* en la elaboración del art. 28 de la CISG, *vid.*, entre otros: CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «Comentario al artículo 28», *op. cit.*, pp. 232 y 233; HUBER, U., «Commentary Art. 28», *op. cit.*, pp. 200 y 201; ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., *Derecho Mercantil...*, *op. cit.*, pp. 202 y 203; LANDO, O., «Commentary Art. 28», *op. cit.*, p. 237.

¹⁸⁶ LANDO, O., «El derecho contractual...», *op. cit.*, p. 12.

¹⁸⁷ TALLON, D., «Les dommages-intérêts...», *op. cit.*, p. 300.

¹⁸⁸ Sobre las ventajas y desventajas de acudir al *specific performance*, *vid.*, entre otros: CALVO CARAVACA, A.L., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., «Capítulo II. El contrato de...», *op. cit.*, p. 281; HONNOLD, J.O., *Uniform Law...*, *op. cit.*, pp. 311 y 312; ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. del P., *Derecho Mercantil...*, *op. cit.*, p. 204.

¹⁸⁹ HONNOLD, J.O., *Uniform Law...*, *op. cit.*, p. 312.

¹⁹⁰ Así, ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., al afirmar que «cuando se trate de mercancías únicas o de mercancías cuyo reemplazo resulte sumamente dificultoso, en cuyo caso el único inconveniente de solicitar el cumplimiento específico es que se ha de acudir a una acción judicial, sin que importen las limitaciones derivadas del artículo 28 CNUCCIM, ya que hasta los

plimiento específico no se encuentra limitado por la aplicación de la exoneración prevista por el artículo 79. Entre las desventajas derivadas de acudir a la pretensión de cumplimiento, deben citarse la lentitud que en la mayoría de los casos conlleva forzar el cumplimiento, que se ve acrecentada cuando las partes en litigio residen en diferentes países, y especialmente, cuando la parte incumplidora se niega a cumplir voluntariamente y ha de acudir a los tribunales. La parte perjudicada, en la mayoría de los casos, prefiere actuar con sentido práctico y comercial acudiendo al mercado para sustituir las mercancías que no le han sido entregadas. Ello es puesto de relieve por Honnold al señalar que «in the infrequent instances where sellers are unwilling to perform, coercing performance is seldom so speedy and effective as purchasing substitute goods»¹⁹¹.

2.4.2 EN LOS PICC

Por lo que respecta a la indemnización de los daños y perjuicios en los PICC, Tallon¹⁹² señala dos cuestiones de interés fundamental que exigen una previa elección. Por una parte, la extensión que hay que dar a su reglamentación, y por otra, su posición en el sistema de remedios, y en concreto el lugar que corresponde a la ejecución en especie y a la indemnización de los daños. Cuestión ésta, en la que en última instancia late, como ya se ha indicado, la concepción que se tenga del contrato y de la que en el fondo dependerá la solución que se adopte. Ante la dicotomía entre la concepción moral y la económica del contrato, los PICC, inspirados por el principio general de buena fe (artículo 1.7) y en el respeto al principio *pacta sunt servanda*, se han inclinado hacia la concepción moral del contrato, exigiendo como regla general el cumplimiento *in natura* del mismo¹⁹³.

ordenamientos que contemplan el cumplimiento específico como un remedio excepcional, lo reconocen en los casos de mercancías únicas», *Derecho Mercantil...*, *op. cit.*, p. 204.

¹⁹¹ HONNOLD, J.O., *Uniform Law...*, *op. cit.*, p. 311.

¹⁹² TALLON, D., «Les dommages-intérêts...», *op. cit.*, pp. 298 y ss.

¹⁹³ Acerca del cumplimiento *in natura* de lo pactado en los PICC, *vid.*, entre otros: BONELL, M.J., *I Principi Unidroit nella Pratica*, Giuffrè Editore, Milano, 2002, pp. 352 a 358; CASTRONOVO, C., «Inadempimento ed esato adempimento nei Principi Unidroit», en AA. VV., *Contratti Commerciali Internazionali e Principi Unidroit*, (a cura di Michael J. Bonell e di Franco Bonelli), Giuffrè Editore, Milano, 1997, pp. 284 a 289; LANDO, O., «El derecho contractual...», *op. cit.*, p. 11; MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., «Mecanismos de protección...», *op. cit.*, pp. 461 a 464; MORÁN BOVIO, D., «Capítulo 7. Incumplimiento», *Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*, (coordinado por David Morán Bovio), Aranzadi, 2.ª edición, Navarra, 2003, pp. 340 a 343; TALLON, D., «Les dommages-intérêts...», *op. cit.*, pp. 298 y ss.

Los PICC adolecen de un precepto que, como los artículos 45 y 61 CISG, enuncien de forma general los remedios a los que puede acudir el perjudicado. El capítulo 7, relativo al incumplimiento, dedica la sección segunda al derecho a reclamar el cumplimiento; la tercera, a la resolución, y la cuarta, al resarcimiento. La regulación del derecho al cumplimiento parte de la distinción entre las obligaciones pecuniarias y las no pecuniarias.

El artículo 7.2.1 sobre el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias dispone que «si una parte que está obligada a pagar dinero no lo hace, la otra parte puede reclamar el pago», consagrando el principio general, adoptado por la mayoría de los países, de que la obligación dineraria contractual o cuasi-contractual siempre puede ser reclamada¹⁹⁴. Respecto a tal exigencia de cumplimiento, ha señalado Lando que los PICC, al igual que la CISG, no han establecido ningún tipo de restricción, a diferencia de los artículos 61.2 ULIS y 9:101 (2) PECL¹⁹⁵. Tal afirmación debe ser matizada, ya que no es del todo cierta. Si bien en su articulado, y en concreto en el artículo 7.2.1, los PICC no contemplan restricción alguna a la exigencia de cumplimiento de las obligaciones pecuniarias, en el comentario de los redactores al precepto citado, que, como ya se ha dicho, también forma parte integrante del texto de los PICC, y que tiene como finalidad explicar el significado y su aplicación en la práctica, se contempla por vía de excepción que «podrá excluirse el derecho a reclamar el pago del precio de las mercaderías que han de ser entregadas o de los servicios que han de ser prestados. Este es el supuesto que se presenta, en particular, cuando los usos comerciales exigen al vendedor que efectúe una reventa de aquellas mercaderías no aceptadas ni pagadas por el comprador». Tal excepción, que viene a coincidir con la del artículo 61.2 ULIS, dispone que «*el vendedor no podrá exigir del comprador el pago del precio, si éste está de acuerdo con los usos y fuere razonablemente posible para el vendedor la reven-*

¹⁹⁴ En relación a la exigencia de cumplimiento de las obligaciones pecuniarias, CASTRONOVO, C., «L'inadempimento di una obbligazione pecuniaria sembra infatti dover mettere capo direttamente all'espropriazione forzata nel momento in cui l'inadempimento mette in luce la volontà del debitore di disattendere il vinculum iuris, e l'esecuzione sui beni di lui consente al creditore di conseguire per altra via il risultato dovuto», *op. cit.*, p. 284. *Vid.*, también SCHELHAAS, H., «Commentary Art. 7.2.1», en AA. VV., *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, (edited by STEFAN VOGENAUER AND JAN KLEINHEIS-TERKANP), Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 780 a 782.

¹⁹⁵ LANDO, O., «el antecedente de la CISG, la Ley uniforme sobre contratos de ventas internacionales de mercaderías de 1964 (ULIS), establece en el art. 61 (2) que el vendedor no tiene derecho a requerir el pago del precio al comprador si le resulta posible, razonablemente y de conformidad con los usos, revender los bienes. En tal caso, el contrato debe considerarse resuelto y el vendedor sólo puede reclamar una indemnización por daños. Sin embargo la CISG y los Principios del UNIDROIT no han impuesto tal restricción al derecho del vendedor para ejecutar y reclamar el precio», «El derecho contractual...», *op. cit.*, p. 12.

ta de la cosa. En tal caso, el contrato se rescindirá de pleno derecho a partir de la fecha en que la reventa se efectuara». Tiene tal precepto como fundamento evitar, cuando el vendedor puede realizar sin excesivas dificultades una operación de reemplazo, que el comprador tenga que pagar unas mercaderías o un servicio que, si bien eran deseadas en el momento de celebrar el contrato, dejan de serlo con posterioridad. No obstante ello, el vendedor, una vez realizado el negocio de cobertura, podrá exigir al comprador que no aceptó las mercaderías la indemnización de los daños y perjuicios que se le hayan producido.

La exigencia de cumplimiento de las obligaciones no pecuniarias se regula en el artículo 7.2.2., que después de enunciar como regla general la facultad del perjudicado de forzar el cumplimiento, enumera cinco excepciones a la misma. El artículo 7.2.2 también consagra para las obligaciones no pecuniarias la regla general de que el acreedor puede exigir su cumplimiento forzoso. Si bien la exigencia de cumplimiento de las obligaciones pecuniarias es generalmente adoptada por la mayoría de los países, la misma cuestión para las obligaciones no pecuniarias no es unánime, siendo la regla general en los países de tradición romanística y sólo aplicable excepcionalmente en los países del *Common Law*. Los PICC optan, por lo menos como línea de principio, por la solución seguida por los países de *Civil Law*, de forma especular a la dispuesta por los artículos 46 y 62 en la CISG ¹⁹⁶. Una importante nota diferenciadora entre la regulación de la exigencia de cumplimiento de las obligaciones no pecuniarias en la CISG y en los PICC se encuentra en que en éstos no se configura como un remedio discrecional de los tribunales. De la ausencia en los PICC de un artículo similar al 28 CISG deriva que los tribunales de arbitraje se encuentren obligados a ordenar el cumplimiento específico de las obligaciones, salvo en los supuestos de las cinco excepciones con las que concluye el artículo 7.2.2. En definitiva, la exigencia de las obligaciones no pecuniarias no se haya limitada por la *lex fori*, lo que sin duda es más acorde con la pretendida uniformidad; si bien obligaría a los tribunales de la órbita del *Common Law* a imponer el cumplimiento de prestaciones que en su *domestic law* no efectúa ¹⁹⁷.

¹⁹⁶ CASTRONOVO, C., justifica la regulación, aun partiendo del mismo principio general de exigencia del cumplimiento, en dos preceptos distintos de las obligaciones pecuniarias y no pecuniarias en que «probabilmente i compilatori hanno voluto scandire meglio la regola contenuta nell'art. 7.2.2. È noto, infatti, che nei sistemi di civil law essa può dirsi un vero e proprio principio, mentre in common law, per quanto ormai nonignota, stenta ad imporsi rispetto al principio secondo cui il debitore avrebbe, in luogo dell'adempimento, una sorta di facoltà alternativa di non adempiere, scegliendo il risarcimento del danno», «Inadempimento ed esato...», *op. cit.*, p. 285.

¹⁹⁷ Acerca del cumplimiento específico como remedio no discrecional del tribunal, *vid.*, el comentario al artículo 7.2.2 en UNIDROIT, *Principios sobre los Contratos Comerciales Internaciona-*

El derecho a la ejecución en especie de las obligaciones no pecuniarias está sometido a cinco excepciones, que en la práctica reducen la regla general de exigencia de cumplimiento a las obligaciones de dar cosas no fungibles¹⁹⁸: la imposibilidad física o jurídica; que la ejecución resulte excesivamente onerosa o gravosa; la posibilidad de satisfacer el interés del acreedor mediante una operación de reemplazo; obligaciones de hacer de carácter exclusivamente personal; y que se reclame el cumplimiento en un plazo razonable. Tales excepciones se encuentran principalmente inspiradas en las de los sistemas de *Common Law*, si bien los PICC no contemplan como excepción a la pretensión la de la mejor adecuación o idoneidad del remedio resarcitorio¹⁹⁹. A pesar de ello, las excepciones enunciadas no resultan ajenas a las establecidas en otros Ordenamientos. En el Derecho español, la no exigencia del cumplimiento forzoso de las obligaciones personalísimas deriva, entre otros, del artículo 1161 CC, y, en los supuestos de imposibilidad de la prestación, de los artículos 1182 y 1184 del mismo texto legal.

2.5 La solución adoptada en el *soft law* de los PECL

2.5.1 EXPOSICIÓN DE LOS PRECEPTOS: REGLA Y EXCEPCIONES

El artículo 8:101 que inicia el capítulo 8 de los PECL, dedicado al incumplimiento y a los medios de tutela en general, dispone en su párrafo primero que «*siempre que una parte no cumpla con alguna de las obligaciones derivadas del contrato y el incumplimiento no pueda justificarse con arreglo al artículo 8:108, el perjudicado puede recurrir a cualquiera de los medios dispuestos en el capítulo 9*». Del tenor literal del párrafo citado y de los medios de tutela establecidos en el Capítulo 9, se deduce que en los PECL todos los remedios ante el incumplimiento se encuentran situados en un mismo plano, en una misma posición, por lo que nos encontramos ante un sistema de respon-

les, segunda impresión corregida por el Profesor A. M. Garro, Roma, 2001, p. 177 y CASTRONOVO, C., «Inadempimento ed esato...», *op. cit.*, pp. 285 y 286.

¹⁹⁸ Sobre los límites o excepciones a la pretensión de cumplimiento en los PICC, *vid.*, entre otros: CASTRONOVO, C., «Inadempimento ed esato...», *op. cit.*, p. 287 a 289; MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., «Mecanismos de protección...», *op. cit.*, pp. 462 y 463; MORÁN BOVIO, D., «Capítulo 7. Incumplimiento...», *op. cit.*, pp. 341 a 343; SCHELHAAS, H., «Commentary Art. 7.2.2», *op. cit.*, pp. 787 a 799.

¹⁹⁹ TALLON, D., «On peut penser cependant que le juge issu de la Common Law utilisera ces exceptions de façon plus extensive. Dans d'autres pays, où l'usage de l'astreinte est très répandu, le créancier déçu aura tendance à réclamer l'exécution en nature sous astreinte», «Les dommages-intérêts...», *op. cit.*, p. 301.

sabilidad contractual que adolece de una jerarquía entre los remedios, a diferencia de lo que ocurre, con carácter general, en los sistemas de *Civil Law* y de *Common Law*, siendo aquéllos continuadores de la sistemática seguida en la CISG y en los PICC. Si bien el sistema de responsabilidad contractual de los PECL se encuentra fuertemente impregnado de los principios del *Common Law* por influencia directa de la CISG, en la cuestión relativa a la posición y límites de la pretensión de cumplimiento, o derecho a exigir el cumplimiento, como la definen los propios PECL, siguen esencialmente la tradición jurídica de los países continentales al otorgar al acreedor la facultad de exigir el cumplimiento tanto en las obligaciones pecuniarias como en las no pecuniarias²⁰⁰.

Consagrado el derecho a exigir el cumplimiento en el artículo 8:101, son tres los preceptos que lo regulan, y que se integran en la sección 1 del Capítulo 9 (artículos 9:101 a 9:103): el derecho a exigir el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias (artículo 9:101); el derecho a exigir el cumplimiento de las obligaciones no pecuniarias (artículo 9:102) y el derecho a obtener la indemnización de los daños y perjuicios en los supuestos extraordinarios de los párrafos segundo del artículo 9:101, y segundo y tercero del artículo 9:102, en los que no sea posible exigir el cumplimiento (artículo 9:103)²⁰¹.

Por lo que respecta a las obligaciones pecuniarias (artículo 9:101), el enfoque básico del que parten los PECL, en consonancia con el principio *pacta sunt servanda*, es el de que siempre pueden ser reclamadas, y ello con independencia del tipo de moneda de que se trate y de la forma de pago²⁰². Ello concuerda con el principio general seguido en los países continentales y del *Common Law*, si bien en los últimos se limita a los supuestos de pago del precio de una prestación. A la regla general establecida en el párrafo primero, el segundo impone una serie de restricciones, que si bien parten del supuesto de que el acreedor no ha cumplido todavía su prestación y resulta evidente que el

²⁰⁰ Sobre la pretensión de cumplimiento como remedio ejercitable por el acreedor en los PECL, *vid.*, entre otros: DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, pp. 317 y ss; GARCÍA RUBIO, M.^a P., «Las obligaciones del...», *op. cit.*, pp. 330; LANDO, O., «El derecho contractual...», *op. cit.*, pp. 11 y 12; MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., «Mecanismos de protección...», *op. cit.*, pp. 461 a 464; NAVAS NAVARRO, S., *El incumplimiento...*, *op. cit.*, pp. 282 a 285; PALAZÓN GARRIDO, M. L., «El nuevo derecho...», *op. cit.*, pp. 85 y 86; VAQUER ALOY, A., «Incumplimiento...», *op. cit.*, pp. 539 y 540; ZIMMERMANN, R., *Estudios de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 126 y 128.

²⁰¹ Si bien se dan muchas similitudes entre la regulación de los remedios ante el incumplimiento en los PECL y en el Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos de la Academia de Pavía, deben destacarse varias diferencias en relación al cumplimiento forzoso. En el art. 111 del CEC se distingue la ejecución en forma específica, en función de que se trate de obligaciones consistentes en dar, hacer o no hacer. Se puede compeler al deudor a cumplir la prestación o a ejecutarla a su costa. También se recogen en el apartado tercero del art. 111 las multas coercitivas o astreinte que, como ya se ha indicado, han sido implantadas en nuestro Derecho por el art. 709 de la LEC.

²⁰² Art. 9:101 (1): «El acreedor tiene derecho a percibir el dinero que se le debe».

deudor no va a aceptar el cumplimiento, aquél puede cumplir su obligación y exigir al deudor el cumplimiento de la suya, salvo que la parte acreedora tenga la posibilidad de realizar una operación sustitutiva o de reemplazo²⁰³, o la ejecución de la obligación del acreedor resulte irrazonable dadas las circunstancias que concurren. Por tanto, de conformidad con la primera excepción consagrada en el apartado a) del artículo 9:101, para enervar la acción del acreedor dirigida al cumplimiento de la obligación pecuniaria deben concurrir dos requisitos: por un lado, que el acreedor pueda realizar una operación de reemplazo en términos razonables acudiendo al mercado para satisfacer su interés, o pueda de cualquier otra forma realizar un negocio alternativo. Y de otro, que tal operación sustitutiva o negocio alternativo no conlleve esfuerzos o gastos excesivos para el acreedor²⁰⁴.

La segunda excepción, dispuesta en el apartado b) del mismo artículo, hace hincapié en el carácter irrazonable del cumplimiento por parte del acreedor, una vez que de forma clara, el deudor haya manifestado la pérdida del

²⁰³ A diferencia de los PICC, en los que la operación de reemplazo sólo se encuentra limitada a las obligaciones no pecuniarias, en los PECL también es viable la restricción a la exigencia de cumplimiento cuando el acreedor puede satisfacer su interés mediante la realización de una operación sustitutiva razonable, *vid.* al respecto MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., «Algunos mecanismos de protección...», *op. cit.*, p. 2462.

²⁰⁴ El antecedente a la limitación al derecho a exigir la prestación pecuniaria establecida en el párr. segundo a) del art. 9:101 PECL, se encontraba ya en el párr. segundo del art. 61 ULIS, que limitaba el derecho del vendedor a requerir el pago del precio de las mercancías al comprador, cuando a aquél le era posible de forma razonable y de conformidad a los usos revender los bienes, pudiendo, en tal caso, el vendedor dar por resuelto el contrato y solicitar al incumplidor el pago de los daños y perjuicios que se le hubieran ocasionado. Por el contrario, tal limitación no fue contemplada en la CISG, que, influida por la corriente aplicada en la mayoría de los países de *Civil Law*, sólo limitaba el ejercicio de la pretensión de cumplimiento en los supuestos en que el vendedor hubiera ejercitado con anterioridad un medio de tutela incompatible con tal exigencia (art. 62 de la CISG). Los PICC, en su articulado, tampoco contemplan excepción alguna al derecho a reclamar el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias. El art. 7.2.1 PICC: «*Si una parte que está obligada a pagar dinero no lo hace, la otra parte puede reclamar el pago*», si bien el Comentario Oficial al art. 7.2.1, que se considera parte integrante de los PICC, señala que «*excepcionalmente, podrá excluirse el derecho a reclamar el pago del precio de las mercaderías que han de ser entregadas o de los servicios que han de ser prestados. Este es el supuesto que se presenta, en particular, cuando los usos comerciales exigen al vendedor que efectúe una reventa de aquellas mercaderías no aceptadas ni pagadas por el comprador*». Por ello, en sentido contrario a LANDO, que indica que «los Principios del UNIDROIT no han impuesto tal restricción al derecho del vendedor para ejecutar y reclamar el precio» [LANDO, O., «El derecho contractual...», *op. cit.*, p. 11. En el mismo sentido que se ha considerado equivocado se manifiestan MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., «Algunos mecanismos de protección...», *op. cit.*, p. 2461, «la segunda excepción impide el cumplimiento específico cuando éste comporte un esfuerzo o gasto no razonables para el deudor, es decir, la realización de la prestación es material y legalmente posible, pero absolutamente antieconómica, por lo que la pretensión del acreedor atentaría contra los principios de buena fe y lealtad. Esta excepción, que en los Principios UNIDROIT es exclusiva de las obligaciones no pecuniarias, en los PECL [art. 9:101 (2) b] también se prevé para las obligaciones pecuniarias, cuando el acreedor aún no ha cumplido la prestación característica del contrato)], no se puede negar que el texto romano no contemple restricciones, si bien sólo para supuestos excepcionales.

interés en el cumplimiento de tal obligación²⁰⁵. La ausencia de tal excepción supondría dar cobertura legal a posibles abusos de derecho por parte del acreedor que, pudiendo sin excesivos costes ni perjuicios realizar una operación de reemplazo, exige el cumplimiento de la obligación de pago del precio a un deudor al que ya no le interesa el cumplimiento de la contraparte. Estas dos excepciones conllevan una atenuación del principio *pacta sunt servanda*²⁰⁶.

Se observa cómo en la regulación del derecho al cumplimiento en las obligaciones pecuniarias, los PECL, partiendo del criterio general seguido en la mayoría de los países de *Civil Law* y en el Derecho uniforme de la CISG y de los PICC, introducen una serie de limitaciones de influencia de los países de la Europa no continental²⁰⁷.

El derecho al cumplimiento de las obligaciones no pecuniarias se regula en el artículo 9:102, cuyo párrafo primero establece como punto de partida que la parte perjudicada puede exigir el cumplimiento *in natura*, englobando además el derecho de subsanación y de reparación. Por ello, los PECL, al igual que los países del *Civil Law*, la CISG y los PICC, se inclinan a favor de conferir al perjudicado la posibilidad de obtener el estricto cumplimiento del contrato, y así satisfacer el interés que le llevó a contratar²⁰⁸. No obstante la regla

²⁰⁵ La limitación relativa a la irrazonabilidad del derecho a exigir la prestación pecuniaria establecida en el párr. segundo b) del art. 9:101 hunde sus raíces en el criterio seguido en los países de *Common Law*, como indican los comentarios a los PECL, que estiman desproporcionado exigir a la parte que advierte con anterioridad al momento del cumplimiento que no le interesan las mercaderías o determinados servicios, el pago de unas mercaderías que, de forma razonable y sin excesivos costes, puede colocar en otra operación o de los servicios que todavía no se han prestado.

²⁰⁶ Art. 9:101 (2): «*Cuando el acreedor todavía no haya cumplido su obligación y resulte claro que el deudor se negará a aceptar su prestación, el acreedor, pese a todo, puede llevar a cabo dicha prestación y cobrar lo que se le deba según el contrato salvo que: (a) Hubiera podido hacer un negocio sustitutivo razonable sin excesivos esfuerzos o coste. (b) O no fuera razonable llevar a cabo su prestación conforme a las circunstancias*».

²⁰⁷ Sobre el derecho a exigir el cumplimiento de las obligaciones no pecuniarias en los PECL, *vid.*, por todos: DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, pp. 336 a 339; LANDO, O., «El derecho contractual...», *op. cit.*, p. 11; MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., «Algunos mecanismos de protección...», *op. cit.*, p. 2461; NAVAS NAVARRO, S., *El incumplimiento...*, *op. cit.*, pp. 282 a 285; PALAZÓN GARRIDO, M.L., «Importancia de la...», *op. cit.*, p. 305; VAQUER ALOY, A., «Incumplimiento...», *op. cit.*, p. 539.

²⁰⁸ El comentario al art. 9:102, si bien pone de manifiesto las ventajas que conlleva la regla general de la exigencia de cumplimiento «*firstly, through specific relief the creditor obtains as far as possible what is due to it under the contract; secondly, difficulties in assessing damages are avoided; thirdly, the binding force of contractual obligations is stressed. A right to performance is particularly useful in cases of unique objects and in times of scarcity*», no le es ajeno que «*comparative research of the laws and specially commercial practices demonstrate that even in the Civil Law countries the principle of performance must be limited. The limitations are variously based upon natural, legal and commercial considerations and are set out in paragraphs (2)-(3). In all these cases other remedies, specially damages and, in appropriated cases, termination, are more adequate remedies for the aggrieved party*», LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, p. 395.

general, los redactores de los PECL no han hecho caso omiso al tratamiento del *specific performance* en los países del *Common Law*, por lo que a continuación enumeran una serie de limitaciones o restricciones a la exigencia de cumplimiento, que si bien algunas no son desconocidas en los Derechos nacionales de nuestro entorno, tienen un carácter marcadamente anglosajón. Por tanto, la solución adoptada por los PECL en relación a la exigencia de este tipo de obligaciones es de compromiso entre los dos sistemas imperantes, ya que, si bien parten de la regla de un sistema, introducen, vía excepción, normas exportadas del otro, llegando en la práctica a soluciones similares a ambos sistemas²⁰⁹.

La primera excepción se refiere a la imposibilidad material o jurídica de la prestación, y es reflejo del principio *impossibilium nulla est obligatio*. Tiene como causa, en el supuesto de la imposibilidad física o de hecho, bien que la realización de la obligación resultare imposible antes de la celebración del contrato, bien que se trate de una imposibilidad sobrevenida con posterioridad y definitiva²¹⁰. Un ejemplo de imposibilidad de hecho, sería el del pianista que disponiéndose a dar un concierto, sufre un día antes la amputación de una mano como consecuencia de un accidente doméstico. En el supuesto de la imposibilidad jurídica, su causa se encuentra en que, conforme a Ley, la prestación no puede ser cumplida. Sería el caso de un exportador argentino de carne de vacuno que celebra un contrato de suministro con el dueño de un restaurante-parrilla de dicha carne en Madrid, y posteriormente, como consecuencia de la localización de carne de dicho país con una bacteria infecciosa, el legislador español dicta una Ley que prohíbe la entrada de carne de tal procedencia.

²⁰⁹ En nuestra doctrina, señala PALAZÓN GARRIDO, M.L., que si «bien puede apreciarse, de nuevo –anteriormente se refería a las obligaciones pecuniarias–, que las excepciones, sin ser ajenas al *Civil Law*, enlazan con la regulación de esta acción en el *Common Law*, de modo que, partiendo de vías diferentes (en un sistema es la regla y en otro, la excepción) se llega a resultados parecidos», «Importancia de la...», *op. cit.*, p. 305. Al respecto ZIMMERMANN, R., afirma que «también la norma plasmada en los PECL, significa un compromiso, puesto que el cumplimiento específico se excluye por el art. 4.102 (2) en cuatro supuestos... Algunas de estas causas de exclusión no son extrañas al *civil law*», *Estudios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 128.

²¹⁰ Sobre la imposibilidad sobrevenida de la prestación como límite a la exigencia de cumplimiento señala el art. 8:108 PECL que: «(1) Una parte queda liberada de su deber de cumplimiento si prueba que no puede proceder al cumplimiento de su obligación por una imposibilidad fortuita [que queda fuera de su control] y que no se puede pretender de manera razonable que hubiera debido tenerse en cuenta dicha imposibilidad en el momento de la conclusión del contrato o que la parte hubiera debido evitar o superar dicha imposibilidad o sus consecuencias.(2) Cuando se trata solamente de un impedimento temporal, la exoneración prevista en este artículo produce sus efectos durante el tiempo en el que es imposible la prestación. Sin embargo, si el retraso se traduce en un incumplimiento esencial, el acreedor puede tratarlo como tal».

El efecto limitador de ambos tipos de imposibilidades sólo afecta a la pretensión de cumplimiento –lo que refleja una atenuación del principio *impossibilium nulla est obligatio*–, pudiendo el perjudicado acudir a cualquier otro medio de tutela, por lo que tales imposibilidades, en los PECL, no afectan a la validez del contrato²¹¹. En el supuesto de que la imposibilidad sea temporal, la limitación decaerá desde el mismo momento en el que la misma desaparezca, pudiendo el perjudicado exigir el cumplimiento. La postura adoptada por los PECL en su artículo 4:102²¹² contrasta con la del Derecho español, donde la imposibilidad física producida con anterioridad a la celebración del contrato no se concibe como un supuesto de incumplimiento, ya que el contrato nunca existió por no tener uno de los requisitos que exigen los contratos: el objeto (artículos 1272 y 1460.1 CC). En el supuesto de que la imposibilidad sea sobrevenida y definitiva, el contrato se extingue, excepto en los casos en que la imposibilidad sea imputable al deudor o el mismo se háyase en una situación de mora (artículos 1182 y 1184 CC)²¹³.

La segunda excepción tiene como presupuesto de hecho que la prestación sea material y jurídicamente posible, pero la exigencia de su cumplimiento conlleva para el deudor gastos o esfuerzos no razonables, por lo que su cumplimiento resultaría antieconómico²¹⁴. Esta excepción es una manifestación concreta del principio de buena fe y de lealtad en los negocios. En los PICC,

²¹¹ Acerca de la imposibilidad material o jurídica en los PECL, *vid.*, entre otros: DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 340; MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., «Algunos mecanismos de protección...», *op. cit.*, p. 2461; PALAZÓN GARRIDO, M.L., «El nuevo derecho...», *op. cit.*, p. 86.

²¹² «Artículo 4:102: Imposibilidad inicial. Un contrato no es nulo por el mero hecho de que, en el momento de su conclusión, el cumplimiento de la obligación contraída no fuera posible o porque una de las partes no tuviera derecho de disposición sobre los bienes objeto del contrato».

²¹³ *Vid.*, MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., «Algunos mecanismos de protección...», *op. cit.*, p. 2461.

²¹⁴ El art. 6:111 de los PECL también se ocupa de la regulación de la excesiva onerosidad estableciendo que «(1) Las partes deben cumplir con sus obligaciones, aun cuando les resulten más onerosas como consecuencia de un aumento en los costes de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe. (2) Sin embargo, las partes tienen la obligación de negociar una adaptación de dicho contrato o de poner fin al mismo si el cumplimiento del contrato resulta excesivamente gravoso debido a un cambio de las circunstancias, siempre que: (a) Dicho cambio de circunstancias haya sobrevenido en un momento posterior a la conclusión del contrato. (b) En términos razonables, en el momento de la conclusión del contrato no hubiera podido preverse ni tenerse en consideración el cambio acaecido. (c) A la parte afectada, en virtud del contrato, no se le pueda exigir que cargue con el riesgo de un cambio tal de circunstancias. (3) Si en un plazo razonable las partes no alcanzan un acuerdo al respecto, el juez o el tribunal podrá: (a) Poner fin al contrato en los términos y fecha que considere adecuado. (b) O adaptarlo, de manera que las pérdidas y ganancias resultantes de ese cambio de circunstancias se distribuyan entre las partes de forma equitativa y justa. En cualquiera de los casos, el juez o tribunal podrá ordenar que la parte que se negó a negociar; o que rompió dicha negociación de mala fe, proceda a reparar los daños causados a la parte que sufrió dicha negativa o dicha ruptura».

tal excepción se encuentra restringida a las obligaciones no pecuniarias, y por contra, en los PECL se concibe como una limitación más amplia, que engloba tanto a las pecuniarias como a las no pecuniarias²¹⁵.

También se exceptúan de la exigencia de cumplimiento las obligaciones que consistan en la realización de obras o servicios de carácter personal, o se basen en relaciones personales. En el apartado c) del párrafo segundo del artículo 9:102, se contemplan dos situaciones diferentes: por una parte, la realización de obras o servicios de carácter personal, excluyéndose las prestaciones de obras y servicios que puedan ser delegadas; y por otra, que el cumplimiento de las obligaciones dependa de que las partes comiencen o mantengan una relación personal. La restricción se refiere a prestaciones que consistan en un hacer personalísimo, y por tanto, las que consistan en no hacer no se favorecen por la regla²¹⁶.

En el Derecho español, a diferencia de los PECL, se regulan mecanismos indirectos para inducir al deudor a cumplir sus prestaciones de carácter personal tras la entrada en vigor de los artículos 699 y 709 LEC. Y ello, mediante la imposición, de forma similar a los *astreinte* del Derecho francés, de unas multas mensuales que pueden llegar hasta el 20% del valor de la obligación insatisfecha (artículo 711 LEC)²¹⁷.

La última de las excepciones del artículo 9:102 (2), dispone la improcedencia de la pretensión de cumplimiento cuando el acreedor pueda de forma razonable obtener la satisfacción de su interés por cualquier otra vía²¹⁸. La justificación de esta excepción se encuentra en ofrecer al perjudicado la posibilidad de elegir entre los distintos medios de tutela aquél que le permita satisfacer sus necesidades con los menores inconvenientes. En la práctica se observa cómo en muchos casos, ante la negativa de la parte deudora a cumplir, resulta más satisfactorio para el acreedor acudir a la resolución del contrato o

²¹⁵ Con relación a los esfuerzos o gastos desproporcionados como límites a la pretensión de cumplimiento en los PECL, *vid.*, entre otros: DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, pp. 341 a 342; MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., «Algunos mecanismos de protección...», *op. cit.*, p. 2461; NAVAS NAVARRO, S., *El incumplimiento...*, *op. cit.*, p. 284.

²¹⁶ La no exigencia de cumplimiento de estas obligaciones encuentra su fundamento, según su comentario, en tres consideraciones: la imposición coactiva en la persona del deudor de la realización de la prestación personal conllevaría una grave interferencia en la esfera de la libertad personal del mismo; las obras y servicios realizados a la fuerza y bajo presión no suelen satisfacer plenamente el interés del acreedor; y por último, la dificultad que conlleva para el órgano juzgador vigilar el exacto cumplimiento de las obligaciones.

²¹⁷ *Vid.*, DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, pp. 343 a 345; MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., «Algunos mecanismos de protección...», *op. cit.*, p. 2462.

²¹⁸ La última de las excepciones previstas en el párr. segundo del art. 9:102 no se basa directamente en ninguna disposición legal de los Derechos europeos, pero se puede conectar con las normas previstas en los artículos 25 y 42.1 c) ULIS.

a la indemnización de los daños, o a ambas de manera cumulativa, que empeñarse en una exigencia de cumplimiento con los inconvenientes de la pérdida de tiempo e incertidumbre que ello conlleva. Si bien los PICC, para las obligaciones no pecuniarias, y los propios PECL, para las pecuniarias, restringen la pretensión de cumplimiento en atención a que de forma razonable se pueda realizar una operación sustitutiva o de reemplazo, los PECL, para las obligaciones no pecuniarias, amplían el campo de las vías por las que el acreedor puede satisfacer su interés, no limitándose a la operación de reemplazo, pudiendo, de otro lado, acudir a cualquiera de los otros remedios.

De las distintas restricciones impuestas al derecho a exigir el cumplimiento en los PECL, se observa que, en la práctica, sólo se podrá ejercer tal exigencia cuando nos encontremos ante obligaciones de dar cosas específicas o infungibles. Al tratar la forma de operar la ejecución forzosa en nuestro Derecho, se advirtió cómo tradicionalmente sólo era posible compeler al deudor a la entrega de cosas determinadas, siempre y cuando se hallasen en su patrimonio (artículo 1096.1 CC). En la actualidad, en virtud del artículo 702.1 LEC, también es posible que se aplique tal compulsión en el supuesto de las obligaciones genéricas cuando el ejecutante inste que se le ponga en posesión de la cuantía del género que se encuentre en el patrimonio del deudor-ejecutado²¹⁹. En las obligaciones que no consistan en la entrega de cosa cierta y determinada, el acreedor, tanto en los PECL como en el Derecho español, obtiene la satisfacción de su interés lesionado a través de la intervención de un tercero ajeno a la obligación. Tal satisfacción se produce de forma diferente; en los PECL, mediante la realización por parte del acreedor insatisfecho de una operación de reemplazo o negocio de cobertura (el acreedor resuelve el primer contrato exigiendo, en su caso, una indemnización de daños al deudor incumplidor y celebra otro contrato con un tercero), y en la LEC, con la realización de la obligación incumplida por parte de un tercero a costa del deudor²²⁰.

²¹⁹ Al respecto señalan MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., que «coinciden los supuestos –tanto en el Derecho español como en los textos de *soft law*– en los que el acreedor consigue el cumplimiento de la obligación sin que la conducta sea realizada por un tercero, aunque no son plenamente homogéneos», «Algunos mecanismos de protección...», *op. cit.*, p. 2463.

²²⁰ «En el Derecho español, el deudor que ha incumplido se ve compelido a financiar la realización de la prestación por un tercero y, adicionalmente, la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por el acreedor. Simultáneamente, el acreedor deberá pagar el precio al deudor. En cambio, tanto en los Principios UNIDROIT (art. 7.4.5.) como en los PECL (art. 9:506), el acreedor deberá celebrar un segundo contrato con una prestación idéntica y resolver el primer contrato, exigiendo al deudor la indemnización de los daños derivados de su incumplimiento... Aunque en ambos casos la satisfacción del interés del acreedor se consigue por la realización de la prestación por un tercero, en el Código Civil se trata de la conducta descrita en la obligación incumplida mientras que en los

En su párrafo tercero, el artículo 9:102 finaliza imponiendo el ejercicio tempestivo de la pretensión de cumplimiento. La parte perjudicada pierde el derecho a exigir el cumplimiento si no lo ejercita dentro de un tiempo razonable desde que conoció o debió haber conocido la contravención. Con esta norma se pretende proteger a la persona que incumple el contrato ante la exigencia intempestiva de cumplimiento por parte del acreedor. Su fundamento último se encuentra en el deber de buena fe que impregna toda la regulación de los PECL [artículo 1:201 (1)]²²¹.

Extramuros de la sección 1.^a del Capítulo 9, dedicada a la regulación del derecho a exigir el cumplimiento, la sección 2.^a, titulada *Excepción de incumplimiento contractual*, regula en su único artículo, 9:201²²², la facultad de suspender la ejecución de la prestación. Dicha facultad puede ser considerada como un límite más a la pretensión de cumplimiento, y es aplicable tanto a las obligaciones no pecuniarias como a las pecuniarias²²³, y tiene un efecto dilatorio del cumplimiento²²⁴.

textos de *soft law* es la conducta descrita en una nueva obligación, surgida del segundo contrato (la llamada operación de reemplazo)», MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., «Algunos mecanismos de protección...», *op. cit.*, p. 2463.

²²¹ En relación a la pérdida del derecho a exigir el cumplimiento cuando no se ejercita en un plazo razonable, *vid.*, entre otros: Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, pp. 346 y 347; NAVAS NAVARRO, S., *El incumplimiento...*, *op. cit.*, pp. 284 y 285.

²²² Art. 9:201: *Derecho a suspender la ejecución de la prestación*: «(1) Una parte que deba cumplir su obligación al mismo tiempo que la otra parte o después de ella, podrá suspender el ejercicio de su prestación hasta que la otra parte haya ofrecido el cumplimiento de su obligación o la haya cumplido efectivamente. La primera parte puede suspender total o parcialmente el cumplimiento de su obligación, según lo que resulte razonable conforme a las circunstancias. (2) Igualmente, una parte podrá suspender el cumplimiento de su obligación tan pronto como resulte claro que la otra parte no cumplirá su recíproca obligación llegado el vencimiento de la misma».

²²³ Sobre la *exceptio non adimpleti contractus* como límite al ejercicio de la exigencia de cumplimiento en los PECL, *vid.*, entre otros: Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, pp. 343 y 345 y VAQUER ALOY, A., «Incumplimiento...», *op. cit.*, p. 540.

²²⁴ Son tres los presupuestos de hecho que contempla el art. 9:201, y tienen como efecto la posibilidad de ejercitar la *exceptio non adimpleti contractus*, dejando la obligación en suspenso total o parcialmente, dependiendo ello, de lo que resulte razonable en atención a las circunstancias concurrentes. El párr. primero hace referencia a las obligaciones que deben ser cumplidas de forma simultánea o con posterioridad a la de la otra parte, suspendiendo el cumplimiento de su obligación total o parcialmente hasta el momento en que la otra parte haya ofrecido el pago o haya cumplido. El párr. segundo faculta a una parte contratante a suspender el cumplimiento del contrato desde el momento en que se muestre que, llegado el vencimiento de la prestación, la otra parte no cumplirá. Respecto a esta última excepción, se matiza en el comentario del artículo, que si bien la parte obligada a cumplir en primer lugar no puede suspender su obligación cuando la otra –obligada a cumplir con posterioridad– manifieste que no cumplirá, sí podrá diferir su prestación si resulta obvio que la parte obligada a cumplir en segundo lugar no realizará su prestación llegado el vencimiento. La facultad de suspender el cumplimiento debe ser puesta en conexión con los arts. 7:104 y 8:101 (3), relativos al orden en que deben realizarse las respectivas obligaciones y al incumplimiento causado en todo o en parte por la parte que lo sufre. El primero manifiesta que, siempre que sea posible y las circunstancias concurrentes no indiquen otra cosa, las partes deben llevar a cabo sus prestaciones de manera simultánea. Del segundo precepto, que hunde sus raíces en el principio general de buena fe, deriva que la parte

La regulación del derecho a exigir el cumplimiento en los PECL culmina con el artículo 9:103, que consagra la conservación del derecho a la indemnización de los daños y perjuicios en los supuestos en que operan las restricciones a la exigencia del cumplimiento in natura establecidas en los párrafos segundo del artículo 9:101 y segundo y tercero del 9:102. Tal precepto se manifiesta en los siguientes términos: «*aun cuando el derecho a la pretensión de cumplimiento resulte excluido conforme a esta sección, nada impide la acción de resarcimiento de daños*». La facultad de exigir la indemnización de daños y perjuicios se configura en este precepto como un remedio alternativo a la exigencia de cumplimiento, siempre y cuando no concurren las circunstancias que de conformidad con el artículo 8:108 hacen el incumplimiento justificado²²⁵. De una detallada lectura del artículo 8:102 relativo a la acumulación de remedios —«*los medios que no sean incompatibles pueden acumularse. En particular, las partes no pierden su derecho a la indemnización por daños y perjuicios en caso de haber utilizado cualquier otra vía a la que tengan derecho*»— y de su comentario relativo al *ius variandi*, podría colegirse que el artículo 9:103 no añade nada nuevo, pues como señalan DÍEZ-PICAZO *et alii* «las restricciones a la pretensión de cumplimiento que se recogen en los arts. 9.101 y 9.102 no afectan necesariamente al resto de remedios fundados en el incumplimiento»²²⁶. Los distintos tipos de remedios son independientes unos de otros, pudiéndose acumular los que no sean incompatibles; pero incluso cuando se opta por un remedio, posteriormente se puede ejercitar otro, aun cuando el segundo remedio fuese incompatible con el primero. Como ejemplo, se indica en el comentario de los PECL que «*if, after having claimed specific performance, it learns that the defaulting party has not performed or is not likely to do so within a reasonable time, the aggrieved party may terminate the contract*»²²⁷. Por ello, cuando operan las restricciones a la exigencia de cumplimiento, el acreedor podrá acudir a cualquier otro remedio, siempre y cuando concurren los presupuestos de su ejercicio.

que con su proceder ha provocado el incumplimiento de la otra, no se puede beneficiar de la invocación de la excepción de cumplimiento incumplido para suspender su propia obligación.

²²⁵ Indican MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., que «en todos los casos, se sustituye la pretensión de cumplimiento por la indemnización de daños y perjuicios», lo que debe ser matizado en un doble sentido: por un lado, para que se sustituya la exigencia de cumplimiento por la indemnización es necesario que se cumplan una serie de presupuestos entre los que se encuentra que el incumplimiento no sea justificado; por otro, no sólo se puede sustituir por la indemnización, también podrá exigir cualquier otro remedio siempre que se cumplan los requisitos de su ejercicio, «Algunos mecanismos de protección...», *op. cit.*, p. 2461.

²²⁶ DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 348.

²²⁷ LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, p. 363.

Debe destacarse que el texto de los PECL no contempla, en la misma línea seguida por los PICC, el criterio de la *lex fori* del artículo 28 CISG como limitador del derecho a exigir el cumplimiento. El acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento con independencia de que el órgano juzgador no contemple tal exigencia en su derecho nacional para contratos de compraventa similares. Por ello, en los PECL no se contempla la discrecionalidad de los jueces en orden a la exigencia del cumplimiento. En el comentario al artículo 9:102 se indica que «granting an order for performance thus is not in the discretion of the court; the court is bound to grant the remedy, unless the exceptions of paragraphs (2) or (3) apply. National courts should grant performance even in cases where they are not accustomed to do so under their national law»²²⁸.

Por último debe destacarse que la parte perjudicada, además de poder acudir a cualquiera de los medios de protección que le ofrece el artículo 8:101, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos para cada uno de ellos, puede, en virtud de lo establecido en el artículo 8:102²²⁹, ejercitar de forma acumulada más de un remedio, mientras resulten compatibles, consagrando expresamente la plena compatibilidad de la indemnización de los daños y perjuicios con todos y cada uno de los demás remedios. Por ejemplo, podrá ejercitarse la pretensión de cumplimiento y la indemnización de los daños y perjuicios, o la resolución del contrato y la indemnización, pero no la pretensión de cumplimiento y la resolución del contrato, o la reducción del precio por adolecer las mercancías de la calidad pactada y la resolución del contrato.

2.5.2 CONCLUSIÓN

Si bien los PECL, al conferir con carácter general a la parte perjudicada la posibilidad de exigir el cumplimiento, parecen inclinarse por la pauta seguida en los sistemas de *Civil Law*, sería erróneo concluir que estemos en presencia de dos sistemas idénticos, y ello porque en los PECL se establecen una serie de excepciones tanto a la exigencia de cumplimiento de las obligaciones pecuniarias como a las no pecuniarias, que si bien algunas no son totalmente ajenas a los sistemas de *Civil Law*, entroncan directamente con las impuestas

²²⁸ LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, op. cit., p. 396.

²²⁹ Sobre la compatibilidad de los distintos medios de tutela en consonancia con lo dispuesto en el artículo 8:102 de los PECL, *vid.*, los artículos 45.1 y 61.1 de la CISG y 7.2.1 y 7.2.2 de los PICC.

en los países de *Common Law*²³⁰. Por tanto, debe concluirse, como indica ZIMMERMANN²³¹, que la postura adoptada por los PECL es una solución de compromiso, ya que combina elementos de ambos sistemas, pudiendo darse en la práctica, como advierte PALAZÓN, resultados semejantes, si bien lo que en un sistema es lo general, en el otro es la excepción²³².

²³⁰ Sobre las excepciones a la exigencia de cumplimiento, tanto en las obligaciones pecuniarias como en las no pecuniarias, *vid.*, por todos: DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, pp. 336 a 347; NAVAS NAVARRO, S., *El incumplimiento...*, *op. cit.*, pp. 282 a 285; PALAZÓN GARRIDO, M.L., «El nuevo derecho...», *op. cit.*, pp. 85 y 86; VAQUER ALOY, A., «Incumplimiento...», *op. cit.*, pp. 539 y 540.

²³¹ ZIMMERMANN, R., indica que «el derecho unificado de la compraventa ha intentado situarse en un punto equidistante de los contrapuestos *civil law* y *common law*, aceptando el principio de cumplimiento específico, pero declarando que no es aplicable cuando el tribunal competente, según su derecho nacional, no puede condenar al cumplimiento *in natura* en los contratos de compraventa. También la norma plasmada en los PECL significa un compromiso, puesto que el cumplimiento específico se excluye por el art. 4.102 (2) en cuatro supuestos», *Estudios de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 127 y 128.

²³² PALAZÓN GARRIDO, M.L., «puede apreciarse, de nuevo, que las excepciones, sin ser ajenas al *Civil Law*, enlazan con la regulación de esta acción en el *Common Law*, de modo que, partiendo de vías diferentes (en un sistema es la regla y en otro, la excepción) se llega a resultados parecidos», «Importancia de la...», *op. cit.*, p. 305.

CAPÍTULO II

CONFIGURACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS: CONCEPTO, FUNCIÓN Y PRESUPUESTOS

1. EL CONCEPTO DE LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS

Como ya se ha indicado, son los capítulos 8 y 9 de los PECL los que se dedican respectivamente al incumplimiento y a los medios de tutela, tanto en general como específicos. Ambos integran lo que se ha denominado *lato sensu*, el sistema de responsabilidad contractual de los PECL; siendo el capítulo 8, el dedicado a esbozar lo que podría denominarse principios generales del sistema de responsabilidad contractual, y el capítulo 9, la radiografía de los concretos remedios que integran dicho sistema¹.

El artículo 8:101, que se ocupa de enunciar los medios de tutela de que puede disponer la parte perjudicada por el incumplimiento del contrato, constituye el pilar sobre el que se sustenta todo el sistema de responsabilidad contractual de los PECL. De una lectura detallada del precepto podría colegirse que no sólo se limita a enumerar los medios de tutela a disposición de la parte perjudicada en función del tipo de incumplimiento producido, ya que también podrían deducirse muchos, si no todos los presupuestos exigidos para el ejercicio de los remedios contractuales.

Si bien es cierto que el artículo 8:101 es de vital importancia a la hora de abordar un estudio detallado del sistema de responsabilidad contractual de los PECL, no lo es menos que no contempla una definición de qué debe entenderse por el remedio de la indemnización de los daños contractuales. To-

¹ DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002, p. 317.

mando como punto de referencia los preceptos concretos que establecen la regulación de los daños y perjuicios en los PECL –capítulo 9, sección 5, artículos 9:501 al 9:510– se advierte que dicha sección inicia la regulación del remedio resarcitorio con la enunciación en el párrafo primero del artículo 9:501 de los presupuestos necesarios para el nacimiento del derecho a la indemnización, continuando con el establecimiento, en el artículo 9:502, en consonancia con lo establecido en los artículos 74 CISG y 7.4.2. PICC, del principio general de que la parte que sufre el daño tiene el derecho a volver a la situación lo más semejante posible a la que se hallaría si el contrato se hubiera cumplido en sus justos términos; se produce así la consagración en los PECL de la protección del interés contractual positivo o interés de cumplimiento –la *expectation interest* en la terminología del *Common Law* y *Erfüllungsinteresse* en el Derecho Alemán–, en contraposición a la protección del interés contractual negativo o interés de confianza, –el *reliance interest* en la terminología del *Common Law* y *Vertrauensinteresse* en el Derecho Alemán. Continúa la regulación de la indemnización en los PECL con el establecimiento en los artículos 9:503, 9:504 y 9:505 de una serie de matizaciones, limitaciones a dicho principio general; las formas de cálculo de los daños cuando el contrato se ha resuelto (artículos 9:506 y 9:507); cuando el incumplimiento consiste en el pago retrasado de una cantidad de dinero (artículo 9:508); la cláusula penal (artículo 9:509) y por último, el artículo 9:510 relativo a la moneda en la que deberán evaluarse los daños.

De la regulación que los PECL realizan de la indemnización de los daños y perjuicios se debe concluir que, pese a su tratamiento minucioso y detallado, no ofrecen un concepto de la indemnización de los daños contractuales. Pues bien, si se acude a otros textos unificadores internacionales, se comprueba cómo tampoco ofrecen una definición de la indemnización de los daños y perjuicios. Los PICC dedican su capítulo VII a la regulación del incumplimiento y de los diversos medios de tutela puestos a disposición de la parte perjudicada; en concreto, es la sección IV la que establece el régimen jurídico de la indemnización, y al igual que sucede en los PECL, su regulación se preocupa de exponer cuáles son los presupuestos, límites, formas de cálculo, etc..., pero no de establecer un concepto². Tampoco la CISG –que ofrece una regulación fragmentada de los derechos y acciones del vendedor (artículos 45 a 52, de la sección III, del capítulo II, de la parte II), del comprador (artículos 61 a 65, de la sección III, del capítulo III, de la parte III), y

² Sobre los PICC *vid.*, VOGENAUER, S., KLEINHEISTERKANP, J., (Editores), *Commentary on the Uniform Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

que regula dentro de las disposiciones comunes a las obligaciones del comprador y del vendedor, la indemnización de los daños contractuales (los artículos 74 a 77, sección II, del capítulo IV, de la parte III)– contiene una definición del concepto indemnización de daños y perjuicios. Los artículos 45 y 62, el primero, respecto al vendedor, y el segundo, respecto al comprador, además de enunciar qué medios de protección puede ejercitar la parte perjudicada por el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que le incumben a la otra, constituyen el fundamento para que puedan exigir la indemnización, pero no contienen una definición. Los preceptos que específicamente se ocupan de la indemnización en la CISG, al igual que en los PECL y en los PICC, se limitan a sus presupuestos, extensión, límites, formas de cálculo, etc.³.

Por lo que respecta a los textos unificadores norteamericanos, tampoco el UCC (§2-708 y siguientes), ni el *Restatement* (artículos 346 y siguientes) ofrecen una definición del remedio indemnizatorio.

La situación en el ámbito de los Derechos nacionales no es diferente; así nuestro Código Civil (artículos 1101 y siguientes), el *Codice Civile* italiano (artículos 1218 y siguientes); el *Code Civil* francés (artículos 1146 y siguientes) y el BGB (§ 249 y siguientes) se limitan a establecer, en relación a los daños y perjuicios, sus presupuestos, extensión, límites, formas de cálculo, etc., pero tampoco ofrecen una definición legal del remedio.

No obstante, si bien es cierto que los PECL no establecen en su articulado un concepto legal, no lo es menos que de la regulación contenida en sus artículos 9:501 a 9:510 –como de la regulación del remedio que se aborda en los distintos textos normativos unificadores o nacionales referidos– podemos decir que la indemnización de los daños y perjuicios puede ser definida como el derecho a obtener una compensación pecuniaria como consecuencia de los daños patrimoniales o no patrimoniales, ya sean presentes o futuros, directos o indirectos, padecidos por una parte del contrato por el incumplimiento inexcusable de la otra o de sus auxiliares.

De la anterior definición derivan sus presupuestos generadores; en principio, tres: el incumplimiento inexcusable del contrato, la producción de un daño o daños, y que exista un nexo causal entre el incumplimiento y el daño.

³ En la misma línea, los arts. 82 a 89, de la sección IV, del capítulo V, de la ULIS establecen el régimen jurídico aplicable a la indemnización de los daños y perjuicios. De la misma forma que en los PECL, en los PICC y en la CISG, dedica sus preceptos a establecer presupuestos, límites, cálculo, etc..., pero no a definir qué es el remedio resarcitorio.

2. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA INDEMNIZACIÓN

Si partimos de que la determinación de la naturaleza jurídica de una figura debe referirse a la esencia de la misma, a qué sea realmente, parece lógico entender que para el estudio de la indemnización, debe acudir a su configuración intrínseca, a su estructura⁴.

Es un lugar común afirmar que el simple incumplimiento de las obligaciones dimanantes del contrato no genera la obligación de indemnizar⁵. En efecto, del tratamiento del remedio resarcitorio en los PECL deriva que la parte que incumple un contrato no tiene la obligación de indemnizar por el mero hecho del incumplimiento⁶, sino que tal obligación surge *ex novo* a causa de la producción de unos daños y perjuicios que son consecuencia de un

⁴ Entre los autores clásicos que identifican la naturaleza jurídica de las instituciones con su esencia, *vid.*, GIORGI, G., *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*, Traducida de la séptima edición italiana y anotada con arreglo a las legislaciones española y americanas, por la Redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Volumen II, Madrid, 1909, pp. 258 y ss. y 401 y ss.; POTHIER, R.J., *Tratado de las Obligaciones*, versión directa del *Traité des Obligations*, según la edición francesa de 1824, publicada bajo la dirección de M. Dupin, corregida y revisada por M. C. de las Cuevas, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1993, pp. 245 y ss. y 7 y ss.; y ROTONDI, M., *Instituciones de Derecho Privado*, prólogo, traducción y concordancias al Derecho español por Francisco F. Villavicencio, editorial Labor, Barcelona, 1953, pp. 168 y ss. y 290 y ss. *Vid.*, también un completo estudio sobre la naturaleza jurídica abstractamente considerada en LOIS ESTÉVEZ, J., «Sobre el concepto de “naturaleza jurídica”», *Anuario de Filosofía del Derecho*, N.º 4, 1956, pp. 159 a 182, que la identifica con «la *ratio essendi*; el porqué trascendental que aclara, de una vez para siempre, el instituto; *las formas puras de valor de donde proviene y a que se reduce*. En fin, la naturaleza jurídica persigue un ideal eminentemente científico, que es la *intelección genética*; es decir, la *comprensión de cómo adviene eso que se nos da bajo una institución jurídica*. Comprensión que se logra demostrando cómo una institución cualquiera no es sino implicación y consecuencia de alguna forma de valor jurídico primitiva» (cit. pp. 178 y 179).

⁵ Entre otros, CARRASCO PERERA, A., afirma que «a tenor de una doctrina jurisprudencial, que por reiterada excusa toda cita, el mero incumplimiento obligacional no es fuente de la obligación de prestar la indemnización de daños contractuales. Esta doctrina, que es absolutamente de asentir, conlleva la afirmación más general de que la prestación del *id quod interest* no tiene su fundamento en el incumplimiento, sino en el *daño derivado de él*. En alguna ocasión en que el Tribunal Supremo parece haber afirmado lo contrario, sosteniendo la existencia de una especie de *daño in re ipsa* por el solo incumplimiento, la afirmación deberá entenderse en su términos, ya que generalmente expresa la conclusión, obtenida del examen del caso, de que efectivamente, el daño se produjo. Tomada en otros términos, la afirmación de que el mero incumplimiento es daño, constituye doctrina sin duda errónea», «Comentario a los artículos 1101 a 1107 del Código Civil», en AA. VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (dirigido por Manuel Albaladejo), Tomo XV, Volumen 1.º, Edersa, 1989, Madrid, p. 402.

⁶ Señalan LANDO, O., BEALE, H., que «it is a common feature of the legal systems in the European Communities that damages are awarded only if and to the extent the aggrieved party has suffered a loss as a consequence of the non-performance of the contract. This applies both to pecuniary and to non-pecuniary loss, see on the latter note 4 below. The only exception may be the COMMON LAW where even if the aggrieved party has suffered no loss, nominal damages are allowed in case of breach of contract», *Principles of European Contract Law, Part I: Performance, Non-performance and Remedies*, (Prepared by The Commission on European Contract Law. Chairman: Professor Ole Lando), Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1995, p. 436.

incumplimiento inexcusable del contrato⁷. El fundamento de la pretensión indemnizatoria se encuentra pues en la producción de daños y perjuicios. Por tanto, la indemnización es un efecto, una consecuencia jurídica del incumplimiento inexcusable que produce daños. Sin daño no existe obligación de indemnizar. La indemnización de los daños y perjuicios en los PECL es un reproche civil, una reacción del Derecho que tiende a resarcir, a compensar, los perjuicios patrimoniales o morales, presentes o futuros, directos o indirectos, irrogados por el incumplimiento inexcusable del contrato, restableciendo así el equilibrio y la situación económica en la que se encontraría la parte perjudicada si el contrato no hubiera producido daños como consecuencia del incumplimiento⁸. Por ello, la estructura, la naturaleza jurídica de la indemnización de los daños y perjuicios, es la de ser un resarcimiento económico del perjuicio provocado al acreedor.

Sobre la naturaleza jurídica de la indemnización, en la misma línea adoptada por los PECL, se ha pronunciado nuestro Tribunal Supremo en la sentencia de 28 de abril 1955⁹, afirmando que «*la indemnización de los daños y perjuicios no es una pena que se imponga a su causante y en cuya determinación influyan circunstancias personales ni objetivas, sino que es el resarcimiento económico del menoscabo producido al perjudicado, y por ello, si el causante del perjuicio debe repararlo, tiene que hacerlo en su totalidad para que al restablecerse el derecho perturbado se restablezca también el equilibrio y situación económica anterior a la perturbación sin desproporción entre tal menoscabo y su reparación*». Ello ha sido reiterado en

⁷ En la misma postura adoptada por los PECL, se pronuncia en nuestro Derecho CARRASCO PERERA, A., al indicar que «en contra de una antigua tradición doctrinal que consideraba la reparación del daño contractual como un *effet des obligations* (DOMAT), hay que sostener que la indemnización no es efecto de ninguna obligación preexistente, sino una nueva obligación que surge del *daño injusto de incumplimiento*. Ni se constituye esta indemnización en “objeto de la obligación” incumplida, sino en consecuencia del incumplimiento del deudor», «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, p. 403.

⁸ En nuestra doctrina se pronuncian sobre la naturaleza jurídica de la indemnización de los daños y perjuicios, entre otros: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., afirma que «los daños contractuales tienen naturaleza compensatoria o de resarcimiento y no carácter punitivo», *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Volumen II. Las Relaciones Obligatorias*, 6.ª edición, Civitas, Navarra, 2008, p. 783. Por su parte PINTÓ RUIZ, J.J., sostiene que «la indemnización de los daños y perjuicios es el resultado de una reacción del Derecho, que incide contra la persona que ha causado un daño efectivo, material o moral, a otra, mediando ciertas circunstancias que el ordenamiento jurídico establece. Pero esta reacción no se dirige contra la persona causante el daño, sino de forma indirecta contra su patrimonio, surgiendo en él un nuevo elemento pasivo; esto es, una nueva obligación en el sentido técnico de la palabra, la obligación legal de indemnizar daños y perjuicios», «Voz indemnización de daños y perjuicios», en AA. VV., *Nueva Enciclopedia Jurídica*, (bajo la dirección de Carlos E. Mascareñas y continuada por Buenaventura Pellisé Prats), Tomo XII, ed. Francisco Seix, S. A., Barcelona, 1965, p. 289. *Vid.*, CARRASCO PERERA, A., «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, pp. 402 a 407.

⁹ STS de 28 de abril de 1955, ponente D. Acacio Charrín y Martín Veña (RJ 2009, 1555).

posteriores sentencias, tales como las de 20 de febrero de 1988¹⁰, de 12 de enero de 2009¹¹ y de 10 de septiembre de 2014¹².

3. LA FUNCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN

En los siguientes epígrafes trataremos las cuestiones relativas a los posibles tipos de intereses que el remedio indemnizatorio puede proteger y su efecto sobre la función del mismo, así como cuál es la función adoptada por la indemnización en los PECL y cuáles han sido rechazadas.

3.1 Los posibles tipos de intereses protegidos por la indemnización

La función de la indemnización de daños y perjuicios viene predeterminada por el tipo de interés que dicho remedio protege. Utilizando la terminología más extendida en algunos ámbitos, los intereses protegidos pueden ser tres¹³.

El interés dirigido a la protección de la confianza, interés negativo, *reliance interest* o *Vertrauensinteresse*—, tiene como función situar a la parte cumplidora en la posición lo más parecida posible a la que tenía antes de la celebración del contrato¹⁴. Como afirma TREITEL «is to put the aggrieved par-

¹⁰ STS de 20 de febrero de 1988, ponente D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1988, 1072).

¹¹ STS de 12 de enero de 2009, ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2009, 544).

¹² STS de 10 de septiembre de 2014, ponente D. Francisco Javier Orduña Moreno (RJ 2014, 4800).

¹³ En general, sobre los distintos tipos de intereses que puede proteger la indemnización de daños y perjuicios, *vid.*: ALPA, G., DELFINO, R., *Il contratto nel Common Law inglese*, 3.ª ed., Cedam, Padova, 2005, pp. 186 a 187; GARCÍA RUBIO, M.ª P., *La responsabilidad precontractual en el derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 230 a 254; FULLER, L.L., PERDUE, W.R., *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza*, (Traducción y comentario de derecho español por José Puig Brutau), Bosch, Barcelona, 1957; MORALES MORENO, A.M., «Claves de la modernización del derecho de los contratos», en Lorenzo PRATS ALBENTOSA (Coordinador), *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado*, Tomo III-1, Consejo General del Notariado, Madrid, 2012, pp. 416 y 417; PALAZÓN GARRIDO, M.L., *Los remedios frente al incumplimiento en el Derecho Comparado*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 190 a 193; y TREITEL, G.H., *Remedies for Breach of Contracts. A Comparative Account*, Clarendon Press, 2.ª ed., Oxford, 1989, pp. 82 a 84. Debe destacarse el extenso trabajo de MOTA PINTO, P., *Interesse contractual negativo e interesse contractual positivo*, Volume I y II, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, especialmente el análisis que realiza del interés contractual negativo en el pensamiento de Ihering, ya que precisamente en su teoría sobre la *culpa in contrahendo* se encuentra el origen de la distinción entre el interés positivo y negativo (pp. 166 a 178); así como el estudio que el autor portugués hace de la conocida obra de FULLER y PERDUE *The Reliance Interest in Contract Damages*, abordando la distinción entre el interés de confianza y el interés de cumplimiento (pp. 285 a 353); la función de la indemnización correspondiente al interés negativo (pp. 963 a 1003); y la indemnización en los supuestos de mantenimiento del contrato y su relación con el interés positivo (pp. 1473 a 1603).

¹⁴ Sobre el interés negativo, *vid.*, FULLER, L.L., PERDUE, W.R., *Indemnización de los...*, *op. cit.*, p. 10; MOTA PINTO, P., *Interesse contractual negativo e interesse contractual positivo*, Volume I..., *op. cit.*,

ty into the situation in which he would have been if the contract had never been made»¹⁵.

El interés en la ejecución o cumplimiento del contrato, interés positivo, o *expectation interest* o *Erfüllungsinteresse*¹⁶, tiene como finalidad situar a la parte que sufre los daños derivados del incumplimiento del contrato en una posición lo más parecida posible a la que tendría en caso de que el contrato se hubiera ejecutado en los términos pactados¹⁷. Existe cierto consenso en la mayoría de los sistemas jurídicos sobre que la reparación integral del daño o *full damages rule*, como principio rector del cálculo de la indemnización de los daños y perjuicios, se canaliza mediante la protección del interés contractual positivo o *expectation interest*¹⁸. La indemnización debe concretarse en una suma de dinero equivalente al daño íntegramente padecido, de forma que no quede parte del mismo sin resarcir, y sin que la indemnización suponga un enriquecimiento para la parte perjudicada, lo que no es más que una conse-

pp. 285 a 353 y Volume II..., *op. cit.*, pp. 963 a 1003; PALAZÓN GARRIDO, M.L., *Los remedios frente...*, *op. cit.*, p. 190; y TREITEL, G.H., *Remedies for Breach...*, *op. cit.*, p. 83.

¹⁵ TREITEL, G.H., *Remedies for Breach...*, *op. cit.*, p. 83.

¹⁶ Sobre el interés positivo, *vid.*, FULLER, L.L., PERDUE, W.R., *Indemnización de los...*, *op. cit.*, p. 10; MOTA PINTO, P., *Interesse contractual negativo e interesse contractual positivo*, Volume I..., *op. cit.*, pp. 285 a 353 y *Interesse contractual negativo e interesse contractual positivo*, Volume II..., *op. cit.*, pp. 1473 a 1603; PALAZÓN GARRIDO, M.L., *Los remedios frente...*, *op. cit.*, pp. 190 a 193; y TREITEL, G.H., *Remedies for Breach...*, *op. cit.*, pp. 82 y 83.

¹⁷ Respecto al interés positivo, indica OLIVA BLÁZQUEZ, F., que «se ha afirmado que este principio refleja una fuerte influencia de los modelos indemnizatorios recogidos en los países del “common law”, donde la disciplina del resarcimiento gira en torno a los “expectation interests” y tiene como finalidad la de colocar a la parte acreedora del cumplimiento en la misma posición en la que se encontraría de no haberse ratificado tal incumplimiento», «Aceptación, contraoferta y modificación del contrato de compraventa internacional a la luz del artículo 8 del Convenio de Viena, la indemnización de daños y perjuicios y el “deber de mitigar” “ex” artículo 77 CISG. Comentario a la STS de 28 de enero 2000 (RJ 2000, 454)», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2000, I, número 5, p. 205. *Vid.*, también MOTA PINTO, P., *Interesse contractual negativo e interesse contractual positivo*, Volume I..., *op. cit.*, pp. 294 y 295.

¹⁸ FULLER, L.L., PERDUE, W.R., *Indemnización de los...*, *op. cit.*, p. 10; MOTA PINTO, P., *Interesse contractual negativo e interesse contractual positivo*, Volume II..., *op. cit.*, pp. 1473 a 1479; y PALAZÓN GARRIDO, M.L., *Los remedios frente...*, *op. cit.*, pp. 190 a 192. El *Restatement*, a diferencia de los PECL y de la mayoría de los sistemas jurídicos de nuestro entorno, acoge los tres posibles tipos de intereses. El §344 titulado *Purposes of Remedies* dispone que «*judicial remedies under the rules stated in this Restatement serve to protect one or more of the following interests of a promise: (a) his “expectation interest”, which is his interest in having the benefit of his bargain by being put in as good a position as he would have been in had the contract been performed, (b) his “reliance interest”, which is his interest in being reimbursed for loss caused by reliance on the contract by being put in as good a position as he would have been in had the contract not been made, or (c) his “restitution”, which is his interest in having restored to him any benefit that he has conferred on the other party*». No obstante lo anterior, el comentario al artículo citado otorga un papel principal al interés positivo al establecer que «*the law of contract remedies implements the policy in favor of allowing individuals to order their own affairs by making legally enforceable promises. Ordinarily, when a court concludes that there has been a breach of contract, it enforces the broken promise by protecting the expectation that the injured party had when he made the contract. It does this by attempting to put him in as good a position as he would have been in had the contract been performed, that is, had there been no breach. The interest protected in this way is called the “expectation interest”*».

cuencia de la naturaleza meramente compensatoria o resarcitoria del remedio indemnizatorio.

Por último, un tercer tipo de interés propio, muy remarcado de los sistemas de *Common Law*, es el dirigido a obtener la restitución de la prestación obtenida por la parte incumplidora o *restitution interest*, que tiene como función reintegrar en el patrimonio del sujeto cumplidor la prestación que ha obtenido la parte que ha incumplido. Con la protección del interés de restitución se persigue evitar el enriquecimiento injustificado de la parte incumplidora¹⁹.

3.2 La función resarcitoria adoptada por los PECL: la protección del interés positivo

Para la determinación de la naturaleza, dentro de los tres tipos señalados, del interés protegido por la indemnización de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual en los PECL, se debe acudir al estudio del artículo 9:502, que se puede estructurar en dos partes²⁰:

La primera dispone que la indemnización de los daños y perjuicios ha de consistir en una cantidad de dinero que sitúe al acreedor perjudicado por el incumplimiento «*en una posición lo más próxima posible a la que hubiera disfrutado de haberse ejecutado correctamente los términos del contrato*». La indemnización de los daños y perjuicios se decanta así a favor de la protección del llamado interés positivo²¹. Cumple con ello una función exclusi-

¹⁹ Sobre el interés dirigido a la restitución de lo entregado o *restitution interest*, *vid.*, FULLER, L.L., PERDUE, W.R., *Indemnización de los...*, *op. cit.*, pp. 9 y 10; MOTA PINTO, P., *Interesse contractual negativo e interesse contractual positivo*, Volume I..., *op. cit.*, pp. 291; PALAZÓN GARRIDO, M.L., *Los remedios frente...*, *op. cit.*, p. 190; y TREITEL, G.H., *Remedies for Breach...*, *op. cit.*, pp. 83 y 84.

²⁰ LANDO, O., BEALE, H., afirman en relación al art. 9:502 PECL que «combines the widely accepted “expectation interest” basis of damages and the traditional rule of “damnum emergens” and “lucrum cessans” of Roman law, namely that the aggrieved party is entitled to compensation of such amount as will give it the value of the defeated contractual expectation» *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, p. 438.

²¹ Sobre la función reparadora de la indemnización de los daños y perjuicios en los PECL se pronuncian, entre otros: Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., afirmando que «la función del remedio indemnizatorio es resarcir el daño causado por el incumplimiento del contrato. Es presupuesto necesario el que el incumplimiento produzca un daño. El incumplimiento en sí mismo no constituye daño resarcible», *op. cit.*, p. 370; CHENGWEI, L., indica que «the principle of full compensation Under the three texts «makes it clear that the Basic philosophy of the action for damages is to place the injured party in the same economic position he would have been in if the contract had been performed»», «Remedies for Non-performance: Perspective from CISG, UNIDROIT & PECL», <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei-74.html>, p. 3; NAVAS NAVARRO, S., afirma que «con carácter general, el art. 9:502 prescribe que la indemnización debe consistir en una cantidad de dinero que coloque al contratante perjudicado tan cerca posible de la situación en que estaría si el contrato se hubiera cumplido. Se trata de indemnizar, en

vamente indemnizatoria, compensatoria o reparadora²². Afirmada la protección del interés positivo por parte del remedio indemnizatorio, cabría plantearse qué ocurriría en aquellos supuestos en que dicho remedio concurre con el ejercicio de la resolución del contrato. Esta cuestión será analizada en el capítulo siguiente.

La segunda parte del mencionado artículo 9:502 PECL dispone que la indemnización comprenderá «*las pérdidas efectivamente sufridas por la parte perjudicada y las ganancias que haya dejado de obtener*». Suma al valor de la pérdida sufrida, es decir, el *damnum emergens*, el de las ganancias que haya dejado de obtener el acreedor como consecuencia del incumplimiento, es decir, el *lucrum cessans* (*actual loss* y *loss of profit*, respectivamente en la terminología del *Common Law*)²³. Contempla la regla

la línea de la CV (art. 74) y de los Principios UNIDROIT (art. 7.4.2.), el interés contractual positivo o interés de cumplimiento (*erfüllungsinteresse, expectation interest*), excluyéndose el interés contractual negativo o interés de la confianza (*Vertrauensinteresse, reliance interest*), es decir, la situación en la que se encontraría si no hubiera celebrado el contrato, si no hubiera confiado en la ejecución del contrato», «El resarcimiento de daños en los Principios de Derecho de los Contratos (Con especial referencia al Derecho español)», *Actualidad Civil*, 2000, pp. 1241 y 1242.

²² En la misma línea resarcitoria o compensatoria de los PECL se manifiestan, en relación a la CISG: ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., afirmando que «la razón de ser de la acción por daños y perjuicios es la de situar a la parte cumplidora en la misma posición que ostentaría de haberse cumplido el contrato (interés contractual positivo o expectation interest)», *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, p. 224; VIGURI PEREA, A., sostiene que la indemnización «cumple una función exclusivamente indemnizatoria o compensatoria», *Los Contratos Comerciales Internacionales: análisis de la compraventa desde la perspectiva del Derecho Comparado (Derecho español, Derecho norteamericano, Principios Unidroit y Convenio de Viena)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007, p. 236. Sobre la función del resarcimiento en el *Common Law*, MCGREGOR, H., sostiene que «la regla básica de que el resarcimiento es posible como compensación de la pérdida resultante del incumplimiento de un contrato», *Contract Code...*, *op. cit.*, p. 111; para ALPA, G., DELFINO, R., «la regola fondamentale in materia di *damages* nel *common law* inglese è che il danno deve essere inteso come misura del risarcimento e quindi ha funzioni meramente *satisfattive damages are compensatory*», *Il contratto nel...*, *op. cit.*, p. 185; TREITEL, G.H., señala que «*damages are compensatory. The definition of the interests protected by the law of contract (infra ss. 82-5) contains in itself some limitation of liability. It is based on the assumption that there must be some injury to these interests before damages will be awarded. In other words, it reflects the principle that damages are compensatory. This principle limits the extent of recoverable damages in various ways*», *Remedies for Breach...*, *op. cit.*, p. 76. En relación al Código Europeo de Pavía destaca VICENTE DOMINGO, E., la función reparadora del remedio resarcitorio, «El resarcimiento de daños», en AA. VV., *Código Europeo de Contratos*, Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), Tomo II Comentarios en Homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos, (dirigido por Carlos Vattier, José M.^a de la Cuesta y José M.^a Caballero), Dykinson, Madrid, 2003, p. 614.

²³ «The legal systems seem to agree that the general measure of damages should be such as to put the aggrieved party into the position in which he would have been if the contract had been duly performed. In the Common Law this measure of damages has come to be called the expectation interest (see *Fuller & Perdue* (1936) 46 Yale L. J. 52), in Germany and Austria "*positives Interesse*" or "*Erfüllungsinteresse*". It is contrasted with the reliance interest which aims at putting the aggrieved party into the position in which he would have been if the contract had not been concluded (German "*Vertrauensinteresse*")», LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, p. 440.

general del denominado principio de reparación total o integral del daño (*full compensation*), mediante la que se ejecuta la protección del interés positivo²⁴.

En definitiva, la función resarcitoria que tiene la indemnización de daños y perjuicios dentro del sistema de responsabilidad contractual diseñado por los PECL²⁵, no es más que la consecuencia lógica del concepto y naturaleza jurídica establecidos. Si, como se ha dicho, la indemnización no es más que el derecho a obtener una compensación pecuniaria como consecuencia de los daños patrimoniales o morales, ya sean presentes o futuros, directos o indirectos, padecidos por una parte del contrato por el incumplimiento inexcusable de la otra o de sus auxiliares; y su estructura es la de ser un resarcimiento económico del perjuicio provocado al acreedor, en ningún caso se puede atribuir a este remedio una función punitiva, ni de enriquecimiento injusto, ni cualquier otra que no sea la resarcitoria²⁶.

²⁴ También se reconoce al acreedor la protección del interés positivo en los arts. 7.4.2 PICC, III-3:702 DCFR, 160 CESL y 1207 PMCC. *Vid.*, MCKENDRICK, E., «Commentary Arts. 7.4.1 a 7.4.13», en AA. VV., *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, (edited by STEFAN VOGENAUER AND JAN KLEINHEISTERKANP), Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 872 a 879; PALAZÓN GARRIDO, M.L., *Los remedios frente...*, *op. cit.*, p. 192; y VAQUER ALOY, A., «La indemnización de daños contractuales en la Propuesta de Reglamento sobre un Derecho común europeo de la compraventa (CESL)», *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 1 (enero-marzo, 2015), p. 9.

²⁵ En el Derecho español se pronuncian sobre la función de los daños y perjuicios, entre otros: ALBALADEJO GARCÍA, M., señalando que «tendiendo la indemnización a que el acreedor se rezarsa de los daños y perjuicios sufridos a causa del incumplimiento o del cumplimiento inexacto», *Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones, Volumen primero. La obligación y el contrato en general*, 10.^a ed., Bosch, Barcelona, 1997, p. 199; CAPILLA RONCERO, F., sostiene que «dándose todos sus presupuestos, el derecho a la reparación y el correlativo deber de reparar surgen con la finalidad de eliminar el daño causado por el incumplimiento de la prestación original, predisponiendo el ordenamiento los medios necesarios para imponer la observancia de tal deber, incluso coactivamente», *La Responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, Fundación Universitaria de Jerez, 1989, p. 49. *Vid.*, también CARRASCO PERERA, A., «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, pp. 407 a 409; CRISTÓBAL MONTES, A., *El incumplimiento de las obligaciones*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 219; LLAMAS POMBO, E., «Comentario a los artículos 1.096 a 1.109 del Código Civil», en AA. VV., *Jurisprudencia Civil Comentada, Código Civil*, Tomo II, (dirigido. Miquel Pasquau Liaño), Comares, Granada, 2000, pp. 1812 y 1813; MORALES MORENO, A.M., «Claves de la...», *op. cit.*, pp. 416 y 417; y PALAZÓN GARRIDO, M.L., *Los remedios frente...*, *op. cit.*, pp. 186 a 188.

²⁶ Sobre la función de la indemnización de los daños y perjuicios ha declarado la STS de 1 de julio de 1993, ponente D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1993, 5784) que «es doctrina reiterada de esta Sala que el fin de la indemnización es tanto como reparación o compensación y trata de conseguir que el patrimonio del lesionado quede, por efecto de la indemnización y a costa del responsable del daño, en situación igual o, al menos equivalente al que tenía antes de haber sufrido el daño». En la misma línea se pueden *vid.*, también las SSTs de fecha 10 de marzo de 2009, ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2009, 2796) y de 20 de mayo de 2009 ponente, D. José Almagro Nosete (RJ 2009, 3184).

3.3 Las funciones de la indemnización de daños y perjuicios rechazadas por los PECL

3.3.1 LOS *NOMINAL DAMAGES*

Tal y como se encuentra configurado el remedio resarcitorio en los PECL, sin la prueba de los daños no existe deber de indemnizar. La indemnización no cumple una función declarativa del incumplimiento, su función es, como ya se ha indicado, puramente resarcitoria, por lo que no tienen acogida los llamados los *nominal damages*²⁷. Los daños nominales o *nominal damages* son una figura propia del *Common Law* que impone una simbólica indemnización a la parte incumplidora en aquellos supuestos en los que, aun habiendo incumplimiento, no se han producido daños. Uno de los logros del *Contract Code* de MCGREGOR en pro del acercamiento entre el *Common Law* y el *Civil Law*, es la supresión de los tradicionales *nominal damages*. La anterior afirmación ha sido plasmada en el artículo 432 que establece que «*no procede el remedio de resarcimiento cuando el demandante no logre probar el daño a él ocasionado por el incumplimiento del contrato*»²⁸.

3.3.2 LOS *PUNITIVES DAMAGES*

De la misma forma que sin daño no existe la obligación de indemnizar, tampoco la parte insatisfecha puede obtener una suma pecuniaria superior al

²⁷ Sobre el rechazo de los PECL a los *nominal damages*, *vid.*, por todos: Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 370; MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., «Mecanismos de protección en caso de incumplimiento contractual. Cumplimiento específico e indemnización por daños y perjuicios», en AA. VV., *Bases de un Derecho Contractual Europeo*, (editores Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 466; PALAZÓN GARRIDO, M.L., «El nuevo derecho contractual europeo: incumplimiento y remedios», en AA. VV., *Europa y los nuevos límites de autonomía privada*, (Juan Miguel Ossorio Serrano ed.), Universidad de Granada, 2005, p. 88. Tampoco han tenido acogida los *nominal damages* en la CISG, *vid.* al respecto: VIGURI PEREA, A., *Los Contratos Comerciales...*, *op. cit.*, p. 236; PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario artículo 74», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, p. 580.

²⁸ Al respecto, ha señalado ZIMMERMANN, R., que «el perjudicado debe haber sufrido un daño. Esto es consustancial a los ordenamientos jurídicos de *civil law*. Los tribunales ingleses pueden conceder, por su parte, “*nominal damages*”. Se trata simplemente de una reminiscencia histórica superada de una época en que la acción meramente declarativa era inadmisibles; ya que en el siglo XIX se señalaba a los “*nominal damages*” como un mero “colgador” (“*peg*”) para las sentencias sobre costas», *Estudios de Derecho Privado Europeo*, (traducción Vaquer Aloy), Civitas, Madrid, 2000, p. 128.

daño que se le haya irrogado por el incumplimiento²⁹; por lo que la indemnización no desempeña una función preventivo-punitiva, no se persigue imponer un correctivo al dedudor incumplidor³⁰. En los PECL³¹ no tienen cabida los *punitives damages* ni los *exemplary damages*³². El remedio resarcitorio no persigue castigar al sujeto incumplidor, sino compensar económicamente al que sufre los daños mediante una indemnización acorde con los perjuicios. La indemnización se orienta, como ya se ha reiterado, en situar a la parte perjudicada por los daños derivados del incumplimiento en una situación lo más parecida posible a la que se hubiera encontrado de haberse cumplido el contrato. El artículo 9:502 consagra el principio de reparación integral del daño, que encuentra una importante limitación en la regla de la previsibilidad (artículo 9:503). El *test* de previsibilidad tiene un efecto atenuador de la indemnización, limitándola a los daños previstos o previsibles en el momento de la celebración del contrato. Tal limitación desaparece cuando el sujeto deudor incumple de

²⁹ En relación a la admisibilidad de los *punitives damages* en el Derecho español y en general en los países europeos, *vid.*, entre otros: DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., *Daños punitivos*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 41 a 159; DEL OLMO GARCÍA, P., «Punitive Damages in Spain», en AA. VV., *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Springer, Viena, 2009, pp. 137 a 154; PALAZÓN GARRIDO, M.L., *Los remedios frente...*, *op. cit.*, pp. 187 y 188; OTERO CRESPO, M., «Punitive Damages under Spanish Law: a subtle recognition», en AA. VV., *The Power of Punitive Damages. Is Europe Missing Out?*, Intersentia, Cambridge, 2012, pp. 283 a 310; REQUEJO ISIDORO, M., «Punitives damages y su notificación en el contexto del Convenio de la Haya de 15 de octubre de 1965», *Revista Española de Derecho Internacional Privado*, vol. 48, n.º 2, 1996, pp. 71 a 98 y «Punitives Damages: How do they look like when seen from abroad?», en AA. VV., *The Power of Punitive Damages. Is Europe Missing Out?*, Intersentia, Cambridge, 2012, pp. 311 a 335; y VANLEENHOVE, C., «Punitive Damages and European Law: Quo vademus?», en AA. VV., *The Power of Punitive Damages. Is Europe Missing Out?*, Intersentia, Cambridge, 2012, pp. 337 a 353.

³⁰ Sobre el papel de los *punitives damages* en el *Common Law*, indica TREITEL, G.H., que «the third consequence of the principle that damages for breach of contract are compensatory is that generally speaking 'punitive' (also called 'exemplary') damages will not be awarded for breach of contract. Such damages may be awarded in tort cases, not to compensate the plaintiff but to indicate the tribunal's disapproval of the conduct of the defendant. They should strictly speaking be distinguished from damages for injured feelings or mental suffering which are regarded as compensatory in the sense that they are based on the hurt to the plaintiff and not on a desire to punish the defendant, though in practice courts or juries seem sometimes to lose sight of the distinction», *Remedies for Breach...*, *op. cit.*, p. 78. En la actualidad, también rechaza la función preventiva-punitiva de la indemnización, el art. 433 del *Contract Code*, estableciendo que «el resarcimiento de daños por incumplimiento de contratos, aunque éste sea deliberado, no se concede ni como castigo para la parte incumplidora, ni como ejemplo para otros». Al respecto, señala PALAZÓN GARRIDO, M.L., que los *punitives damages* están «admitidos en algunos casos de responsabilidad civil extracontractual, La Cámara de los Lores restringió fuertemente su admisión en el caso *Addis v. Gramophone Co Ltd* (1909). Esta interdicción de los punitive damages se compeadece con el rechazo a las cláusulas penales en Derecho inglés», *Los remedios frente...*, *op. cit.*, p. 188.

³¹ En el mismo sentido se manifiestan en relación a la CISG, entre otros: VIGURI PEREA, A., *Los Contratos Comerciales...*, *op. cit.*, p. 237 y PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario artículo 74», *op. cit.*, p. 580.

³² Al respecto, MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., señalan que «quedarían excluidos, en todo caso, los daños punitivos (los *punitives damages*), que son los que tienden a penalizar a la parte causante de unos daños derivados de una actitud fraudulenta», «Mecanismos de protección...», *op. cit.*, p. 466.

forma deliberada o con negligencia grave. Que el deudor doloso no se beneficie del *test de previsibilidad* no puede ser argumento para sostener que en tales supuestos la indemnización tenga una función preventivo-punitiva, puesto que, si bien se extienden los daños a indemnizar, dicha extensión tiene como límite los efectivamente producidos³³. No se castiga al deudor en atención a su conducta, sino que no se beneficia, no se atenúa su deber de indemnizar íntegramente los daños producidos³⁴.

³³ DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., afirman que la excepción al *test de previsibilidad* del art. 9:503 «en el fondo, no es más que acoger el principio de indemnización integral con todo su rigor», *op. cit.*, p. 378. Interesantes resultan las reflexiones de PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *Anuario de Derecho Civil*, 1991, pp. 1023 a 1043, en relación a la ausencia de función preventiva-punitiva del artículo 1007. II del CC.

³⁴ En la misma línea se ha pronunciado nuestra jurisprudencia, entre otras, la STS de 20 de febrero de 1988, ponente D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1988, 1072), para la que el remedio de la indemnización de daños «no es una que se imponga al incumplidor causante de ellos, sino que es el resarcimiento económico del menoscabo producido al perjudicado, y por ello, si la reparación tiene que ser total para restablecer el equilibrio y situación anterior al incumplimiento, ha de hacerse sin desproporción entre tal menoscabo y su reparación». Más contundente se muestra la STS de 12 de enero de 2009, ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2009, 544), al señalar que «el Sr. Ángel Jesús se fue a litigar a los Tribunales de Florida reclamando unas cifras astronómicas (nada menos que 455.000.000 dólares USA más los intereses y costas) en base a una figura inexistente en el Derecho Español: los “punitive damages”, o sanción indemnizatoria que en la jurisdicción y legislación americana, constituye un plus de compensación por los daños y perjuicios sufridos que fija de forma libérrima el jurado y que guarda relación con la posición económica de la parte que la sufre, en este supuesto, Usa Sogo, Inc., de modo que, a mejor situación patrimonial, mayor es la cuantía de la sanción, cuando en realidad, los “daños reales”, siempre según el Sr. Ángel Jesús eran muy inferiores como reconoció el Sr. Ángel Jesús en la respuesta a la posición 11.ª». En la misma línea la STS de 9 de mayo de 2011, ponente D. José Antonio Seijas Quintana (RJ 2011, 3845): «el contrato bilateral no puede ser resuelto sino por incumplimiento de una de las partes (artículo 1124 CC), salvo el mutuo disenso, de tal forma que la resolución unilateral, como tal, genera la responsabilidad del deudor, que se traduce en la indemnización de los daños y perjuicios originados (artículo 1101), si las consecuencias producidas han sido probadas por quien reclama y derivan del pretendido incumplimiento, tanto su existencia como la cuantía, en la forma prevista en los artículos 1106 CC y 1107, teniendo en cuenta que el incumplimiento contractual no genera el desencadenamiento inexorable de los daños y perjuicios y su reparación –SSTS 29 de marzo 2001 (RJ 2001, 10216); 23 de marzo 2007 (RJ 2007, 2353)–. El primero determina los daños resarcibles comprendiendo el daño emergente y el lucro cesante. El segundo, la extensión indemnizatoria. En ambos casos, el principio de la total indemnidad del perjudicado actúa como límite del resarcimiento (SSTS de 13 de abril de 1987; 26 de noviembre de 1994; 20 de mayo 2009), por cuanto el resarcimiento tiene por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento [SSTS de 6 de octubre de 1982 (RJ 1982, 5540); 2 de abril de 1997 (RJ 1997, 2726)], pero no procuran una ganancia o un enriquecimiento al perjudicado. De modo, pues, que se reparan los daños efectivamente sufridos, ya que no conoce nuestro Derecho los llamados “daños punitivos” ni tiene ahora función la idea de una “pena privada” (STS 19 de diciembre 2005 (RJ 2006, 295)]. Y es evidente que la sentencia no infringe el artículo 1106, antes al contrario, lo aplica de una forma ponderada, como permite el artículo 1103 del Código Civil, concediendo una indemnización inferior a la reclamada porque entiende que “no se funda en los beneficios que objetivamente se hubieran obtenido” y que de abonarse el total de lo reclamado se estaría produciendo un enriquecimiento injusto, “puesto que se solicita el íntegro margen comercial directo que hubiera obtenido durante todo el periodo que faltaba para concluir el contrato”, y no es posible pretender una duplicidad del “beneficio que se hubiera obtenido por el contrato resuelto y a la vez los beneficios que se obtengan por la nueva contratación”». Con relación a las declaraciones jurisprudenciales realitivas a los daños punitivos, *vid.*, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., *Daños punitivos*, *op. cit.*, pp. 151 a 159.

En tal sentido, no está de más reconocer que en el Derecho Comunitario, el Reglamento (CE) N.º 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II») ³⁵, advierte de la posible oposición de los *punitives damages* y los *exemplary damages* al orden público. Concretamente, en su considerando número 32 se indica que «*consideraciones de interés público justifican, en circunstancias excepcionales, el recurso por los tribunales de los Estados miembros a excepciones basadas en el orden público y en leyes de policía. En particular, la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento que condujera a la asignación de daños e intereses ejemplares o punitivos de naturaleza excesiva, puede, según las circunstancias del caso y el ordenamiento jurídico del Estado miembro del órgano jurisdiccional competente, considerarse contraria al orden público del foro*» ³⁶. El tenor literal del considerando citado no rechaza todas las indemnizaciones con función punitiva o ejemplar, sino sólo las que resulten de *naturaleza excesiva* ³⁷.

En el campo de la responsabilidad civil, un amplio sector de nuestra doctrina ha rechazado, apoyándose en que la Constitución reserva el ejercicio de la potestad sancionadora a los ámbitos penales y administrativos, el carácter punitivo de las indemnizaciones. En este sentido, DÍEZ-PICAZO ha afirmado que «en los Derechos europeos continentales, la función punitiva la cumplen exclusivamente las normas penales, acompañadas a veces por lo que se ha llamado el Derecho administrativo sancionador» ³⁸. A los argumentos constitucionales, MARTÍN CASALS añade estrictas razones de Derecho privado ³⁹. Debe indicarse que también se ha argumentado en contra de la aceptación de los *punitives damages*, que su aceptación podría dar lugar a un enriquecimiento del que sufre el daño, lo que ha llevado a DÍEZ-PICAZO a señalar que «si se

³⁵ DOCE L 199 de 31 de julio de 2007, pp. 40 a 49 (consultar en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:199:0040:0049:ES:PDF>).

³⁶ Lo anterior debe ponerse en relación con el artículo 26 de dicho Reglamento que indica que «*sólo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro*».

³⁷ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., *Daños punitivos*, *op. cit.*, pp. 170 a 172; y REQUEJO ISIDORO, M., «Punitives Damages: How...», *op. cit.*, pp. 315 a 317. La misma autora en las pp. 320 a 320 analiza el significado de «excesiva».

³⁸ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, V La Responsabilidad Civil Extracontractual*, 1.ª edición, Civitas, Navarra, 2011, p. 24. Niegan la función preventiva-punitiva de la indemnización en el ámbito contractual, entre otros: LLAMAS POMBO, E., *Cumplimiento por equivalente...*, *op. cit.*, pp. 85 y ss. y VERDERA SERVER, R., *El Cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1995, pp. 66 y 67.

³⁹ MARTÍN CASALS, M., «Notas sobre la indemnización por daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982», en AA. VV., *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, tomo II, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1231 a 1273.

quiere castigar y se está autorizado para castigar, no parece justo ni equitativo proporcionar a quien sufrió un daño sumas que sean superiores a este daño, porque en tal caso se le está enriqueciendo. Si se considera justo obtener del autor de un hecho ilícito exacciones, multas o cosa parecida, más allá del importe del daño efectivamente causado, lo justo es que estas sumas vayan a parar a manos del común o lo que es lo mismo al Tesoro público»⁴⁰.

Por último, debe destacarse, que no faltan autores que sostienen la adopción, en determinados casos y con los controles necesarios, de los daños punitivos. Entre los que con mayor detalle han abordado la cuestión debe citarse a REGLERO CAMPOS, quien ha indicado «que, con las necesarias cautelas y sometida a rigurosos mecanismos de control, una eventual adopción de los “punitives damages” por el Derecho español (bien en su estado puro, bien bajo la fórmula de los “múltiples damages”) coadyuvaría a dotar a la responsabilidad civil de una, creo que deseable, más eficaz función disuasoria. Yo no veo mal que el perjudicado pueda obtener un *plus* de indemnización atendiendo no sólo al hecho de que ha sufrido un daño determinado y a su entidad, sino también a la forma en que se produjo, y a las circunstancias que rodearon el hecho (singularmente el beneficio que obtuvo el dañante por el acto ilícito) tampoco que se imponga un cierto castigo económico a quien lo causó, cuando lo hizo de una forma particularmente intolerable, y que afectaría a uno de los elementos más sensible de su esfera jurídica: su patrimonio»⁴¹.

3.3.3 EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO

Por último, tampoco tiene la indemnización de daños y perjuicios en los PECL la función de evitar que la parte incumplidora se beneficie por la no realización de la prestación pactada⁴². No se protege el *restitution interest*. La

⁴⁰ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, V..., op. cit.*, p. 26.

⁴¹ REGLERO CAMPOS, F., «Capítulo I. Conceptos generales y elementos de delimitación», en AA. VV., *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, Parte General, L. Fernando Reglero Campos coordinador, cuarta edición, Aranzadi, Navarra, 2008, p. 89. *Vid.* también las pp. 90 a 92 en las que rebate los argumentos relativos a la prohibición constitucional y el enriquecimiento injustificado de los punitives damages, así como establece el régimen que considera adecuado aplicarles.

⁴² Sobre la complejidad que presenta la relación entre el daño y el enriquecimiento injusto o enriquecimiento sin causa, afirma DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., que «en el caso de violación de derechos absolutos, las acciones de daños y las de restitución de enriquecimientos se pueden conciliar, más, seguramente, no es tan fácil hacerlo cuando estamos hablando de lesión de derechos de crédito y de incumplimientos contractuales», «Commodum ex negotiatione», *Anuario de Derecho Civil*, 2007, p. 1604. Continúa negando dicho autor que pueda realizarse una interpretación extensiva de la solución prevista en el art. 1186 CC a los supuestos en los que el deudor incumplidor ha transmitido la cosa cierta y determinada que constituía el objeto del contrato y ha obtenido con ello una ganancia. Después de analizar la cuestión en la

indemnización se sitúa en la esfera del acreedor y toma como base los daños que el incumplimiento le ha producido, y no los posibles beneficios que haya obtenido el deudor por el incumplimiento. La indemnización no tiene la función de privar al deudor del enriquecimiento injustificado obtenido por el incumplimiento. La indemnización persigue el equilibrio patrimonial, mediante el oportuno resarcimiento, no las ganancias obtenidas por el que incumple⁴³.

jurisprudencia anglosajona y en el Derecho alemán concluye señalando que «no pueden negarse las dificultades de la extensión del Derecho de Enriquecimiento a los incumplimientos contractuales, aunque se limiten a incumplimientos que resulten especialmente reprobables o inicuos, como le gusta decir a la jurisprudencia norteamericana. Entre nosotros al deudor doloso se le ensancha la responsabilidad por daños, pero sólo la responsabilidad por daños. Pasar de la responsabilidad por daños a otro tipo de soluciones, como las restitutorias, no deja de tener algún regusto punitivo que no se ve razón para admitir a falta de normas legales al respecto», p. 1615. Sobre la difícil relación que venimos comentando, GARCÍA RUBIO, M.^oP., esgrime motivos de justicia contractual en sentido estricto, puesto que «el contrato establece una relación entre las partes en cuya virtud el deudor tiene una obligación de cumplir lo prometido. La tarea del derecho es corregir el injusto que se sigue del incumplimiento atendiendo precisamente al interés del acreedor, para lo cual son apropiados los remedios de ejecución *in natura*, resolución, indemnización y los otros desarrollados por el derecho de contratos. A diferencia de lo que ocurre con el acreedor, las visicitudes patrimoniales del deudor a consecuencias de su conducta quedan fuera del ámbito contractual. Por eso, la restitución de ganancias que haya obtenido a consecuencias de su incumplimiento carecerá normalmente de relevancia en el ámbito contractual, al carecer de fundamento desde el punto de vista de la justicia contractual. El remedio deviene más bien un instrumento punitivo, cuya función es prevenir el incumplimiento. Si se atiende al derecho del acreedor resulta irrelevante el enriquecimiento que haya obtenido el deudor a consecuencias de su propio incumplimiento, porque ello no afecta el interés económico que el contrato reconoce al acreedor. Esto sólo sucede en los casos en que este interés económico exclusivo que el contrato garantiza es afectado por el incumplimiento como ocurre, por ejemplo, si se infringe una cláusula válida de no competencia, obteniéndose un beneficio que el contrato aseguraba privativamente al acreedor. Pero en este tipo de casos, según el ponente, de ser aceptada la acción de enriquecimiento, la función de la obligación del deudor no es restitutoria ni indemnizatoria, sino simplemente punitiva», «Restitución de beneficios obtenidos por intromisión en derecho ajeno, por incumplimiento contractual y por ilícito extracontractual», en AA. VV., *Derecho de daños*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 107 a 109, *vid.*, también pp. 100 a 117. *Id.*, también, entre otros: BARROS BOURIE, E., «Restitución de ganancias por intromisión en derecho ajeno, por incumplimiento contractual y por ilícito extracontractual», en AA. VV., *Derecho de daños*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 32 a 59; y CARRASCO PERERA, A., «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, p. 668. Hace más de 20 años PANTALEÓN PRIETO, F., sostuvo en relación al art. 1186 CC, que su aplicación no sólo era aplicable al *commodum ex re*, sino también al *commodum ex negotiatione*. Dicho autor defendió «que si el deudor enajena a un tercero la cosa debida, el acreedor podrá optar por exigir de aquél, con apoyo en el mencionado precepto, la cesión de la pretensión a la contraprestación debida por el tercero, o la entrega de lo ya satisfecho por éste; alternativa que interesará especialmente al acreedor, cuando, con ella, pueda obtener una suma mayor que la que conseguiría, como indemnización de daños y perjuicios, por la vía de la responsabilidad contractual: si la contraprestación del tercero tiene un valor superior al valor de mercado de la cosa debida, y si no cabía razonablemente prever que, de haber cumplido el deudor, el acreedor hubiera logrado celebrar con un tercero un contrato tan ventajoso como el conseguido con el deudor. Las palabras “por razón de ésta [la cosa]” con las que finaliza el artículo 1186 no parecen argumento bastante para limitar el ámbito de aplicación del precepto al *commodum ex re*», «El sistema de...», *op. cit.*, pp. 1022 y 1023.

⁴³ En consonancia con los PECL, nuestra jurisprudencia también ha rechazado la protección del *restitution interest*, *vid.*, por todas, las SSTS de fecha 7 de junio de 1988, ponente D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1988, 4823) y de 20 de mayo de 2009, ponente D. José Almagro Nosete (RJ 2009, 3184): «Situada pues la reclamación en el régimen general de responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones, a tenor del artículo 1106 CC no cabe poner en duda que la indemnización por daños ha de

4. LOS PRESUPUESTOS DE LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS EN EL DERECHO UNIFORME ANTERIOR A LOS PECL

Los presupuestos constitutivos de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios del párrafo primero del artículo 9:501 PECL encuentran sus antecedentes en los párrafos primero, apartado b) del artículo 45 CISG⁴⁴: «1. Si el vendedor no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente Convención, el comprador podrá:... b) Exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a los artículos 74 a 77»⁴⁵; y del artículo 61 CISG⁴⁶ «1. Si el comprador no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente Convención, el comprador podrá:... b) Exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a los artículos 74 a 77»⁴⁷, que a su vez se inspiran en el sistema

comprender tanto el daño emergente como el lucro cesante, constituyendo el único límite del resarcimiento la indemnidad del perjudicado (Sentencias de 26 de noviembre de 1994, de 13 de abril de 1987 y de 28 de abril de 1992), por cuanto el resarcimiento tiene por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento (Sentencias de 6 de octubre de 1982, de 2 de abril de 1997), pero no procurar una ganancia o un enriquecimiento al perjudicado».

⁴⁴ «Section III. Remedies for breach of contract by the seller. Article 45. (1) If the seller fails to perform any of his obligations under the contract or this Convention, the buyer may:... (b) claim damages as provided in articles 74 to 77».

⁴⁵ Afirma LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., en referencia al art. 45.1.b) que «no es una simple remisión a las normas que establecen la indemnización de daños y perjuicios; es mucho más: la norma que establece la base legal de su exigencia “si el vendedor no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente Convención” (inciso final del art. 45), y es eso porque es la norma que suministra las condiciones sustantivas para que pueda ser ejercitada la reclamación de daños y perjuicios por el comprador... Es, pues el artículo 45.1.b) el que sirve de base legal a la pretensión de daños y perjuicios padecidos por el comprador [de manera simétrica el art. 61.1.b) para el vendedor]», «Comentario a los artículos 45 a 52», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, p. 407.

⁴⁶ «Section III. Remedies for breach of contract by the buyer. Article 61. (1) If the buyer fails to perform any of his obligations under the contract or this Convention, the seller may:... (b) claim damages as provided in articles 74 to 77».

⁴⁷ El art. 45.1.b) se corresponde con el 41.1.b) del Proyecto de Convención de 1978, que tiene como antecedentes los arts. 24, 41, 51, 52 y 55 de la ULIS. El Comentario de la Secretaría al Proyecto de 1978 establece «que el comprador podrá «reclamar los daños y perjuicios previstos en los artículos 70 a 73» «cuando el vendedor no cumpla cualquiera de sus obligaciones con arreglo al contrato de compraventa y esta Convención». Para reclamar daños y perjuicios no es preciso probar la falta de buena fe o el incumplimiento de una promesa explícita tal como ocurre en algunos sistemas jurídicos. Los daños se refieren a la pérdida resultante de cualquier incumplimiento objetivo de las obligaciones del vendedor. Los artículos 70 a 73, a que se refiere el inciso b) del párrafo 1) del artículo 41, no prevén las condiciones sustantivas en que se puede ejercer la acción por daños y perjuicios, sino las normas para calcular la cuantía de los daños». El art. 61.1.b) se corresponde con el 57.1.b) del Proyecto de Convención de 1978, que tiene como antecedentes los arts. 63, 68 y 70 de la ULIS. El Comentario de la Secretaría al Proyecto de 1978 regula que «el vendedor puede “reclamar daños y perjuicios en los casos previstos en los artículos 70 a 73”... “si el comprador no cumple cualquiera de las obligaciones que le impone el contrato de la pre-

adoptado en el *Common Law*⁴⁸. Del tenor literal de los preceptos citados, y en similares términos que los PECL, deriva que los presupuestos constitutivos de la obligación de indemnizar son el incumplimiento, el daño y el nexo causal⁴⁹, por lo que los daños derivados del incumplimiento del contrato generan la obligación por parte del deudor de resarcirlos. No se requiere que el incumplimiento sea consecuencia de una conducta negligente o culposa del obligado a cumplir. El sistema de responsabilidad contractual adoptado por la CISG es objetivo, no exige la culpa como criterio imputación; como afirma WILL «damages are available independent of any fault. Here the Convention follows not the civil law tradition but the common law approach whereby any objective failure on the part of the seller to fulfil any of his obligations provides the buyer with a claim for damages.... The principle is softened by the exemptions contained in Articles 79 and 80, a technique used in earlier codifications of international sales law»⁵⁰. Pero de la misma forma que en los PECL, en la CISG también nos encontramos ante un sistema de imputación objetiva de la

sente Convención”. Para poder reclamar una indemnización por daños y perjuicios no es necesario demostrar la falta de buena fe o la violación de una promesa expresa, como sucede en algunos sistemas jurídicos. Los daños y perjuicios proceden en caso de pérdida resultante de cualquier incumplimiento objetivo de sus obligaciones por el comprador. Los artículos 70 a 73, a que se refiere el inciso b) del párrafo 1) del artículo 57, no prevén las condiciones sustantivas para una demanda por daños y perjuicios, sino las normas para calcular su cuantía», (NACIONES UNIDAS, *Comentario de la Secretaría al proyecto de Convención de 1978*, <http://www.uc3m.es/uc3m/dpto/PR/dppr03/cisg/1978.htm>).

⁴⁸ Respecto al sistema de responsabilidad contractual de la CISG, señala LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., que «el contexto general de las reglas sobre responsabilidad contractual dentro de la Convención, parece estar fuertemente inspirado en la matriz del *common law*, que como es sabido parte de una formulación en la que el incumplimiento contractual es *re ipsa loquitur*, sin perjuicio de que luego abundan las causas de exoneración», «Comentario a los artículos 45...», *op. cit.*, p. 409.

⁴⁹ En relación a los presupuestos exigidos en la CISG para el ejercicio de los daños y perjuicios *vid.*, entre otros: Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «Comentario a los artículos 61 a 65», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, p. 494; HONNOLD, J.O., *Uniform Law For International Sales*, Third Edition, Kluwer Law International, 1999, pp. 301 y 302; CALVO CARAVACA, A.L., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., «Capítulo II. El contrato de compraventa internacional de mercancías», en AA. VV., *Contratos Internacionales*, (directores Alfonso L. Calvo Caravaca y Luis Fernández de la Gándara, coord. Pilar Blanco-Morales Limones), Tecnos, Madrid, 1997, p. 314; HUBER, U., «Commentary Art. 45», en AA. VV., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Second Edition (in translation), (Editado by Peter Schlechtriem Translates by Geoffrey Thomas), Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 356 y 368; ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., *Derecho Mercantil Internacional...*, *op. cit.*, pp. 221 a 223; KNAPP, V., «Commentary Art. 61», en AA. VV., *Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention*, (By C. M. Bianca y M. J. Bonell, coord. by M. J. Bonell), Giuffré, Milán, 1987, p. 447; LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., «Comentario a los artículos 45...», *op. cit.*, pp. 407 a 410; MEDINA DE LEMUS, M., *La venta internacional de mercaderías*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 158 y 159; SAN JUAN CRUCELAEGUI, J., *Contrato de...*, *op. cit.*, pp. 230 a 235; VÁZQUEZ LEPINETTE, T., *Compraventa internacional de Mercaderías. Una Visión Jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 212-213-263-264 y 289 y WILL, M., «Commentary Art. 45», en AA. VV., *Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention*, (By C. M. Bianca y M. J. Bonell, coord. by M. J. Bonell), Giuffré, Milán, 1987, pp. 330 a 332.

⁵⁰ WILL, M., «Commentary Art. 45...», *op. cit.*, pp. 331 y 332.

responsabilidad atenuada por las causas de exoneración del artículo 79; si bien en la CISG el efecto limitativo de las causas de exoneración es menos restrictivo que en los PECL, ya que se libera al deudor de indemnizar daños y perjuicios, pero no de la exigencia de cumplimiento. El deudor responderá de los daños derivados de su incumplimiento, salvo en los supuestos que demuestre que el incumplimiento se produjo por causa de un impedimento ajeno a su voluntad. Opera lo que SALVADOR CODERCH denomina una «distribución pacificada de riesgos» del incumplimiento entre acreedor y deudor; a *sensu contrario*, el deudor garantiza y responde cuando la causa que impide el cumplimiento del que derivan los daños se produce dentro de la esfera de su control⁵¹.

Por lo que respecta a los PICC, el artículo 7.4.1. dispone que «*cualquier incumplimiento otorga a la parte perjudicada derecho al resarcimiento, bien exclusivamente o en concurrencia con otros remedios, salvo que el incumplimiento sea excusable conforme a estos Principios*»⁵². El precepto citado establece los presupuestos necesarios para el ejercicio del derecho a la indemnización de los daños y perjuicios, exigiendo, en consonancia con lo dispuesto para la PECL y la CISG, la producción de daños derivados de un incumplimiento inexcusable de la parte obligada⁵³. De los presupuestos configuradores de la indemnización de daños y perjuicios deriva que también los PICC se decanten por un sistema de responsabilidad contractual objetiva. Al respecto, indica VIGURI PEREA que «es innegable que la normativa UNIDROIT se distancia de las *concepciones civilistas clásicas*, sepultando definitivamente a la culpa como requisito esencial a la hora de fijar la indemnización de los daños y perjuicios, en caso de incumplimiento de contrato, tal como se deduce del artículo 7.4.1»⁵⁴. La atenuación del carácter objetivo de la imputación de los daños del incumplimiento deriva del efecto liberatorio de la *force majeure* del artículo 7.1.7, que configura a *sensu contrario* el criterio de imputación de responsabilidad. El deudor podrá excusar su incumplimiento probando que deriva de «*un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato,*

⁵¹ SALVADOR CODERCH, P., «Comentario artículo 79 y 80», *op. cit.*, pp. 636 y 637.

⁵² «Section 4: Damages. Article 7.4.1 (Right to damages): Any non-performance gives the aggrieved party a right to damages either exclusively or in conjunction with any other remedies except where the non-performance is excused these Principles».

⁵³ Sobre la base legal para el ejercicio de la pretensión indemnizatoria en los PICC, *vid.*, entre otros: UNIDROIT, *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, Rome, 2004, pp. 232 a 233; MCKENDRICK, E., «Commentary Arts. 7.4.1...», *op. cit.*, pp. 867 a 871; y MORÁN BOVIO, D., «Capítulo 7. Incumplimiento», en AA. VV., *Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*, (coordinado por David Morán Bovio), Aranzadi, 2.ª edición, Navarra, 2003, pp. 356 y 357 y VIGURI PEREA, A., *Los Contratos Comerciales...*, *op. cit.*, pp. 227 a 230.

⁵⁴ VIGURI PEREA, A., *Los Contratos Comerciales...*, *op. cit.*, p. 228.

no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias»⁵⁵.

5. LOS PRESUPUESTOS DE LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS: EL INCUMPLIMIENTO INEXCUSABLE

5.1 Introducción

Es el artículo 9:501 el que establece las bases de la exigencia de los daños y perjuicios, ofreciendo las condiciones o los presupuestos sustantivos que han de concurrir para ejercitar la reclamación.

Tales condiciones o presupuestos se extraen de lo establecido en el párrafo primero del artículo 9:501: «*La parte perjudicada tiene derecho a una indemnización por daños y perjuicios respecto de las pérdidas sufridas a consecuencia del incumplimiento de la otra parte, siempre que este incumplimiento no quede cubierto por la excepción del artículo 8:108*»⁵⁶. Por tanto, la parte insatisfecha tendrá derecho a una indemnización de daños y perjuicios siempre que sufra pérdidas como consecuencia del incumplimiento de la otra parte, y dicho incumplimiento sea inexcusable o injustificado, es decir, no se beneficie de la exoneración establecida por el artículo 8:108. En términos estrictos, la obligación de indemnizar los daños surge de la concurrencia de tres presupuestos o requisitos: el incumplimiento del contrato –*non performance*–, la producción de daños y perjuicios –*damages*–, y un nexo causal entre el incumplimiento y los daños –*caused by the other party's non-performance*–. No obstante lo anterior, como el artículo 8:108 contempla la exoneración por imposibilidad en el cumplimiento, es decir, cuando un incumplimiento es excusable, y que una de sus consecuencias sea que el perjudicado no podrá ejercitar para satisfacer su derecho de crédito lesionado el remedio de la indemnización de daños y perjuicios, considero más adecuado, cuando se hable del incumplimiento como presupuesto de la indemnización, hacerlo empleando la expresión «incumplimiento inexcusable», porque es el único tipo de incumplimiento que faculta al acreedor insatisfecho para obtener una indemnización. Y ello, no siendo ajenos al hecho de que la excusabilidad del incumplimiento no cons-

⁵⁵ Sobre el art. 7.1.7 PICC, *vid.*, entre otros, KLEINHEISTERKANP, J., «Commentary Art. 7.1.7», en AA. VV., *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, (edited by STEFAN VOGENAUER AND JAN KLEINHEISTERKANP), Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 766 a 776.

⁵⁶ «Article 9:501: Right to Damages. (1) *The aggrieved party is entitled to damages for loss caused by the other party's non-performance which is not excused under Article 8:108*».

tituye un presupuesto del remedio indemnizatorio *stricto sensu*, puesto que tiene una función enervadora, exoneradora de la obligación de indemnizar los daños.

De los presupuestos enunciados se colige que en la construcción del remedio indemnizatorio diseñado por los PECL, como en la del resto de remedios que integran su sistema de responsabilidad contractual, no es presupuesto indispensable la existencia de la culpa (*fault* en la terminología de la «Comisión Lando»)⁵⁷. Como ya se ha dicho, el sistema de responsabilidad contractual proyectado por los PECL es objetivo⁵⁸. De la misma manera que la CISG y los PICC, los Principios Lando han desterrado el presupuesto de la culpa como criterio de imputación de responsabilidad y por consiguiente como requisito de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios⁵⁹. El sistema

⁵⁷ Por lo que respecta al papel de la culpa en los PECL, indican LANDO, O., BEALE, H., «where a party's obligation is to produce a given result, its failure to do so entitles the aggrieved party to damages whether or not there has been fault by the non-performing party, except where performance is excused (see Article 8:108 and Comment). Where a party's obligation is not to produce a result but merely to use reasonable care and skill it is liable only if it has failed to fulfil its obligation, that is to say if it has not exercised the care and skill it has promised. In the absence of a clause specifying the required degree of care and skill, this is equivalent to the commission of a fault», *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, p. 434. En similares términos CHENGWEI, L., indica que «The right to damages, "likes other remedies, arises from the sole fact of non-performance. It is enough for the aggrieved party simple to prove the non-performance, i.e. that it has not received what it was promised. It is in particular not necessary to prove in addition that the non-performance was due to the fault of the non-performance party. The degree of difficulty in proving the non-performance will depend upon the content of the obligation and in particular on whether the obligation is one of best efforts or one to achieve a specific result"», *op. cit.*, pp. 1 y 2. Señalan Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., que «el derecho a exigir indemnización de los daños surge del hecho mismo del incumplimiento, con independencia de que haya existido o no culpa en el deudor», *op. cit.*, p. 374. Para VAQUER ALOY, A., «la culpa no aparece como presupuesto del deber de indemnizar los daños y perjuicios, con lo que adquiere tintes objetivos, pero sí que la excusa del incumplimiento lo excluye», «Incumplimiento del Contrato y Remedios», en AA. VV., *Derecho Privado Europeo*, (coordinado por Sergio Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2003, p. 543. Sobre la posición de la culpa en el Derecho Privado Comparado, ya ha advertido ZIMMERMANN, R., que «el principio de la culpa se halla en retroceso en la evolución jurídica actual». Retroceso que se constata no sólo en la CISG y en los PICC y PECL, sino también en las modernas codificaciones europeas y en las corrientes doctrinales y jurisprudenciales más recientes, *Estudios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 125.

⁵⁸ Sobre el carácter objetivo del sistema de responsabilidad contractual en los PECL: Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., señalan que «el art. 8:101 (2) pone también de manifiesto que el régimen de responsabilidad contractual de los PECL (como el de la CISG) es un régimen objetivo, pues, en general, los remedios se basan exclusivamente en el incumplimiento. Lo es, incluso, la indemnización de daños, pues la causa de exoneración del art. 8.108 no debe interpretarse bajo la idea de falta de culpabilidad», *op. cit.*, p. 327. *Vid.* también PALAZÓN GARRIDO, M.L., «El nuevo derecho...», *op. cit.*, p. 83.

⁵⁹ Al respecto indica CHENGWEI, L., que «under the CISG, Art. 45/61 provides that if the seller/buyer fails to perform any of his obligations under the contract or the Convention, the other party may "claim damages as provided in articles 74 to 77" (Art. 45(1)(b)/61(1)(b). Furthermore, the entitled party "is not deprived of any right he may have to claim damages by exercising his right to other remedies" (Art.45(2)/61(2)). It is confirmed in the two Principles. Art 7.4.1. UPICC establishes the principles of a general right to damages in case of non-performance as: "Any non-performance gives the aggrieved party a right to damages either exclusively or in conjunction with any other remedies except where the non-performance is excused under these Principles". Art. 9:501(1) PECL reads similarly: "The aggrieved

adoptado por los PECL es absoluto y objetivo, no exige la concurrencia de la culpa como criterio configurador de la responsabilidad contractual⁶⁰. Se pres-

party is entitled to damages for loss caused by the other party's non-performance which is not excused under Article 8:108"», op. cit., p. 1.

⁶⁰ En el Derecho Español, la doctrina tradicional caracteriza a nuestro sistema de responsabilidad contractual como subjetivo, partiendo del principio de que sin culpa no existe responsabilidad. Entre otros: ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil. II...*, op. cit., p. 197; BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987, pp. 247 y ss; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, 14 edición, Tomo III, (revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero), Reus, Madrid, 1986, p. 248; PINTÓ RUIZ, J.J., «Voz indemnización de daños...», op. cit., p. 290. Deben destacarse las reflexiones de CARRASCO PERERA, A., para quien «el artículo 1.101 del Código civil determina en sede del Derecho civil los casos interesse cuando la obligación ha sido incumplida por el deudor. Se recogen en él tanto las *causas materiales* de la obligación de indemnizar como los *criterios de imputación* de esta obligación resarcitoria...en el artículo 1.101 *la culpa y el dolo no son materialidad del incumplimiento (causa material del daño)*. La culpa no es incumplimiento material de la obligación previa de conservar la cosa debida en las obligaciones de dar. Tampoco la culpa es el incumplimiento material en las obligaciones de hacer diligente; en éstas, la no puesta de la diligencia debida (v. gr., mandato) no es culpa, sino incumplimiento material. *Culpa y dolo en el Código civil pasan a ser criterios de imputación al deudor de la materialidad del daño, y no causas materiales del mismo*. En este orden de cosas, la mora y la contravención no son en el Código civil fuentes de responsabilidad (sólo exonerables por la prueba del caso fortuito), sino fuente de daños cuyo fundamento de imputación es la culpa y el dolo. En resumen, tendríamos dos causas materiales de daño (mora y contravención) y dos criterios de imputación de estos daños, la culpa y el dolo... Aceptamos con esto el criterio doctrinal de responsabilidad *subjetiva* del deudor ("responsabilidad por culpa") tradicional en nuestra doctrina. Si bien advirtiendo... la escasa o nula entidad que en la aplicación práctica ha de tener el decantarse por uno u otro de los sistemas que con carácter de unilateralidad, pretende explicar "subjetiva" u "objetivamente" la responsabilidad del deudor», «Comentario a los artículos 1101 a 1107...», op. cit., pp. 377 a 382. Posteriormente DE PABLO CONTRERAS, P., continua defendiendo que «son presupuestos de esta acción de resarcimiento: 1.º Que exista incumplimiento del deudor: *morosidad o contravención del tenor de la obligación* que tuviere asumida. 2.º Que ese incumplimiento produzca un daño al patrimonio o los intereses del acreedor. 3.º Que el daño sea objetivo y subjetivamente imputable al deudor: que sea *previsible* y que haya intervenido *dolo o negligencia* (culpa) por su parte», «Incumplimiento de...», op. cit., p. 196. Son reiteradísimas las SSTs que, ancladas en la doctrina de un sistema de responsabilidad contractual subjetivo, exigen para el ejercicio de la indemnización de daños y perjuicios la concurrencia de cuatro requisitos: incumplimiento, daños, nexo causal y culpa. Al respecto, pueden verse, entre otras: la de 30 de noviembre de 1973, ponente D. Federico Rodríguez Solano y Espín (RJ 1973, 4547) que sostiene que «los requisitos necesarios para la aplicación del referido art. 1101, según la doctrina contenida por esta Sala...: la preexistencia de una obligación –la contraída en las cartas del 24 julio y 21 septiembre 1968–, su incumplimiento debido a culpa, negligencia o falta de diligencia del demandado, no a caso fortuito o fuerza mayor, la realidad de los perjuicios ocasionados a las otras contendientes, y el nexo causal eficiente entre aquella conducta y los daños producidos, por lo que, al haberlo estimado así el Tribunal a quo aplicó correctamente el art. 1101»; la de 2 de abril de 1986 ponente, D. Jaime Santos Briz (Id Cendoj 28079110011986100206) afirma que «los requisitos que la jurisprudencia y la doctrina exigen para entender subsistente la responsabilidad por daños y perjuicios derivados de infracción de contrato; así la imputabilidad del agente, que el mismo reconoció al hacer gestiones para la reparación de los daños; una conducta culposa o imperita, al emprender una obra sin los necesarios conocimientos técnicos para ella y la falta de compactación del terreno; un daño sobrevenido por la ruptura de la presa, que hubo de soportar la entidad demandante, y una relación causal entre la conducta negligente del demandado como constructor de la presa, los daños por su ruptura y los perjuicios sufridos»; la de 10 de octubre de 1990, ponente D. Rafael Casares Córdoba (RJ 1990, 7592) defiende que «las circunstancias cuya concurrencia la doctrina legal interpretadora del art. 1101 del Código Civil exigen para que de un incumplimiento contractual derive la obligación de indemnizar perjuicios a cargo del incumplidor, para aquél a cuyo favor estuviese establecido el vínculo: obligación constituida, incumplimiento por el obligado y consiguiente causación efectiva de perjuicios derivados

cinde de la teoría de la culpa, no es relevante que el incumplimiento del contrato sea culposo. El carácter objetivo de los PECL deriva de que el *non performance* es el presupuesto eje de la responsabilidad contractual, pero únicamente en los supuestos en los que el incumplimiento produzca un daño, podrá el perjudicado exigir la indemnización de daños y perjuicios. El daño es el requisito exclusivo de la indemnización.

precisamente de ese incumplimiento en relación causa-efecto»; la de 29 de septiembre de 1994, ponente D. Alfonso Barcalá y Trillo-Figueroa (RJ 1994, 7026) sostiene que «la reparación indemnizatoria que deriva de la observancia del art. 1101 del Código Civil viene condicionada a una doble contingencia, como tiene proclamado una constante y reiterada jurisprudencia de esta Sala, que, por ser general conocimiento, excusa de la cita de las sentencias que la recogen: la probanza de los daños y perjuicios, cuya existencia y prueba es cuestión de hecho, y la atribución de su comisión a un quehacer doloso, negligente o moroso, es decir, a una conducta culposa entendida en sentido amplio»; la de 4 de marzo de 1995, ponente D. Pedro González Poveda (RJ 1995, 3132) indica que «los requisitos necesarios para la aplicación del artículo 1101 del Código Civil son: la preexistencia de una obligación entre las partes, su incumplimiento debido a culpa, negligencia o falta de diligencia del demandado y no a caso fortuito o fuerza mayor, la realidad de los perjuicios ocasionados a la otra parte y el nexo causal eficiente entre aquella conducta y los daños producidos». En la misma línea las STS de 3 de julio de 2001, ponente D. Román García Varela (Id Cendoj 28079110002001100351); de 5 de octubre de 2002, ponente D. José de Asís Garrote (RJ 2002, 9264) y de 10 de octubre de 2003, ponente D. Clemente Auger Liñan (Id Cendoj 28079110002003100712). Frente a la tradicional doctrina de la culpa, en el año 1957, PUIG BRUTAU, J., en la traducción y comentario de la obra de FULLER y PERDUE *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza*, *op. cit.*, pp. 150 y ss, tomando como punto de partida la forma de operar el *damages* en los sistemas de *Common Law*, rompe con la línea de pensamiento tradicional, y sostiene que «si el contrato perfeccionado obliga a cumplir lo convenido, parece que debería llegarse a la conclusión de que este cumplimiento de la prestación ha de tener lugar con independencia de que medie dolo o culpa por parte del obligado, bastando que no quede excusado por caso fortuito o fuerza mayor». Nos encontramos ante un sistema de responsabilidad objetiva o por riesgo, de forma que, el deudor responde de los daños derivados del incumplimiento, no en función de que sea culpable o no, sino por el hecho de estar obligado, si bien podrá eximirse de la obligación de indemnizar probando la existencia de una causa de exoneración. PUIG BRUTAU propone un giro copernicano en materia de responsabilidad, desterrando la culpa *-fault-* como fundamento de la obligación de indemnizar, y situando en su lugar al incumplimiento *-default-*. Posteriormente, JORDANO FRAGA, F., *La Responsabilidad Contractual*, Civitas, Madrid, 1987, pp. 21, 100, 150, 160, 197 y ss, apoyándose en la tesis de Osti, sostiene que «la culpa no es fundamento de la responsabilidad contractual, lo es el incumplimiento, la infracción en cualquier modo de una obligación persistente». Mientras la obligación sea posible el deudor responde. Sólo se liberará el deudor de la obligación de indemnizar si se produce la imposibilidad sobrevenida de la prestación no imputable al deudor. El hecho liberatorio-extintivo de la obligación de indemnizar exige la concurrencia de dos elementos, uno objetivo *-la imposibilidad-*, y otro subjetivo *-fuera de la esfera de control del deudor-*. En defensa de la tesis objetiva, pero de forma moderada, se pronuncia PANTALEÓN PRIETO, F., sosteniendo que «los criterios ordinarios de imputación no tienen por qué reducirse al dolo y la culpa negligencia» proponiendo «suprimir aquellas referencias a la culpa que, como la del artículo 1.182 CC, puedan crear la impresión de que sólo responde contractualmente el deudor (doloso o) negligente. Y sustituir la redacción del artículo 1.105 CC por la del apartado 1 del artículo 79 CNUV (o del art. 7.1.7 PCCI, o del art. 3.108 PDCE), al efecto de dejar perfectamente claro que también son criterios ordinarios de imputación de responsabilidad los que podríamos llamar criterios de la *esfera de control del deudor*», «Las nuevas...», *op. cit.*, pp. 1739 y 1740. En la misma corriente objetiva se sitúan CAPILLA RONCERO, F., *La Responsabilidad patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 43 a 46; Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II...*, *op. cit.*, pp. 647 a 649; MORALES MORENO, A.M., *La Modernización del Derecho de Obligaciones*, Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 34 y 39, «Problemas que plantea la unificación del concepto de incumplimiento del contrato», en AA. VV., *Derecho de daños*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 211 a 212 y «Claves de la...», *op. cit.*, p. 392; VERDERA SERVER, R., *El Cumplimiento forzoso...*, *op. cit.*, pp. 70 y 71.

De lo expuesto podría concluirse erróneamente que todo incumplimiento que produzca daños genera la obligación de la parte incumplidora de resarcirlos⁶¹. Las condiciones sustantivas para que pueda ser ejercitada la reclamación de daños se completan con la exigencia de que el incumplimiento del que derivan los daños sea inexcusable. El sistema de responsabilidad contractual de los PECL es objetivo, pero se encuentra atenuado por la existencia de causas de exoneración⁶², que justifican el incumplimiento y limitan los remedios ejercitables por la parte lesionada a la suspensión del cumplimiento, la resolución del contrato y la reducción del precio. La parte que sufre la lesión de su derecho de crédito deberá probar la existencia de daños derivados del incumplimiento de la otra parte, y el deudor podrá enervar la acción de petición de los daños y perjuicios probando que tales daños derivan de un incumplimiento excusable.

Partiendo de la base de que los presupuestos constitutivos de la indemnización de los daños y perjuicios son el incumplimiento, el daño y el nexo causal, en orden a ofrecer un completo análisis de los presupuestos que deben concurrir en la indemnización de los daños, se considera más adecuado que el efecto enervante que tiene el incumplimiento excusable del artículo 8:108, como causa de exoneración en relación a la indemnización, sea considerado, a *sensu contrario*, no como excepción de la obligación de indemnizar daños y perjuicios, sino como criterio de imputación de la obligación de indemnizar⁶³. La causa material de la obligación de indemnizar viene determinada por el

⁶¹ Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., han afirmado que «el remedio de la indemnización, como el resto de los remedios, se funda en el incumplimiento, siendo este concepto unitario para cualquier remedio. Sin embargo, el remedio indemnizatorio tiene algunas particularidades, pues respecto de él los PECL prevén una posible exoneración. Puede afirmarse que no todo incumplimiento da lugar, necesariamente, a indemnización de los daños y perjuicios que el mismo produzca al acreedor», *op. cit.*, p. 369.

⁶² Ha sostenido SAN JUAN CRUCELAEGUI, J., *Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Aranzadi, Navarra, 2005, p. 231, en relación al término exoneración previsto en el art. 79 de la CISG que «la Convención elude la referencia a expresiones y conceptos propios de los ordenamientos jurídicos internos (fuerza mayor, caso fortuito, *frustration*, etc.). Es ello consecuencia de la diversidad de interpretaciones aplicadas a dichos términos, por lo que opta por una formulación genérica de exoneración de responsabilidad que se condiciona al cumplimiento de tres condiciones», la misma afirmación vale para la expresión *excuse due to an impediment* empleada por el art. 8:108 de los PECL.

⁶³ Sobre los presupuestos configuradores de la indemnización de los daños y perjuicios en los PECL, afirma MORALES MORENO A.M., *La Modernización del Derecho...*, *op. cit.*, pp. 31 y 32 que «aunque todos los remedios tienen, como supuesto básico, al incumplimiento, existe cierta diversificación en el supuesto de cada uno de ellos. No todos los remedios exigen los mismos requisitos, ni, salvo alguna excepción (reducción del precio), basta para su aplicación el mero incumplimiento... c) La indemnización de los daños causados por el incumplimiento, aunque pueda pedirse por el acreedor en cualquier caso de incumplimiento, invocando tan sólo que éste se ha producido, admite exoneración del deudor, si prueba las causas de exoneración que en cada caso establezca el ordenamiento».

incumplimiento que provoca daños, y el criterio de imputación lo representa la inexcusabilidad del incumplimiento⁶⁴.

En el apartado siguiente se analizará el incumplimiento inexcusable, siendo el daño y el nexo causal objetos de estudio en los Capítulos III y IV, respectivamente.

5.2 Las bases de la exigencia de la indemnización de los daños y perjuicios: el incumplimiento inexcusable

El artículo 8:108 titulado «*Exoneración por imposibilidad en el cumplimiento*», tiene un efecto restrictivo de los remedios que puede ejercer la parte perjudicada por el incumplimiento. Dicho artículo debe ponerse en conexión con el párrafo segundo del artículo 8:101⁶⁵, que constituye uno de los preceptos más importantes de los dedicados al régimen jurídico del incumplimiento y de los medios de tutela en general en los PECL, puesto que de la concurrencia o no de los presupuestos que cualifican al incumplimiento como excusable o inexcusable dependerá que la parte perjudicada pueda o no acudir a la pretensión de cumplimiento y a la indemnización de los daños y perjuicios⁶⁶. El efecto principal que deriva del incumplimiento excusable no es la exoneración de la responsabilidad de la parte incumplidora como mantiene NAVAS NAVARRO al afirmar que «el art. 8:108 PEDC regula la exoneración de la responsabilidad del deudor debida a un impedimento ajeno a la esfera o ámbito de control del propio deudor»⁶⁷, sino la limitación de los remedios que puede ejercitar la parte perjudicada por el incumplimiento, ya que el mero incumplimiento del

⁶⁴ *Vid.*, sobre los presupuestos necesarios para que nazca la indemnización de daños en la CESL, ZURITA MARTÍN, I., «Indemnización por daños y perjuicios e intereses», en AA. VV., *El derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos*, (Antoni Vaquer Aloy, Esteve Bosch Capdevila y María Paz Sánchez González, editores), Atelier, Barcelona, 2015, pp. 671 a 676; y VAQUER ALOY, A., «La indemnización de...», *op. cit.*, pp. 2 a 11.

⁶⁵ De forma especular al párr. segundo del art. 8:101, en el párr. segundo del III.-3:101 del DCFR se indica que: «*if the debtor's non-performance is excused, the creditor may resort to any of those remedies except enforcing specific performance and damages*».

⁶⁶ Sobre del concepto, requisitos y efectos del incumplimiento excusable como limitación de los medios de tutela a disposición de la parte perjudicada, *vid.*, entre otros: DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, pp. 326 a 327; LANDO, O., «El derecho contractual...», *op. cit.*, pp. 14 y 15; LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, pp. 379 a 384; MARTÍN SANTISTEBAN, S., «Una aproximación entre responsabilidad contractual y extracontractual desde el punto de vista de la imputación del daño», en AA. VV., *Bases de un Derecho Contractual Europeo*, (editores Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 429 a 433; NAVAS NAVARRO, S., «El resarcimiento...», *op. cit.*, pp. 1249 a 1252; VAQUER ALOY, A., «Incumplimiento del...», *op. cit.*, pp. 527 a 528; ZIMMERMANN, R., *Estudios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 125.

⁶⁷ NAVAS NAVARRO, S., «El resarcimiento...», *op. cit.*, p. 1249.

contrato es detonante del sistema de responsabilidad contractual diseñado en los PECL. Acertadamente, así lo indican DÍEZ-PICAZO *et alii*: «cuando el incumplimiento de una parte se beneficia de la exoneración prevista en el art. 8:108, la parte insatisfecha puede recurrir a cualquiera de los remedios previstos en el capítulo 9, excepto la pretensión de cumplimiento y la de daños»⁶⁸. Que el incumplimiento sea excusable exonera que se pueda exigir el cumplimiento específico y la indemnización, pero no de responder ante los otros remedios que configuran la responsabilidad contractual en el sentido *lato* adoptado por los PECL. En todo caso, el efecto principal que produce el incumplimiento excusable podría definirse como una exoneración parcial de la responsabilidad contractual, o como una limitación cuantitativa de los medios de protección del crédito⁶⁹.

La regla general establecida en el párrafo primero del artículo 8:101 encuentra una primera limitación en su párrafo segundo. Consiste la misma en que, una vez producido el incumplimiento, si éste es excusable conforme a lo establecido en el artículo 8:108, la parte perjudicada no podrá ejercitar en defensa del contrato incumplido la pretensión de cumplimiento y la indemnización de daños y perjuicios. A *sensu* contrario, para acudir a tales mecanismos de protección, deberá concurrir el hecho de que nos encontremos ante un incumplimiento inexcusable, puesto que de lo contrario, no podrán ejercitarse tales remedios. Por ello, el incumplimiento excusable restringe el abanico de remedios a disposición de la parte perjudicada. El supuesto del artículo 8:101 (2), como se ha dicho anteriormente, contiene una limitación parcial de los medios de protección del contrato⁷⁰.

⁶⁸ DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 326. En el mismo sentido, entre otros, PALAZÓN GARRIDO, M.L., para quien «en caso de existencia de causa de exoneración...se limitan los remedios que pueden ser utilizados contra el mismo, según resulta del art. 8:101 PECL que excluye en tales supuestos el recurso a la acción de cumplimiento específico y la pretensión indemnizatoria», «El nuevo derecho...», *op. cit.*, p. 83.

⁶⁹ Al efecto liberatorio de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, como consecuencia de un cumplimiento imposible, previsto en el art. 8:108, no ha sido ajena la PMCC, que en la redacción de su art. 1209, que bien se hubiera podido titular, «Causas de exoneración de la obligación de indemnizar», dispone: «No será responsable el deudor de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento cuando concurren las circunstancias siguientes: 1.º Que el incumplimiento haya obedecido a un impedimento ajeno a su voluntad y extraño a su esfera de control. 2.º Que de acuerdo con el contrato y con las reglas de la buena fe y los usos no le correspondiera el deber de prever el mencionado impedimento o de evitarlo o de superar sus consecuencias. La exoneración prevista en este artículo surtirá efecto mientras dure el impedimento. El deudor que conozca la concurrencia de un hecho o circunstancia que impida cumplir la prestación deberá sin demora ponerlo en conocimiento de la otra parte y será responsable de los daños causados por no hacerlo. Lo dispuesto en este artículo no impide al acreedor el ejercicio de cualquier otro derecho distinto del de exigir indemnización de daños y perjuicios que se pueda corresponder conforme a este Código».

⁷⁰ En relación al incumplimiento justificado como límite a los remedios ejercitables por la parte perjudicada, *vid.*, entre otros: LANDO, O., «El derecho contractual...», *op. cit.*, p. 13 y «The Structure

El artículo 8:108 se encuentra estructurado en tres partes que hacen referencia a: los criterios de exoneración, o, como hemos preferido denominar, de atenuación de la responsabilidad; efecto que sobre los remedios tiene la naturaleza temporal del impedimento; y el deber que tiene el deudor de comunicar al acreedor la existencia de un impedimento que le imposibilita el cumplimiento⁷¹.

Su párrafo primero señala que *«una parte queda liberada de su deber de cumplimiento si prueba que no puede proceder al cumplimiento de su obligación por una imposibilidad fortuita [que queda fuera de su control] y que no se puede pretender de manera razonable que hubiera debido tenerse en cuenta dicha imposibilidad en el momento de la conclusión del contrato o que la parte hubiera debido evitar o superar dicha imposibilidad o sus consecuencias»*. Aunque el tenor literal del párrafo segundo del artículo 8:101 no suscita ninguna duda de que en los supuestos de incumplimiento excusable el acreedor no puede ejercitar la pretensión de cumplimiento y la indemnización de daños y perjuicios, tal vez hubiera sido aconsejable que el párrafo primero del artículo 8:108 comenzara con la siguiente redacción: *«una parte queda liberada de su deber de cumplimiento y de la indemnización de daños y perjuicios si prueba que no puede proceder al cumplimiento de su...»*.

En el párrafo primero del artículo 8:108 se contemplan tres condiciones o criterios que deben ser probados por el obligado al cumplimiento para que tenga lugar la limitación de los remedios. Estos criterios son los siguientes:

— Imposibilidad fortuita o *impediment beyond its control*. En el artículo 8:108 de los PECL, al igual que en el 79 de la CISG⁷² y 7.1.7 de los

and...», op. cit., p. 11; LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, p. 360; PALAZÓN GARRIDO, M.L., «Importancia de la...», *op. cit.*, p. 302.

⁷¹ En el DCFR es el art. III.-3:104 el que contempla la exoneración por imposibilidad del cumplimiento. Mantiene la misma línea que el art. 8:108, añadiendo que *«where the excusing impediment is permanent the obligation is extinguished. Any reciprocal obligation is also extinguished. In the case of contractual obligations any restitutionary effects of extinction are regulated by the rules in Chapter 3, Section 5, Sub-section 4 (Restitution) with appropriate adaptations»*.

⁷² «1. Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias. 2. Si la falta de cumplimiento de una de las partes se debe a la falta de cumplimiento de un tercero al que haya encargado la ejecución total o parcial del contrato, esa parte sólo quedará exonerada de responsabilidad: a) Si está exonerada conforme al párrafo precedente, y b) Si el tercero encargado de la ejecución también estaría exonerado en el caso de que se le aplicaran las disposiciones de este párrafo». *Vid.*, sobre el artículo 79 de la CISG, entre otros: PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad contractual. (Materiales para un debate)», *Anuario de Derecho Civil*, 1991, pp. 1059 a 1069 y SALVADOR CODERCH, P., «Comentario artículos 79 y 80», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, pp. 635 a 656.

PICC⁷³, se distingue entre aquellos hechos o circunstancias que impidiendo el cumplimiento se producen dentro o fuera de la esfera de control del deudor. Lo anterior nos conduce necesariamente a tener que delimitar qué se entiende por «esfera de control». En el Comentario del artículo 8:108, una vez que se señala que «*las condiciones establecidas para que el precepto resulte de aplicación son análogas a las condiciones exigidas tradicionalmente para los supuestos de fuerza mayor*»⁷⁴, se afirma con referencia al deudor, que «*el riesgo de sus propias actividades debe soportarlo él mismo. En tal sentido, cuando se estropea una máquina, aunque sea un fallo imprevisto e imposible de evitar, el supuesto no supone una imposibilidad en el sentido de este precepto, lo que impide seguir averiguando si el fallo era realmente imprevisible y si no se podían impedir sus consecuencias. Lo mismo cabe decir de las personas de quienes responde el deudor y, especialmente, las acciones de las personas a quienes éste les hubiera encomendado el cumplimiento. El deudor no puede alegar el incumplimiento de un subcontratista, salvo que quedara fuera de su control –por ejemplo, por no haber ningún otro subcontratista capaz de hacer el trabajo–; y la imposibilidad también debe quedar fuera de la esfera de control del subcontratista... La fuerza mayor se ha de haber producido sin culpa de ninguna de las partes. No habrá exoneración si un acontecimiento imprevisible impide el cumplimiento del contrato cuando ese acontecimiento no hubiera afectado al contrato si la parte no hubiera cumplido con retraso*»⁷⁵.

De lo anterior deviene que la esfera de control del deudor se configure como el espacio o habitat que queda bajo su influencia y responsabilidad. Por lo que todo obstáculo o impedimento al cumplimiento que se produzca dentro de la misma queda bajo su control, y siempre responderá de los efectos perjudiciales que del mismo deriven. Al respecto, señalan DÍEZ-PICAZO *et alii*, que «la esfera de control es un ámbito o círculo en el cual el deudor tiene la posi-

⁷³ «(1) El incumplimiento de una parte se excusa si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias». Sobre el art. 7.1.7 PICC, *vid.*, entre otros, KLEINHEISTERKANP, J., «Commentary Art. 7.1.7», *op. cit.*, pp. 766 a 776.

⁷⁴ LANDO, O., BEALE, H., Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte I y II. (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»), Edición: Ole Lando y Hugh Beale, (Edición española a cargo de Barres Benlloch P., Embid Irujo J. M. y Martínez Sanz F.), Colegios Notariales de España, Madrid, 2003, p. 558.

⁷⁵ LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte I y II...*, *op. cit.*, pp. 558 y 559. En este sentido, NAVAS NAVARRO, S., indica que «el deudor debe responder de los hechos que deriven de su propia organización. Sus dificultades económicas no son causa de exoneración ni siquiera la mayor onerosidad de la prestación. Sólo una alteración esencial e insostenible de las circunstancias podría dar lugar a la exoneración del deudor (cfr. Art. 6:111 PDCE)», «El resarcimiento...», *op. cit.*, p. 1250.

bilidad de asegurar y en el que se puede esperar de él que asegure, a través de las medidas de organización y control adecuadas, el desarrollo no dañoso del proceso de preparación y ejecución del contrato. Se perfila así, en torno al deudor, una esfera típica de control y organización de los medios para el cumplimiento del contrato, que constituye un ámbito de atribución de riesgos y responsabilidad. Se ha sustituido la idea de conducta exigible, en el prevenir y evitar, propia de la culpabilidad, por la delimitación de un espacio objetivo o círculo de atribución de riesgos, lo que puede servir para aportar mayor certeza al sistema»⁷⁶. SALVADOR CODERCH ha afirmado en relación a la expresión «*impediment beyond his control*» del artículo 79 de la CISG, que «descansa sobre la idea de que la responsabilidad por el incumplimiento existe siempre que éste se deba a obstáculos surgidos dentro del ámbito que, según el contrato, queda bajo el dominio (de la voluntad, esfera de influencia, ámbito de control) del deudor. Éste, por así decirlo, “garantiza” su capacidad de cumplir: si quiere limitar su responsabilidad, ha de especificar los impedimentos concretos que habrán de excluirla»⁷⁷.

— Siguiendo la estela marcada por el artículo 79 de la CISG, los PECL también consideran inexcusables aquellos impedimentos que originándose fuera de la esfera de control del deudor, hubieran podido, de forma razonable, ser tenidos en cuenta al momento de la celebración del contrato. En el Comentario se señala, para que el artículo 8:108 pueda ser aplicado, que «*la imposibilidad debe ser tal que no podía haberse tenido en cuenta en el momento en que se celebró el contrato. Si hubiera podido tener en cuenta, cabría considerar que la parte afectada asumió el riesgo o que era culpa suya no haberlo previsto*»⁷⁸. El fundamento de que en tales casos no se limite el abanico de remedios puestos a disposición del acreedor se encuentra en una presunta o tácita asunción de riesgos. Como afirman DÍEZ-PICAZO *et alii*, según el criterio de la previsibilidad razonable del impedimento, «cada parte asume el riesgo del daño que cause su incumplimiento, proveniente de obstáculos surgidos fuera de su esfera jurídica, que, en el momento de la celebración del contrato, eran razonablemente previsibles. Puesto que tales obstáculos los ha podido prever, asume el riesgo de incumplimiento que los mismos provocan, si contrata sin excluirlas. Así se incita a los contratantes a tomar en cuenta los riesgos que afectan a la ejecución de su prestación, para incorporarlos al ajuste económico del contrato»⁷⁹.

⁷⁶ DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 380.

⁷⁷ SALVADOR CODERCH, P., «Comentario artículo 79 y 80», *op. cit.*, pp. 636 y 637.

⁷⁸ LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte I y II...*, *op. cit.*, p. 559.

⁷⁹ DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 380.

— Un último criterio que puede hacer excusable el incumplimiento hace referencia a aquellos impedimentos que se originan fuera de la esfera de control del deudor y que no resultaban razonablemente previsibles al momento de contratar, pero que una vez presentados no podrían ser superados por el deudor mediante la adopción de medidas razonables. En el Comentario se señala que *«el sentido de lo razonable también califica la condición de que el impedimento debe ser insuperable o irresistible. Se debe insistir en que deben cumplirse ambas condiciones –que la parte no hubiera podido evitarlo ni superarlo– antes de que pueda entrar en funcionamiento justificación alguna. El precepto establece que la parte que vaya a verse exonerada debe probar que no hubiera podido actuar de otro modo... No cabe esperar que, para evitar el riesgo, el deudor adopte precauciones desproporcionadas (p. ej. construir prácticamente una fortaleza) o que utilice métodos ilegales (p. ej. hacer contrabando de fondos para evitar una prohibición en torno a una transferencia)»*⁸⁰.

La exigencia de que se trate de un impedimento superable la justifican DÍEZ-PICAZO *et alii* afirmando que *«la ejecución del contrato impone en ocasiones a un contratante adoptar medidas o soluciones para superar ciertos obstáculos exteriores que dificultan o hacen más costoso el cumplimiento»*⁸¹. En definitiva, para que el incumplimiento sea inexcusable debe tener por base un impedimento originado dentro de su esfera de control, o que produciéndose fuera de la misma, resultase previsible o imprevisible pero evitable.

Por otra parte, el párrafo segundo del artículo 8:108 indica que *«cuando se trata solamente de un impedimento temporal, la exoneración prevista en este artículo produce sus efectos durante el tiempo en el que es imposible la prestación. Sin embargo, si el retraso se traduce en un incumplimiento esencial, el acreedor puede tratarlo como tal»*. Se está contemplando que en los supuestos de que el impedimento tenga carácter temporal, su efecto delimitador sólo tendrá eficacia durante el tiempo que dure el mismo, salvo que el retraso en el cumplimiento derive en un incumplimiento esencial, en cuyo caso sería tratado como tal, pudiendo dar lugar a la resolución del contrato⁸². En el Comentario se indica que *«la imposibilidad temporal no sólo se refiere a las circunstancias que causan el obstáculo, sino también a las consecuencias derivadas de ello; éstas pueden durar más tiempo que las circunstancias mismas. La exoneración cubre la totalidad del período en el que el deudor es in-*

⁸⁰ LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte I y II...*, op. cit., p. 560.

⁸¹ DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., op. cit., p. 381.

⁸² Vid., DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., op. cit., pp. 381 y 382 y NAVAS NAVARRO, S., «El resarcimiento...», op. cit., p. 1251.

*capaz de cumplir»*⁸³. El párrafo tercero del artículo 79 de la CISG «*es equivalente a la primera frase del artículo 8:108 (2). El CISG no resuelve la cuestión de la resolución, pero los autores apoyan la norma dispuesta en la segunda frase del 8:108 (2)*»⁸⁴ basándose en que en el párrafo quinto del artículo 79 se indica que «*nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una u otra de las partes ejercer cualquier derecho distinto del derecho a exigir indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención*»⁸⁵.

Ni el artículo 8:108 de los PECL ni el 79 de la CISG contemplan el supuesto de que el impedimento no afecte a la totalidad de la prestación, sino a una parte; lo que SALVADOR CODERCH, en relación al segundo de los artículos citados, denomina «impedimento impeditivo parcial». La solución que propone dicho autor es que «*si únicamente la realización de una parte de la prestación resulta obstaculizada por el impedimento de que se trate, entonces permanece la obligación por el resto y lo mismo sucede con la relativa a la indemnización de daños y perjuicios por la parte que subsiste*»⁸⁶. La misma solución la ofrece NAVAS NAVARRO con relación al párrafo segundo del artículo 8:108, matizando que «*permanecerá la obligación en el resto, siempre que la prestación siga interesando al acreedor*»⁸⁷. Interés que considero que estará condicionado por lo que resulte conforme con los principios de razonabilidad y buena fe.

El párrafo tercero del artículo 8:108 impone al deudor el deber de notificar al acreedor el impedimento y sus efectos: «*La parte que incumple debe asegurarse de que, en un plazo razonable desde que se supo o hubiera debido enterarse de dichas circunstancias, la otra parte recibe una comunicación de la existencia del impedimento y de sus efectos respecto de la capacidad de la parte para cumplir su obligación. La otra parte tiene derecho a una indemnización por daños y perjuicios por las pérdidas que pudieran resultar de no recibir esa comunicación*». El deudor que se beneficia de la limitación de los remedios por causa derivada de la presencia de un impedimento al cumplimiento, tiene el deber de comunicar al acreedor, en un tiempo razonable, la existencia del impedimento y de las consecuencias o efectos que el mismo produce en sus posibilidades de cumplir correctamente con la prestación. La inobservancia de este deber, o la comunicación en un tiempo irrazonable, tiene como efecto que el deudor habrá de indemnizar aquellos daños y perjuicios

⁸³ LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte I y II...*, op. cit., p. 561.

⁸⁴ LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte I y II...*, op. cit., p. 562.

⁸⁵ SALVADOR CODERCH, P., «Comentario artículo 79 y 80», op. cit., p. 651.

⁸⁶ SALVADOR CODERCH, P., «Comentario artículo 79 y 80», op. cit., p. 651.

⁸⁷ NAVAS NAVARRO, S., «El resarcimiento...», op. cit., p. 1251.

que se le hayan irrogado al acreedor como consecuencia de la ausencia o tardía comunicación. En virtud de lo anterior, podría darse la circunstancia de que el acreedor no tenga derecho a la indemnización de daños y perjuicios por haberse producido un incumplimiento excusable, pero sí por las pérdidas añadidas que sufra el acreedor como consecuencia de no haber recibido la notificación o haberse producido en un tiempo irrazonable⁸⁸. En el fondo, el fundamento último del deber de notificación se encuentra en el principio de buena fe, y así, expresamente, se indica en el Comentario que «*el apartado (3) del artículo 8:108 es una aplicación de la obligación de buena fe que rige en el conjunto de los principios*»⁸⁹.

Debe hacerse notar que ya en el año 1991 el profesor PANTALEÓN PRIETO propuso una interpretación del artículo 1105 del Código civil en el mismo sentido que el párrafo primero del artículo 79 de la CISG⁹⁰. Recuérdese que el tenor literal del artículo 1105 es el siguiente: «*Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que previstos, fueran inevitables*». La solución que propugna dicho autor consiste en mutar el término «*suceso*» por la expresión «*beyond his control*» de la CISG, traducida ésta última como «ajeno a su esfera de control», por considerarla más correcta que la de «ajeno a su voluntad» de la versión oficial en castellano⁹¹. Afirma que sería suficiente con «leer así el artículo 1105 CC: “Fuera de los casos expresamente mencionados por la ley, y de los que así lo declare el contrato, nadie responderá de los *impedimentos ajenos a su ámbito de control* que no hubieran podido preverse al tiempo de contratar [y evitarse, así pues, no contratando], o que [previstos *posteriormente*] fueran inevitables”»⁹².

Lo anterior, lleva a PANTALEÓN PRIETO a concluir que los tres requisitos que deben concurrir para que exista un caso fortuito exonerador de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios son tres: «i) La falta de cumplimiento tiene que haber sido provocada por un *impedimento ajeno al ámbito de*

⁸⁸ Vid., NAVAS NAVARRO, S., «El resarcimiento...», *op. cit.*, pp. 1251 y 1252; SALVADOR CODERCH, P., «Comentario artículo 79 y 80», *op. cit.*, pp. 655 y 656.

⁸⁹ LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte I y II...*, *op. cit.*, p. 562.

⁹⁰ PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *Anuario de Derecho Civil*, 1991, pp. 1064 a 1069.

⁹¹ PANTALEÓN PRIETO, F., critica la versión en castellano afirmando que en «el artículo 79.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías:... Más correcto hubiera sido escribir «ajeno a su ámbito de control», en lugar de «ajeno a su voluntad» [«*beyond his control*», se lee en la versión inglesa]. Y debería existir una conjunción «o» antes de las palabras «que lo evitase o superase» [la versión inglesa reza «*or to have avoided or overcame it or its consequences*»], «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, p. 1060.

⁹² *Ult. op. cit.*, p. 1064.

control del deudor... ii) Tiene que tratarse de un suceso cuyo acaecimiento durante la vida de la relación contractual no fuera razonablemente previsible al tiempo de contratar... iii) Y ha de ser un suceso inevitable, en sí y en sus consecuencias, empleando la diligencia que, atendida la naturaleza del contrato y las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, correspondería a un buen padre de familia»⁹³.

En la misma línea, señala OLIVA BLÁZQUEZ en relación al artículo 1105, que «hace referencia (sin mencionarlo explícitamente) a los supuestos clásicamente identificados como “caso fortuito” y “fuerza mayor”. Ambos supuestos tienen en común el hecho de partir de la existencia de “un suceso imposible de prever, o que previsto, sea inevitable y, por tanto, realizado sin culpa del agente” (STS 23 de mayo 2008), residiendo la diferencia entre uno y otro en que el caso fortuito viene referido a los acontecimientos que ocurren en el interior de la empresa, mientras que la fuerza mayor se origina por un suceso que acaece en el exterior... Aún cuando la jurisprudencia ha hecho en alguna ocasión referencia a esta distinción (STS 30 septiembre 1983), realmente carece de efectos jurídicos relevantes, por lo que es más aconsejable hablar sin más de casos fortuitos o, como indica la CISG, de impedimentos ajenos a la voluntad del deudor»⁹⁴.

Considero, que si bien pueden identificarse los términos «caso fortuito» con los impedimentos que se producen dentro de la esfera de control del deudor, y «fuerza mayor» con los que acaecen fuera de la misma, en la actualidad dicha distinción carece de sentido en el moderno derecho contractual, por ser sus efectos los mismos, tal y como ratifica el tenor literal de los artículos 79.1 CISG, 8:108 PECL y III.-3:104 DCFR; es adecuado por ello el tenor del artículo 1209 de la PMCC, que ha acuñado, de forma similar a los anteriores preceptos, algunos de los cuales sin duda le han servido de modelo, la expresión «impedimento ajeno a su voluntad y extraño a su esfera de control»⁹⁵.

⁹³ *Ult. op. cit.*, p. 1068.

⁹⁴ OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Tema 10. Remedios frente al incumplimiento», *Derecho Civil Patrimonial I*, en AA. VV. (editores Ángel M. López y López y Rosario Valpuesta Fernández y coordinadores Francisco Infante Ruiz y Laura López de la Cruz), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 251.

⁹⁵ *Vid.*, sobre el art. 1209 PMCC, GÓMEZ CALLE, E., «Los remedios ante...», *op. cit.*, pp. 81 a 84.

CAPÍTULO III

EL DAÑO

1. INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo se aborda el análisis del daño desde una doble perspectiva. De un lado, como presupuesto de la obligación de indemnizar: cuándo el daño genera la obligación de responder, es decir, cuándo es resarcible y cuáles son sus requisitos esenciales, tratando de dar respuesta al *an respondatur*; y de otro, el *quantum respondatur*, qué daños se integran dentro del concepto de daño indemnizable, hasta dónde y cómo se deben indemnizar y valorar¹. En definitiva, una visión del daño como objeto de la obligación de indemnizar.

Como ya se ha dicho, la obligación de indemnizar los daños surge de la concurrencia de tres presupuestos o requisitos²: el incumplimiento inexcusa-

¹ Respecto a la importancia de la determinación del *quantum respondatur*, señala SOLER PRESAS, A., que «es fácil comprender por qué resultaba de vital importancia la clara determinación de los criterios de delimitación del *quantum respondatur*. La razón no es otra sino la presión ejercida por la clase social entonces dominante que, detentando los medios de producción, únicamente aceptaba emplearlos en el desarrollo de las nuevas e inciertas empresas que las nuevas tecnologías permitían acometer si se le garantizaba, en la medida de lo posible, que los riesgos inherentes a las mismas se mantendrían dentro de unos parámetros razonables o, mejor, asumibles. La concreción de los criterios de delimitación del resarcimiento devino así en presupuesto necesario para el correcto cálculo de los costes reales que las nuevas empresas suponían y, consecuentemente, para el logro de una provechosa distribución de los recursos económicos», *La Valoración del Daño en el Contrato de Compraventa*, Aranzadi Editorial, Navarra, 1998, p. 38.

² Como bien afirma SOLER PRESAS, A., «la responsabilidad es uno más de los efectos que la ley liga al contrato, efecto que constriñe al deudor incumplidor a indemnizar al acreedor los daños que el incumplimiento de la prestación a su cargo le hubiera ocasionado. Ahora bien, esta obligación indemnizatoria que pesa sobre el deudor incumplidor no surge automáticamente del mero hecho del incumplimiento, sino de la concurrencia del mismo y de otras dos condiciones o presupuestos: la primera, que se den las circunstancias que, en opinión del legislador, hacen razonable que sea el deudor quien soporte las consecuencias del incumplimiento, esto es, que de conformidad con el ordenamiento jurídico sea el incumplimiento

ble del contrato, la producción de daños y perjuicios, y un nexo causal entre el incumplimiento y los daños³. Por tanto, en el esquema del sistema de responsabilidad contractual de los PECL, el daño o perjuicio es, junto con el incumplimiento inexcusable del contrato y con el nexo de causalidad, uno de los presupuestos o elementos necesarios para que surja la obligación de resarcir, a la que se refiere el párrafo primero del artículo 9:501⁴.

Si bien es cierto que el previo incumplimiento del contrato es el presupuesto primigenio desencadenante de todo el sistema de responsabilidad contractual, no lo es menos que el requisito del daño es la pieza clave, el presupuesto imprescindible, para que se ponga en marcha el remedio de la indemnización⁵. El daño no es un elemento más, sin duda alguna es el requisito que cualifica y distingue a la indemnización de daños y perjuicios de los demás remedios que se integran dentro del sistema de responsabilidad contrac-

subjetivamente imputable al deudor; y la segunda, que como consecuencia del mismo haya sufrido el acreedor un daño», *La Valoración del...*, *op. cit.*, p. 21.

³ En similares términos, pero en relación a los presupuestos de la indemnización de daños en la CISG, se pronuncian CALVO CARAVACA, A.L., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., afirmando que «para que surja la obligación de indemnizar, basta fundamentalmente que concurren tres hechos: el incumplimiento del contrato por una de las partes, la producción de un daño a la otra, la existencia de un nexo causal entre el incumplimiento y el daño... A estos efectos, la Convención de Viena prescinde de la imputabilidad o más precisamente de la teoría de la culpa. Dicho con otras palabras, es irrelevante que el incumplimiento contractual sea intencionado o negligente... Lo único que exonera de responsabilidad es el caso fortuito o la fuerza mayor en los términos dispuestos por el artículo 79 de la Convención», «Capítulo II. El contrato de compraventa internacional de mercancías», en AA. VV., *Contratos Internacionales*, (directores Alfonso L. Calvo Caravaca y Luis Fernández de la Gándara, coord. Pilar Blanco-Morales Limones), Tecnos, Madrid, 1997, p. 312. Respecto de la CESL, VAQUER ALOY, A., señala que de su art. 159 «pueden deducirse cuáles son los presupuestos de la indemnización de daños y perjuicios, y que son comunes a los derechos europeos: «1. El acreedor tendrá derecho a percibir una indemnización por las pérdidas derivadas del incumplimiento de una obligación por parte del deudor, salvo que pueda justificarse el incumplimiento. 2. Las pérdidas futuras que el deudor puede esperar también darán derecho a una indemnización por daños y perjuicios». De aquí se deducen los siguientes presupuestos para que nazca la indemnización de daños y perjuicios: a) la existencia de un daño («pérdidas» en la versión española, «loss» en la inglesa); b) la relación de causalidad entre el daño y el incumplimiento. c) un incumplimiento que no sea justificado por la concurrencia de una causa de exoneración», «La indemnización de daños contractuales en la Propuesta de Reglamento sobre un Derecho común europeo de la compraventa (CESL)», *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 1 (enero-marzo, 2015), p. 3.

⁴ Así lo afirma el propio comentario al art. 9:501, al establecer que «*the aggrieved party to recover damages whenever it suffers loss from the other party's unjustified to perform*», LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II, Combined and Revised*, (Prepared by The Commission of European Contract Law. Chairman: Professor Ole Lando), Edited by Ole Lando and Hugh Beale, Kluwer Law International, The Netherlands, 2000, p. 434. *Vid.* en relación a los PICC, MCKENDRICK, E., «Commentary Arts. 7.4.1 a...», en AA. VV., *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, (edited by STEFAN VOGENAUER AND JAN KLEINHEISTERKANP), Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 867 a 871.

⁵ Como se explicará más adelante, en nuestro Derecho, el incumplimiento por sí sólo –el daño *in re ipsa* por el mero incumplimiento– no genera la obligación de indemnizar.

tual de los PECL⁶. Sin la presencia de daños o perjuicios no hay obligación de resarcir, pues no hay nada que reparar, y, como se ha dicho anteriormente, la función básica del remedio indemnizatorio es resarcitoria, es la reparación de los daños y perjuicios causados⁷.

Una vez constatada la existencia de daños, procede evaluar cuáles se integran dentro del concepto de daño indemnizable, hasta dónde y cómo han de indemnizarse, y ello teniendo en el horizonte que el objetivo de este remedio es situar al sujeto dañado en la misma posición en la que se hubiera encontrado

⁶ PALAZÓN GARRIDO, M.L., afirma que «la indemnización de daños y perjuicios tiene como presupuesto necesario en los Principios Lando la producción efectiva de un daño, con lo que se rechazan los “nominal damages” del Derecho Anglosajón», «El nuevo derecho contractual europeo: incumplimiento y remedios», en AA. VV., *Europa y los nuevos límites de la autonomía privada*, (Juan Miguel Ossorio Serrano ed.), Universidad de Granada, 2005, p. 89. En parecidos términos, pero en relación a la CISG, se manifiesta PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario artículo 74», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, p. 580.

⁷ Sobre el daño como presupuesto matriz de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios en el Derecho español: sostiene CARRASCO PERERA, A., que «a tenor de una doctrina jurisprudencial, que por reiterada excusa toda cita, el mero incumplimiento obligacional no es fuente de la obligación de prestar la indemnización de daños contractuales. Esta doctrina, que es absolutamente de asentir, conlleva la afirmación más general de que la prestación de *id quod interest* no tiene su fundamento en el incumplimiento, sino en el daño derivado él. En alguna ocasión en que el Tribunal Supremo parece haber afirmado lo contrario, sosteniendo la existencia de una especie de *daño in re ipsa* por el solo incumplimiento, la afirmación deberá entenderse en sus términos, ya que generalmente expresa la conclusión, obtenida del examen del caso, de que, efectivamente, el daño se produjo. Tomada en otros términos, la afirmación de que el mero incumplimiento es daño, constituye sin duda doctrina errónea», «Comentario a los artículos 1101 a 1107 del Código Civil», en AA. VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (dirigido por Manuel Albaladejo), Tomo XV, Volumen 1.º, Edersa, 1989, Madrid, p. 402; CRISTÓBAL MONTES, A., «Trátase, sin duda, del principal requisito de la obligación de resarcimiento que incumbe al deudor caso de que por acto propio haya provocado la imposibilidad de la prestación debida, imposibilidad determinante del incumplimiento obligacional. Es obvio que sin daño a resarcir carece de sentido contemplar la existencia de una hipotética obligación de resarcimiento a cargo del deudor», *El incumplimiento de las obligaciones*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 224. *Vid.*, también LLAMAS POMBO, E., «Comentario a los artículos 1.096 al 1.109 del Código Civil», en AA. VV., *Jurisprudencia Civil Comentada, Código Civil*, Tomo II, (dirigido. Miquel Pasquau Liaño), Comares, Granada, 2000, p. 1826 y PINTÓ RUIZ, J.J., «Indemnización de daños y perjuicios», en AA. VV., *Nueva Enciclopedia Jurídica*, (bajo la dirección de Carlos E. Mascareñas y continuada por Buenaventura Pellisó Prats), Tomo XII, ed. Francisco Seix, S. A., Barcelona, 1965, p. 289. En el Derecho italiano, GIORGI, G., señala que «es necesario el concurso del daño resarcible. Nadie duda sobre la verdad de este principio. Queda violada la obligación, pero si falta el daño falta la materia del resarcimiento. Supongamos que se ha dado una ley que impone la renovación de las hipotecas en el plazo de un año. Hay un procurador que, después de haber recibido de su cliente el encargo de renovar cierta determinada inscripción, distraído en otros negocios, la olvida, y al llegar el año siguiente le reclama el cliente el resarcimiento del daño por haber omitido la renovación. Pero el procurador prueba que la hipoteca no hubiera podido nunca renovarse ó bien demuestra que fue nula desde el principio por defecto de cualquiera de las formas requeridas por la ley en la inscripción bajo pena de nulidad. ¿Qué resarcimiento deberá este mandatario, que con su omisión no ha causado el menor daño al mandante?... En conclusión, podemos decir que toda disminución de patrimonio sufrida por el acreedor puede ofrecer materia de resarcimiento, siempre que sea cierto el concurso actual ó potencial del daño», *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*, Traducida de la séptima edición italiana y anotada con arreglo a las legislaciones española y americanas, por la Redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Volumen II, Madrid, 1909, p.136.

de no haberse producido el hecho dañoso⁸. A lo anterior, tratan de dar respuesta los artículos 9:502 al 9:510 PECL, que tienen como finalidad propia el establecimiento de reglas para el cálculo del montante de los daños y perjuicios, el alcance y la extensión que en su caso proceda indemnizar⁹. Los daños resarcibles pueden derivar de una múltiple variedad de supuestos de incumplimientos, de lo que resulta en la práctica imposible establecer reglas detalladas para la determinación y cuantificación de los mismos. Por tanto, el objetivo perseguido por los artículos citados, no es otro que ofrecer unos principios básicos que permitan determinar y cuantificar el montante indemnizatorio¹⁰.

Por lo que respecta a la estructura de este Capítulo, y en consonancia con la doble perspectiva del análisis del daño indicada, inicialmente se abordará el estudio del daño como condición sustantiva para que pueda ser ejercitada la reclamación por el acreedor que sufre la lesión de su derecho de crédito. Se analizará, pues, el concepto de daño que adoptan los PECL, así como los presupuestos básicos del mismo.

La determinación del daño reparable se encuentra formulada de forma abstracta en el artículo 9:502¹¹, que prevé la regla general de que el perjudica-

⁸ En el mismo sentido, se ha pronunciado en la doctrina italiana, entre otros, SALVI, C., «ottimale sarebbe il rimedio idoneo a eliminare il fatto lesivo e a porre il danneggiato nella identica situazione nella quale si sarebbe trovato, se il fatto dannoso non si fosse verificato», «Risarcimento del Danno», en AA. VV., *Enciclopedia del Diritto*, Tomo XL, ed. Giuffrè Editore, Varese, 1989, p. 1084. Sobre los tipos de intereses protegidos por la indemnización de daños en general y en los PECL, *vid.*, los epígrafes 3.1. «Los posibles tipos de intereses protegidos por la indemnización» y 3.2 «La función resarcitoria adoptada por los PECL: la protección del interés positivo» del capítulo anterior.

⁹ En nuestro CC, son los arts. 1101 al 1105, los que suministran los requisitos sustantivos para que pueda ser ejercitada la reclamación de daños y perjuicios. Siendo los arts. 1106 al 1109, los que proporcionan las reglas para calcular el alcance de la indemnización que en cada supuesto proceda. Con relación a la CISG, HUBER, U., señala que «Article 45 (1) (a) merely contains a brief reference to the buyer's remedies under Article 46 to 52, namely the right to require performance, avoidance of the contract, or a price reduction. However, Article 45 (1) (b) has an independent function: it forms the basis of the buyer's right to claim damages where the seller has breached the contract. Articles 74 to 77, to which subparagraph (b) refers, govern only the content and extent of the right to claim damages, not the preconditions for its existence», «Commentary Art. 45», en AA. VV., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Second Edition (in translation), (Edited by Peter Schlechtriem Translated by Geoffrey Thomas), Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 356.

¹⁰ HONNOLD, J.O., en el mismo sentido, pero con relación a la CISG, señala que «breach of contract can occur in an almost infinite variety of circumstances; no statute can specify detailed rules for measuring damages in all possible cases. All that can be done, and all that is needed, is to state basic principles to govern compensation for breach of contract», *Uniform Law For International Sales*, Third Edition, Kluwer Law International, 1999, p. 445.

¹¹ PALAZÓN GARRIDO, M.L., «En cuanto al alcance de la indemnización, la regla general es la indemnización integral, optando los Principios por el interés positivo, que incluirá el daño emergente y el lucro cesante», «El nuevo derecho...», *op. cit.*, p. 90. El principio de reparación integral del daño, ya se había consagrado en el art. 74 CISG, del que STOLL, H., «Article 74 is a basic rule defining the general extent of the obligation to pay damages for all cases in which the Convention provides for such an obligation. The rule that in general both the loss suffered by the promisee and his loss of profit are to be compensated expresses the principle of full compensation: the promisee has a right to be fully compensated for all

do tiene el derecho a ser situado en la misma posición en la que se encontraría si el contrato se hubiera cumplido, si bien debe de tenerse en cuenta, como señala OLIVA BLÁZQUEZ con relación al Derecho español, pero que resulta igualmente predicable de los PECL, que «la regla de la indemnización integral no constituye un axioma absoluto y carente de excepciones en el sistema que diseña el Código civil. Al contrario, el legislador ordena que el principio general de la completa indemnidad del acreedor quede limitado por el juego de otras reglas que sirven para excluir del régimen de responsabilidad contractual a ciertos daños que en puridad podrían ser indemnizables»¹². El criterio básico de determinación del daño resarcible tiene una primera concreción en el inciso final de la regla enunciada, al comprender dentro del mismo el *damnum emergens* y el *lucrum cesans*. Una segunda concreción se encuentra ubicada en el párrafo segundo del artículo 9:501, que incluye las pérdidas no pecuniarias y las pérdidas futuras¹³. Ambas reglas determinan cuáles son las partidas del daño resarcible¹⁴.

En segundo lugar, y ya en la fase de cálculo del montante de los daños y perjuicios, la regla básica de determinación de los daños resarcibles enunciada

disadvantages he suffers as a result of the promisor's breach of contract. Those disadvantages are established by comparing the situation in which the promisee finds himself as a result of the breach of contract with the situation in which he would have found himself if the contract had been correctly performed. Damages therefore have to satisfy both the promisee's interest in the advantages associated with performance (his expectation interest) and his interest in avoiding damage to life, limb, or property, that is to say, to rights which he enjoys irrespective of the contract», «Commentary Art. 74 a 77», en AA. VV., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Second Edition (in translation), (Edited by Peter Schlechtriem), Translated by Geoffrey Thomas, Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 552.

¹² OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Comentario a la Sentencia de 7 de julio de 2008», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Mayo-Agosto 2009, número 80, pp. 611 a 629, p. 616.

¹³ En relación a los daños que se integran dentro del concepto de daños resarcibles, señala PALAZÓN GARRIDO, M.L., que «comprende tanto los daños patrimoniales como los morales [art. 9.501 (2a)], apartándose, por tanto, de nuestro art. 1106 C.c., el cual frente al 1902, sólo abarca como daño indemnizable la pérdida sufrida y la ganancia dejada de obtener, recibiendo lo que se ha dado en llamar por IGARTUA «concepción economicista del daño contractual». A pesar de ello, nuestra jurisprudencia en ocasiones se ha pronunciado a favor de la indemnización de los daños morales en caso de incumplimiento de contrato (SSTS 9 mayo 1984; 3 junio 1991; 4 de febrero y 9 de diciembre 1994; 14 de febrero, 22 mayo y 22 noviembre 1995 y 21 octubre 1996). En los Principios Unidroit, igualmente, se afirma de forma específica la indemnizabilidad de estos daños [art. 7.2.2 (2)]. Son también indemnizables en el régimen de los PECL los daños futuros [art. 9.501 (2b)], esto es, aquéllos que todavía no se han verificado, pero es probable que se produzcan con un grado razonable de certeza. Tal disposición se encuentra asimismo en los Principios Unidroit [art. 7.4.3 (2)], «El nuevo derecho...», *op. cit.*, pp. 89 y 90. *Vid.*, en similares términos, en relación a la CESL, ZURITA MARTÍN, I., «Indemnización por daños y perjuicios e intereses», en AA. VV., *El derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos*, (Antoni Vaquer Aloy, Esteve Bosch Capdevila y María Paz Sánchez González, editores), Atelier, Barcelona, 2015, p. 673; y VAQUER ALOY, A., «La indemnización de...», *op. cit.*, pp. 5 a 9.

¹⁴ Cumplen la misma función que el art. 1106 de nuestro CC, a saber «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».

por el artículo 9:502 se encuentra matizada por el *test* de previsibilidad del artículo 9:503; por el artículo 9:504, en virtud del cual la parte perjudicada no puede ser resarcida por las pérdidas provocadas de forma irrazonable por su propio comportamiento; y por la carga de mitigar los daños del artículo 9:505. Los artículos 9:506 y 9:507 ofrecen dos criterios de cálculo de los daños y perjuicios cuando el contrato ha sido resuelto. El artículo 9:506 introduce como método de cálculo concreto del daño, la diferencia entre el precio del contrato incumplido y resuelto y el precio del negocio de sustitución u operación de reemplazo. El artículo 9:507 emplea un método de cálculo abstracto del daño producido por el contrato incumplido y resuelto, tomando como punto de referencia la diferencia entre el precio del contrato y el precio corriente en el momento de su resolución. El artículo 9:508, exclusivo de las obligaciones pecuniaras, disciplina el resarcimiento del retraso en el pago de una cantidad de dinero. El artículo 9:509, que es una manifestación del principio de la autonomía de la voluntad, autoriza que las partes libremente puedan estipular el importe que deba indemnizarse por el incumplimiento del contrato. Por último, el artículo 9:510, regula la moneda en la que deberán calcularse los daños y perjuicios.

En la regulación contenida en los PECL sobre el remedio de la indemnización de los daños y perjuicios, pueden diferenciarse dos compartimentos o bloques: los presupuestos y los efectos o consecuencias de la obligación de indemnizar. En otras palabras, de un lado, sus presupuestos, las condiciones sustantivas para su ejercicio (párrafo primero del artículo 9:501, a lo que habría que añadir lo dispuesto en el artículo 8:108 sobre la exoneración), y de otro, las reglas relativas al cálculo de los daños y perjuicios (párrafo segundo del artículo 9:501 al 9:510).

2. CONCEPTO Y PRESUPUESTOS DEL DAÑO RESARCIBLE

2.1 Introducción

A continuación vamos a realizar un análisis del daño como requisito de la obligación de indemnizar, como efecto del incumplimiento inexcusable del contrato. Para ello, se estudia dónde y cómo se regula en los PECL, cuál es el concepto de perjuicios o pérdidas que ha adoptado este texto de referencia, qué pérdidas son las que generan el derecho a exigir una indemnización y cuáles son los requisitos o características que debe cumplir para ser resarcible. Por último, se aborda el examen de la reparación integral del daño, es decir, del principio rector del resarcimiento de los daños y perjuicios.

2.2 El daño en sentido material y jurídico: el daño indemnizable

El término «daño» hace referencia, en un sentido *lato* o genérico, desprovisto de toda connotación jurídica, a toda consecuencia desfavorable o perjudicial que sufre una persona, en sí o en sus bienes, derivada de una conducta ajena, propia, o de la naturaleza misma¹⁵. No obstante lo anterior, no todo daño, en el sentido genérico expuesto, será objeto de tutela por el Ordenamiento jurídico. La amplitud de su concepto como fenómeno material, como constatación fáctica de un perjuicio o situación desventajosa, precisa una delimitación, al objeto de determinar cuáles serán objeto de tutela jurídica, o lo que es lo mismo, qué daños o perjuicios adquieren relevancia jurídica¹⁶. A este daño en sentido jurídico, al que es objeto de tutela jurídica, el que provoca la reacción del remedio indemnizatorio de los PECL, es al que vamos a dedicar nuestro estudio, no sin antes realizar una precisión terminológica.

Consideramos de interés hacer una diferenciación entre el daño jurídico y el resarcible o indemnizable, y ello al objeto de distinguir entre el efectivamente causado y el que sería objeto de indemnización. Ambos daños pueden

¹⁵ En tal sentido, afirma DE CUPIS, A., en relación al daño como fenómeno, que «daño no significa más que *nocimiento* o perjuicio, es decir, aminoración o alteración de una situación favorable. Las fuerzas de la naturaleza, actuadas por el hombre, al par que pueden crear o incrementar una situación favorable, pueden también destruirla o limitarla. El concepto de daño se presenta, bajo este aspecto, sumamente amplio, ya que, de hecho ninguna limitación ofrece el lenguaje ordinario en cuanto al número de lesiones o perjuicios a las que pueda aplicarse la denominación de “daños”», *El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil*, traducción de la 2.ª edición italiana y estudio preliminar por Ángel Martínez Carrión, Bosch, Barcelona, 1975, p. 81. También FISCHER, H.A., «En términos vulgares, llámase *daño* a todo detrimento o lesión que una persona experimenta en el alma, cuerpo o bienes, quienquiera que sea su causante y cualquiera que la causa sea, aunque se lo infiera el propio lesionado o acontezca sin intervención alguna del hombre», *Los Daños Civiles y su reparación*, Traducido del alemán con concordancias y un Apéndice sobre el Derecho español por W. Roces, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1928, p. I. En nuestro Derecho, PANTALEÓN PRIETO, F., «Daño», en AA. VV., *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. III, (dir. Alfredo Montoya Melgar), Civitas, Madrid, 1995, p. 1896, «Prejurídicamente, el daño puede definirse como toda modificación perjudicial en la esfera patrimonial o personal de un sujeto de derecho. Pero el concepto de daño debe perfilarse a la luz de su significación jurídica: la de ser el elemento fundamental de los supuestos de hecho de las normas de responsabilidad contractual y de responsabilidad extracontractual».

¹⁶ Así, DE CUPIS, A., respecto del daño en sentido jurídico, señala que «lo que el derecho *tutela*, el daño vulnera. Si el derecho *tutela*, un determinado *interés humano*, éste puede ser atacado por un *daño*, que será un daño en *sentido jurídico (daño jurídico)*, en cuanto contra él apresta el derecho la propia *reacción*. En consecuencia, el objeto del daño en sentido jurídico se configura *más limitado* respecto al objeto del daño entendido genéricamente; pues que, mientras el objeto del daño genéricamente entendido es *cualquier situación favorable*, que se refiera o no a seres humanos, objeto del daño en sentido jurídico no puede ser más que un *interés humano jurídicamente tutelado*. Ciertamente también, la reacción jurídica encuentra su razón de ser tan sólo frente al daño ocasionado a aquello que el derecho tutela y, por tanto, sólo el interés humano puede recibir la tutela del derecho», *El Daño. Teoría...*, *op. cit.*, p. 109. Similarmente, LARENZ, K., «daño es el *menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona, ya en su propiedad o en su patrimonio*», *Derecho de obligaciones. Tomo I*. Versión española y notas de Jaime Santos Briz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, p. 193.

coincidir o no dependiendo de las circunstancias que concurran en el momento de producirse el incumplimiento, o una vez producido el mismo, y ello siempre a la luz de los aspectos que las partes tuvieron en cuenta o debieron tener en el momento de celebrarse el contrato.

En el campo del Derecho de los contratos, el daño jurídico se corresponderá con todo menoscabo o desventaja que sufra una persona, en sí misma o en su patrimonio como consecuencia del incumplimiento inexcusable del contrato. Se corresponderá con el daño en bruto. Y no es más que el daño contemplado en el párrafo primero del artículo 9:501 PECL, es decir, todas «*las pérdidas sufridas a consecuencia del incumplimiento de la otra parte*».

En cambio, el resarcible o indemnizable, sería un daño jurídico, que se configura, en principio, como más limitado que el anterior, un subtipo de daño jurídico. Es decir, el que efectivamente será resarcido, y vendría representado por todas «*las pérdidas sufridas a consecuencia del incumplimiento de la otra parte*» una vez pasado por el filtro del *test* de previsibilidad del artículo 9:503, de las pérdidas imputables a la parte perjudicada del artículo 9:504¹⁷ y de la carga de mitigar del artículo 9:505. El daño resarcible se corresponderá con el neto. De ello se colige que su carácter indemnizable deriva de circunstancias extrínsecas a él, que tendrán que ser analizadas en cada supuesto de incumplimiento injustificado. Ello, sin duda, dificulta la determinación del alcance y la extensión del daño resarcible antes de la constatación de las circunstancias concurrentes en cada caso¹⁸.

No obstante la reseñada diferenciación, en ocasiones puede ocurrir que el daño jurídico *lato sensu* coincida con el daño indemnizable. Este supuesto se dará en los incumplimientos inexcusables que provoquen un menoscabo o unas consecuencias desfavorables que coincidan exactamente con la cuantía del daño indemnizable, por no verse limitado el monto indemnizatorio por la concurrencia de alguna de las circunstancias anteriores. En conclusión, salvo

¹⁷ En tal sentido FISCHER, H.A., señala que se integran dentro del concepto de daño «todos los perjuicios que el individuo sujeto de derecho sufra en su persona y bienes jurídicos, con excepción de los que se irroge el propio perjudicado», *Los Daños Civiles...*, *op. cit.*, p.1.

¹⁸ Un supuesto de la distinción entre daño jurídico y daño resarcible, sería el de la Sentencia de 7 de Julio de 2008, ponente D. José Almagro Nosete (RJ 2008, 4473) comentada por OLIVA BLÁZQUEZ, F., así, «a la vista de los hechos que constan en la sentencia estudiada, no puede negarse que el demandante alegara y probara suficientemente la existencia de una serie de daños reales, como las reparaciones efectuadas a consecuencia del estallido de los cristales, los viajes, estancia y costes salariales que se derivaron del desplazamiento de sus trabajadores al Reino Unido, así como el importe de las existencias no utilizadas y adquiridas. Respecto al dictamen pericial que encargó la acreedora, es evidente que también se trata de un daño, en cuanto que significó una disminución patrimonial objetiva fácilmente cuantificable. Otra cosa es que resulte ser un daño indemnizable en función de los requisitos legalmente exigidos», «Comentario a la Sentencia de 7 de Julio de 2008...», *op. cit.*, pp. 622 y 623.

la excepción anteriormente establecida, el daño jurídico *lato sensu* será el daño «bruto» producido por el incumplimiento, por tanto, el potencialmente indemnizable. Por el contrario, el resarcible, será el que efectivamente se indemnizará, una vez realizadas las operaciones delimitadoras del mismo, el daño «neto», siguiendo la terminología anterior.

2.3 El concepto de daños y perjuicios

Los PECL no nos ofrecen un concepto normativo de los «daños y perjuicios». No obstante haberse ocupado en la sección 3.^a del capítulo 1 de establecer una serie de definiciones, entre las que ya se ha destacado la del término «incumplimiento», no han hecho lo mismo con la de los «daños y perjuicios». Por el contrario, en el anexo del DCFR se definen los siguientes términos: «*damage*», como cualquier tipo de efecto perjudicial —«*any type of detrimental effect*»—; «*damages*», como la suma de dinero a la que una persona tiene derecho, o mediante la cual una persona puede ser indemnizada por un Tribunal, como compensación por algún tipo específico de daño —«*a sum of money to which a person may be entitled, or which a person may be awarded by a court, as compensation for some specified type of damage*»—¹⁹; y «*loss*», como comprensivo tanto de los daños patrimoniales como no patrimoniales, incluyéndose dentro de aquellos las pérdidas de ingresos o de ganancias, los gastos en los que se haya incurrido y la pérdidas de valor de un bien. Dentro de los no patrimoniales se comprenden el dolor, el sufrimiento y el deterioro en la calidad de vida —«*Loss*” includes economic and non-economic loss. “Economic loss” includes loss of income or profit, burdens incurred and a reduction in the value of property. “Non-economic loss” includes pain and suffering and impairment of the quality of life»—²⁰.

Sin embargo, como se ha anticipado, los PECL, al igual que la mayoría de los ordenamientos nacionales²¹ y otros textos uniformes de la contratación

¹⁹ STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, edited by Christian Von Bar y Eric Clive, Volume I, Oxford, University Press, 2010, p. 68.

²⁰ STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and...*, *op. cit.*, p. 74.

²¹ Tal ausencia de concepto normativo de daños y perjuicios se constata en los arts. 1101 y siguientes de nuestro CC. Tampoco la derogada Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo («BOE» número 165, de 11-07-2003) contiene definición alguna. Por lo que respecta al Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias («BOE» número 287,

supranacional²² no proporcionan un concepto general de «daños y perjuicios» y se limitan a contemplar una serie de tipos específicos de daños indemnizables. Además, el artículo 9:501²³ afirma la obligación de la parte incumplidora de indemnizar los daños causados «*a consecuencia del incumplimiento*», sin establecer su concepto. Lo anterior presupone un significado natural de los «daños y perjuicios» y que la obligación de resarcir surja, en principio, por la causación de cualquier tipo de daños, lo que sitúa a los PECL entre los sistemas de cláusula general, es decir, entre los que otorgan una protección de bienes jurídicos en abstracto²⁴.

Ahora bien, aunque los PECL no contengan explícitamente un concepto o una definición, ello no significa que de su articulado y de sus comentarios no pueda presuponerse cuál es el concepto adoptado por los mismos²⁵.

de 30-11-2007), establece de forma abstracta en el párrafo primero del art. 128 que «*todo perjudicado tiene derecho a ser indemnizado en los términos establecidos en este Libro por los daños o perjuicios causados por los bienes o servicios*». Posteriormente, el párr. segundo, tras establecer la compatibilidad del remedio resarcitorio con otras acciones o remedios que el perjudicado pueda ejercer, incluye expresamente entre los daños indemnizables el daño moral: «*las acciones reconocidas en este libro no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los morales*», confirmando legislativamente el carácter resarcible del daño moral en la responsabilidad contractual, puesto que como se analizará, jurisprudencialmente ya lo ha sido. Por último, el art. 129 del precitado Texto Refundido, regula el carácter resarcible de «los daños personales». La legislación en vigor en otros países tampoco aporta mayores concreciones, pues se limita a referirse al daño en general; sirvan como ejemplos, los arts. 1218 y siguientes del *Codice Civile* y los arts. 1146 y siguientes del *Code Civil*.

²² Similarmente se expresan los arts. 82 ULIS, 74 CISG y 7.4.2 PICC. En cambio, la Directiva 1999/44/CE sobre consumo no hace referencia alguna, no sólo a los daños y perjuicios, sino al propio remedio resarcitorio. Deja lo relativo a los daños y perjuicios a los Derechos nacionales; así el art. 8 dispone que «*1. Los derechos conferidos por la presente Directiva se ejercerán sin perjuicio de otros derechos que pueda invocar el consumidor en virtud de otras normas nacionales relativas a la responsabilidad contractual o extracontractual. 2. Los Estados miembros podrán adoptar o mantener, en el ámbito regulado por la presente directiva, disposiciones más exigentes, compatibles con el Tratado, para garantizar al consumidor un nivel de protección más elevado*».

²³ Parecidos términos emplea el art. 3:701 del libro III DCFR: «(1) The creditor is entitled to damages for loss caused by the debtor's non-performance of an obligation, unless the non-performance is excused. (2) The loss for which damages are recoverable includes future loss which is reasonably likely to occur. (3) «Loss» includes economic and non-economic loss. «Economic loss» includes loss of income or profit, burdens incurred and a reduction in the value of property. «Non-economic loss» includes pain and suffering and impairment of the quality of life», STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), Principles, Definitions and..., op. cit., p. 915. A la medida de los daños en general se refiere el art. 347 del Restatement: «Subject to the limitations stated in §§ 350-53, the injured party has a right to damages based on his expectation interest as measured by (a) the loss in the value to him of the other party's performance caused by its failure or deficiency, plus (b) any other loss, including incidental or consequential loss, caused by the breach, less (c) any cost or other loss that he has avoided by not having to perform».

²⁴ La mismas ideas inspiran en España a la PMCC, que dedica los arts. 1205 y siguientes a la indemnización de los daños y perjuicios. En concreto, el art. 1207 dispone que «*la indemnización de daños y perjuicios comprende no solo el valor de la pérdida que haya sufrido el acreedor, sino también de la ganancia que haya dejado de obtener*».

²⁵ Por el contrario, los PETL sí contienen expresamente una definición de daño resarcible en su art. 2:101: «*El daño requiere un perjuicio material o inmaterial a un interés jurídicamente protegido*».

De la combinación de sus artículos 9:501 y 9:502 se deriva que con la expresión «daños y perjuicios» se hace referencia a cualquier tipo de consecuencia perjudicial, menoscabo o detrimento, ya sea patrimonial o no patrimonial, presente o futuro, directo o indirecto, que sufre una parte contratante derivada de un incumplimiento injustificado del contrato²⁶. Se comprenden, como daño patrimonial, tanto las pérdidas sufridas –daño emergente–, como las ganancias dejadas de obtener –lucro cesante–; por daño no patrimonial se entienden los sufrimientos, molestias o daños morales²⁷. Por tanto, el concepto que acogen los PECL, al igual que el DCFR, es omnicompreensivo²⁸, lo que significa que son susceptibles de protección tanto las cosas materiales como los bienes o derechos inmateriales susceptibles de generar tanto daños patrimoniales como otros de naturaleza extrapatrimonial, entre los que se encuentran, por ejemplo, la propia imagen, la libertad, la salud y el honor²⁹.

²⁶ Como ha indicado FISCHER, H.A., «el concepto jurídico del daño presenta un matiz marcadamente subjetivo. Aunque se destruya o deteriore una cosa, si no hay un sujeto interesado, a quien afecte el perjuicio, no puede decirse –jurídicamente hablando– que exista »daño»: la existencia y cuantía del daño patrimonial sólo pueden fijarse en relación con la persona que lo experimente», *Los Daños Civiles...*, *op. cit.*, p.12.

²⁷ Al respecto señalan LANDO, O., BEALE, H., «*las pérdidas reparables no se limitan a las pérdidas pecuniarias, sino que puede cubrir también, por ejemplo, daños o sufrimientos, molestias o la carga psicológica o daños morales que el incumplimiento de la prestación suponga para la otra parte*». Emplean los PECL, como ejemplo ilustrativo de que las pérdidas no pecuniarias quedan cubiertas por el remedio indemnizatorio, el muy recurrente de los daños morales e inconvenientes sufridos como consecuencia de la contratación de un paquete de vacaciones que resulta ser en realidad muy diferente al ofertado. El ejemplo es el siguiente: «*A hace una reserva de vacaciones en la empresa B, que es una agencia de viajes. El paquete de las vacaciones reservadas incluye una semana en lo que se describe como una habitación espaciosa en un hotel de lujo con cocina excelente. En realidad, la habitación es un tugurio sucio, y la comida es espantosa. A tiene derecho a una indemnización por los inconvenientes sufridos y por aquello de lo que no ha podido disfrutar*», *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte I y II. (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, Edición: Ole Lando y Hugh Beale (Edición española a cargo de Barres Benlloch P., Embid Irujo J. M. y Martínez Sanz F.), Colegios Notariales de España, Madrid, 2003, p. 641. Sobre la inclusión de las pérdidas no pecuniarias en el concepto de daños y perjuicios resarcibles, *vid.* en nuestro Derecho: Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002, p. 372 y PALAZÓN GARRIDO, M.L., «El nuevo derecho...», *op. cit.*, p. 88.

²⁸ Como afirma NAVAS NAVARRO, S., «El resarcimiento debe cubrir, además de las pérdidas que tengan carácter pecuniario, aquellas pérdidas que no lo tengan y las pérdidas futuras que de forma razonable probablemente tengan lugar (art. 9:501 [2] PEDC). Rige por tanto el principio de resarcimiento integral. En este sentido, el incumplidor debe indemnizar todo el daño que haya ocasionado y que sea consecuencia de la falta de ejecución del programa contractual como se deduce de la primera proposición del art. 9:503 PEDC», «El resarcimiento de daños en los Principios de Derecho de los Contratos (Con especial referencia al Derecho español)», *Actualidad Civil*, 2000, p. 1241.

²⁹ La cuestión de la inclusión de los daños no pecuniarios o morales dentro de los daños indemnizables parece no gozar de apoyo normativo expreso en los artículos que regulan la indemnización de los daños contractuales en nuestro CC. Así lo ponen de manifiesto, entre otros, Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., quienes exponen que «el incumplimiento contractual puede causar daños no sólo pecuniarios, sino también no pecuniarios o morales. Mientras que la indemnización de los primeros no ha suscitado duda, sí la ha suscitado la indemnización de los segundos en el ámbito de responsa-

Si hacemos la comparativa con el Derecho español, podemos observar que nuestro Código civil tampoco contiene una definición de «daños y perjuicios». El artículo 1101 se limita a describir de forma genérica la obligación de reparar en los siguientes términos: «*Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquella*», sin concretar las clases o tipos de daños resarcibles³⁰. El resto de preceptos relativos a los daños y perjuicios contractuales, artículos 1102 a 1108, establecen diferentes aspectos y circunstancias a tener presentes para proceder a dicha indemnización. En concreto, el artículo 1106 trata del daño emergente y del lucro cesante, omitiendo cualquier referencia a qué se debe entender por tales menoscabos³¹. Tal ausencia de definición ha provocado que sea la doctrina y la juris-

bilidad contractual. Como recuerda el profesor Díez-Picazo (de acuerdo con F. Igartua), el principal inconveniente se encuentra en nuestro CC en el art. 1.106. «Frente al art. 1902, que obliga a reparar el daño causado, el art. 1.106 (...) sólo comprende como daño indemnizable la pérdida sufrida y la ganancia dejada de obtener, recibiendo lo que el autor antes citado [Fernando Igartua] ha llamado una concepción economicista del daño contractual, que se lleva a cabo a través de una valoración global del patrimonio, pero sin incidir en perjuicios de carácter extrapatrimonial. A ello se añade la idea de que por daño moral debe entenderse un ataque o lesión de bienes o derechos de la personalidad, lo que resulta de fácil engarce con la responsabilidad contractual» (*Fundamentos*, II, p. 688). A pesar de esta apreciación, nuestra jurisprudencia contiene casos en los que el incumplimiento de un contrato provoca daños morales, que considera indemnizables. Recordemos, por ejemplo, la STS de 3 de junio de 1991. El caso que se enjuicia es el de un pintor que ha cedido para una exposición unos cuadros que resultan deteriorados en su transporte. El pintor, junto al daño material, por dicho deterioro, reclama el daño moral que el mismo ha significado para él. El TS justifica en estos términos la indemnización del daño moral: «Vertiente distinta ofrece el análisis de los daños morales, en su derecho de autor, que indudablemente afectan al hoy recurrente. En este sentido ha de hacerse constar que su acogimiento tiene apoyo positivo, tanto en los arts. 1.101, 1.106 y en caso 1.902 CC...», *op. cit.*, p. 372. Por el contrario, como ya se ha indicado, los PECL sí establecen de forma expresa el carácter de daños indemnizables de los no pecuniarios o morales. Más detallado aún que el párrafo segundo del art. 9:501 de los PECL, se muestra el párrafo tercero del art. 3:701 del libro III del DCFR: «(3) “Loss” includes economic and non-economic loss... “Non-economic loss” includes pain and suffering and impairment of the quality of life», STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and...*, *op. cit.*, p. 915.

³⁰ En el mismo sentido, pero en relación a la responsabilidad extracontractual, NAVEIRA ZARRA, M.M., afirma que «teniendo en cuenta la relación de interdependencia que existe entre el resarcimiento y el daño, se hace preciso tomar como punto de partida para acometer el análisis del resarcimiento la previa individualización del concepto de daño resarcible. Lo anterior es necesario porque el daño no aparece definido en nuestras leyes postcodificadoras reguladoras de la responsabilidad civil extracontractual. Por el contrario, el art. 1902 del CC, siguiendo al Code Francés, se limitó a enunciar de forma genérica la obligación de reparar los daños causados como consecuencia de una acción u omisión culpable o negligente, sin proceder a tipificar los supuestos o categorías de daños jurídicamente relevantes, es decir resarcibles», *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil*, Edersa, Madrid, 2006, p. 36.

³¹ CARRASCO PERERA, A., «El artículo 1.106 no contiene una definición de daños, ni tan siquiera una definición del daño resarcible. Pérdida y ganancia son expresiones naturalísticas tomadas de la realidad

prudencia, tanto contractual como extracontractual, las que hayan elaborado un concepto de los mismos³².

En la doctrina, la mayoría de los autores se ha orientado por definir el daño como todo menoscabo o detrimento que sufre una persona en su ámbito o esfera de intereses³³. Así, LACRUZ BERDEJO *et alii* lo definen como «toda desventaja en los bienes jurídicos de una persona; significa un desequilibrio jurídico que la indemnización debe cubrir, en todo o en parte»³⁴. Para SANTOS BRIZ, «daño es todo menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica, que sufre una persona y del cual haya de responder otra»³⁵. Para Díez-Picazo, debe tenerse por daño «toda disminución desventajosa en que el acreedor se vea colocado como consecuencia de la lesión de su derecho de crédito»³⁶.

En lo que se refiere a los pronunciamientos del Tribunal Supremo, se tiene por daños y perjuicios: «*toda disminución del patrimonio del acreedor, bien provenga de una pérdida –daño emergente–, bien de una privación de*

social y económica. No existe un concepto normativo de daño», «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, p. 669.

³² Como ha manifestado CRISTÓBAL MONTES, A., «¿Qué debe entenderse por daño? No es fácil dilucidar un concepto que sea susceptible de englobar la afección que sufre o puede sufrir el acreedor cuando la prestación que esperaba obtener ya no resulta realizable. Valores estrictamente económicos se dan junto a otros de índole intelectual, frustraciones patrimoniales coexisten con insatisfacciones espirituales y proyectos pecuniarios se desmoronan al lado de previsiones de orden anímico», *El incumplimiento de...*, *op. cit.*, p. 224. En similares términos Díez-Picazo y Ponce de León, L., «Nuestro Código, siguiendo en este punto las pautas del Derecho Común, se limita a decir en el art. 1106 que... No es fácil, a tenor de ello, establecer un concepto perfilado de los daños contractuales, hasta el punto de que la doctrina que se ha ocupado del tema, ha señalado que no es posible establecer directrices generales», *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II Las Relaciones Obligatorias*, 6.ª edición, Civitas, Navarra, 2008, p. 787.

³³ En similares términos, en la doctrina italiana se han pronunciado sobre el concepto de daño: GIORGI, G., de forma más extensa considera que «es notorio entenderse por daño toda disminución del patrimonio del acreedor, sea que conste de una *pérdida (damnum emergens)*, ya consista en la *privación de una ganancia (lucrum cesans)*. Así una como otra manera de daño puede ser *actual ó potencial*, que es lo mismo que decir ya ocurrido ó bien no verificado todavía, pero cierto en su existencia futura, ó de certeza absoluta, ó con certeza relativa al hecho especial y concreto. También puede ser á veces *daño común*, y en otras *daño propio* del acreedor perjudicado, que como veremos en breve tiene su importancia en cuanto á la prueba ... En conclusión, podemos decir que toda disminución de patrimonio sufrida por el acreedor puede ofrecer materia de resarcimiento, siempre que sea cierto el concurso actual ó potencial del daño», *Teoría de las Obligaciones...*, *cit. op.*, p. 136; BIANCA, C.M., «la nozione di danno può essere ravvisata nella lesione di un interesse che il soggetto subisce in conseguenza dell'altrui fatto ingiusto o di altro fatto che costituisca titolo di responsabilità», *Dell'inadempimento delle obbligazioni: art. 1218-1229*, 2.ª edición, Nicola Zanichelli, Bologna, 1979, p. 246.

³⁴ LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F.A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRIA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil II Derecho de Obligaciones*, 2.ª edición. Revisada y puesta al día por Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 2000, p. 205.

³⁵ SANTOS BRIZ, J., *Derecho de daños*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 107.

³⁶ Díez-Picazo y Ponce de León, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II...*, *op. cit.*, p. 787.

ganancia –lucro cesante–»³⁷; «el menoscabo sufrido por el acreedor consiste en la diferencia que existe entre la actual situación del patrimonio que recibió el agravio y la que tendría de no haberse realizado el evento dañoso»³⁸; «la amplia dicción del art. 1106 del C. Civ., la entidad del resarcimiento, presu- puesto el evento perjudicial y la conducta sancionable, abarca todo el menoscabo económico sufrido por el acreedor, consistente en la diferencia que existe entre la actual situación del patrimonio que recibió el agravio y la que tendría de no haberse realizado el hecho dañoso, bien por disminución efectiva del activo, bien por la ganancia perdida o frustrada, pero siempre comprendiendo en su plenitud las consecuencias del acto lesivo, por cuanto el resarcimiento tiene por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento o acto ilícito (restitutio in integrum)»³⁹.

Si bien parece clara la idea de que el daño aparece representado por toda disminución, afección, menoscabo o desventaja que sufra una persona, ya sea en su esfera patrimonial como personal, no siempre ha sido así. La inclusión dentro del daño de los menoscabos o desventajas personales, o empleando la terminología de los PECL, los daños no pecuniarios, no tuvo lugar en sede responsabilidad contractual hasta la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1984⁴⁰, relativa a la reclamación interpuesta por un abogado por su

³⁷ STS de 14 de diciembre de 1950, ponente D. Felipe Gil Casares (RJ 1950, 1840).

³⁸ STS de 6 de octubre de 1962, ponente D. Manuel Ruiz Gómez (RJ 1962, 3603).

³⁹ STS de 10 de enero de 1979, ponente D. Jaime De Castro García (RJ 1979, 18). En los mismos términos, entre otras, las de 6 de octubre de 1982, ponente D. Antonio Fernández Rodríguez (RJ 1982, 5540), de 2 de abril de 1997, ponente D. Pedro González Poveda (RJ 1997, 2727).

⁴⁰ SSTS de 9 de mayo de 1984, ponente D. Carlos De la Vega Benayas (RJ 1984, 2403): «en el caso del recurso la petición se refiere al resarcimiento de daños morales repercutibles o morales indirectos, precisa tener en cuenta la relatividad e imprecisión forzosa del daño moral impide una exigencia judicial estricta respecto de su existencia y traducción económica o patrimonial y por lo mismo exige atemperar con prudente criterio ese traspaso de lo físico o tangible a lo moral o intelectual y viceversa, paso que, si filosóficamente es tenido por imposible (el del mundo del ser al del deber ser), jurídicamente ha de ser resuelto por aproximación y necesidad pragmática de resolver el conflicto y de dar solución a la finalidad social que el Derecho debe conseguir para evitar la injusticia y cumplir el principio del alterum non laedere y con ello la impunidad de tantas y tantas conductas que la actual sociedad tecnificada y burocratizada produce, al abrigo de la masificación de los servicios y contratos colectivos y de adhesión, estatales o paraestatales; y sin olvidar tampoco que en punto a esta clase de perjuicios y daños inmateriales, su producción, su existencia y su realidad, es decir, su prueba es paradójicamente, más fácilmente apreciable o perceptible en los casos de incumplimiento contractual, pues ya el hecho de esa conducta en una de las partes en el contrato produce, en curso normal de la convivencia y de las expectativas creadas por la relación negocial intersubjetiva, una frustración, una ruptura de la confianza que es la base de la buena fe (arts. 7.º, 1.º y 1258 del C. Civ.) y aunque una concepción economista y material de la convivencia abonó o amparó en un tiempo una respuesta negativa para resarcir esa frustración, cierto es que hoy aparece superada (como se superó el rechazo de la indemnización de los daños morales a partir de la sentencia de 6 diciembre 1912), o en vías de superación, esa tesis restrictiva merced o gracias a la benéfica o compensadora entrada o irrupción de la ética (exposición de motivos del Título preliminar del C. Civ., de 1974) en

omisión en la lista de la guía telefónica, de igual forma que hizo en su día la mucho más temprana sentencia de 6 de diciembre de 1912 en el ámbito de la responsabilidad extracontractual⁴¹, cuando se rompe con el concepto economista, y se admiten como partidas indemnizables los *daños inmateriales o relativamente patrimoniales o indirectos*⁴². En esta dirección se orientan muchas

el campo de las relaciones jurídicas, influjo que ha de ser mantenido e incluso reforzado a la vista de los principios supraleales consagrados en nuestra Constitución de 1978: art 1.º, con su referencia al valor justicia, y décimo, que consagra y obliga al respecto del derecho de los demás... si la Sala sentenciadora, en la resolución que se impugna, admite y declara que hubo negligencia en la Compañía Telefónica y contravención por ésta del contrato de publicidad, debió de sacar las derivaciones lógicas y normales de ese incumplimiento, sin refugiarse en la estricta literalidad y excesiva generalidad de aquella tesis negativa, que ha de ser matizada según casos y circunstancias, concretamente y con más razón, como se ha dicho, en los supuestos de exigencia del resarcimiento por daños inmateriales o relativamente patrimoniales o indirectos, tales fama, el prestigio, la nombradía profesional, la permanencia en el ejercicio de una actividad dependiente de clientela y anunciada mediante la normal publicidad en los casos en que, como el de autos y recursos, era realizada en la Guía Telefónica según contrato con el cliente o abonado reclamante, Abogado en ejercicio, cuyos datos desaparecieron de la Guía durante un año, con la natural repercusión que ello entraña en punto a la incertidumbre de su baja o cesación profesional, traducible lógicamente en minoración de clientela y otros efectos, tales como *mutatis mutandi*, es corriente en el mundo de la publicidad, en el que la permanencia del asunto se convierte en necesidad inexcusable para la persistencia del tráfico mercantil, industrial o profesional; por lo que en definitiva, sentada por la Sala la existencia de culpa en la Compañía, no cabe olvidar su natural consecuencia so pretexto de su indeterminación, prueba y producción económica, cuando esa dificultad puede ser superada con los elementos probatorios que se ofrecen, fundamentalmente el hecho mismo del incumplimiento (el daño *in re ipsa*). Al respecto, *vid.*, MUÑOZ SABATÉ, L., «Hacia un nuevo tratamiento de los daños y perjuicios contractuales», *Revista Jurídica de Catalunya*, 1985, pp. 253 a 255.

⁴¹ STS de 6 de diciembre de 1912, ponente D. Rafael Bermejo (RJ 1912, 95). Sobre dicha resolución *vid.*, DE CASTRO y BRAVO, F., «Los llamados derechos de la personalidad», *Anuario de Derecho Civil*, 1959, pp. 1269 a 1273. Resulta interesante, sobre el fundamento de la indemnización del daño moral y su distinción con los daños materiales, la STS de 2 de abril de 2004, ponente Don Clemente Auger Liñan (RJ 2607, 2004), que afirma que junto a la obligación de resarcir que surge de los daños patrimoniales, surge el daño representado por el dolor psíquico o espiritual, por lo que «aunque el daño moral no se encuentre específicamente nominado en el Código Civil, tiene adecuado encaje en exégesis de ese amplísimo “reparar el daño causado” que emplea el artículo 1902, como tiene declarado esta Sala a partir de la sentencia de 6 de Diciembre de 1912; la construcción del referido daño como sinónimo de ataque o lesión directo a bienes o derechos extrapatrimoniales o de la personalidad peca hoy de anticuada y ha sido superada tanto por la doctrina de los autores como de esta Sala. Así, actualmente, predomina la idea del daño moral, representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades, o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, cual si el ataque afecta al acervo extrapatrimonial o de la personalidad (ofensas a la fama, al honor, honestidad, muerte de persona allegada, destrucción de objetos muy estimados por su propietario, etc). De ahí que, ante, frente o junto a la obligación de resarcir que surge de los daños patrimoniales, traducido en el resarcimiento económico o dinerario de “*lucrum cessans*” y/o del “*damnum emergens*”, la doctrina jurisprudencial haya arbitrado y dado carta de naturaleza en nuestro derecho a la reparación del daño o sufrimiento moral, que si bien no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado».

⁴² Como afirma CAPILLA RONCERO, F., «de una noción restringida de daño indemnizable, sinónima de menoscabo o no ganancia en el patrimonio del acreedor, se pasa a una noción mucho más amplia que comprende el menoscabo de cualquier bien de la persona, sea o no patrimonial», *La Responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, Fundación Universitaria de Jerez, 1989, p. 105.

sentencias⁴³, si bien no es raro encontrar otras que plantean dudas sobre la naturaleza indemnizable del daño moral contractual⁴⁴.

También se ha afirmado que el daño se determina comparando el estado actual del patrimonio del perjudicado por el incumplimiento y el estado que tendría de no haberse producido el evento dañoso, lo que se denomina la «teoría de la diferencia» que, como se analizará, consideramos que no es la adoptada por los PECL. En la doctrina científica⁴⁵ se han postulado como defensores de la misma, entre otros, LACRUZ BERDEJO *et alii*, afirmando que el daño «conceptualmente se determina prescindiendo mentalmente del evento dañoso y calculando cuál sería, entonces la situación del dañado: la diferencia entre ésta y la real (consecuencia de la real producción del evento dañoso) representa el daño»⁴⁶. La teoría de la diferencia ha sido objeto de una acerada crítica por parte de PANTALEÓN PRIETO, quien expone una serie de argumentos, en virtud de los cuales no «es defendible en nuestro Derecho el concepto del daño de la teoría de la diferencia: disminución patrimonial dada por la diferencia entre el valor actual del patrimonio del dañado y el valor que este patrimonio habría tenido, de no haberse producido el hecho dañoso»⁴⁷. Consecuentemente, dicho autor sostiene una concepción del daño como la lesión de un interés subjetivo-histórico, en contraposición a la lesión de un interés objetivo-típico.

Nuestra jurisprudencia ha sido ajena a las críticas formuladas contra la teoría de la diferencia, y se ha pronunciado con total claridad en favor de la concepción

⁴³ Las SSTs de 15 de febrero de 1994, ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1994, 1308); 9 de diciembre de 1994, ponente D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1994, 9433); de 19 de octubre de 1996, ponente D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1996, 7508).

⁴⁴ Entre otras, plantean la duda sobre la indemnización del daño moral, la STS de 10 de julio de 2003, ponente D. Clemente Auger Liñán (RJ 2003, 4622): «En relación a la existencia del daño existe la duda respecto a la atribución de indemnización de los daños morales únicamente en supuesto de culpa extracontractual y no a los daños derivados de incumplimiento de contrato. Actualmente, y sin que ello prejuzgue la solución del presente caso, el criterio que parece predominar es el favorable a la indemnización de daños morales aunque deriven de infracción de contrato».

⁴⁵ También CARRASCO PERERA, A., «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, p. 670 a 672. Si bien, dicho autor manifiesta que «la consideración de que el daño se cifra en la cantidad diferencial entre dos estados patrimoniales no debe extremarse hasta el punto de desconocer la polivalencia de la técnica indemnizatoria en nuestro Derecho». SÁNCHEZ ARISTI, R., también sostiene la teoría de la diferencia, afirmando en relación al concepto de daño, que: «suele proponerse como fórmula para su determinación, la de una comparación hipotética entre la situación real en que se halla el patrimonio del acreedor, como consecuencia del incumplimiento, y aquella en la que se hallaría si dicho incumplimiento no se hubiera producido», «Comentario a los artículos 1.101 a 1.107», en AA. VV., *Comentario al Código Civil* (coordinado por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Navarra, 2001, p. 1288.

⁴⁶ LACRUZ BERDEJO, J.L., *et alii*, *Elementos de Derecho Civil II...*, *op. cit.*, p. 205.

⁴⁷ PANTALEÓN PRIETO, F., «Daño», *op. cit.*, p. 1897. También ha planteado objeciones a la teoría de la diferencia, Díez-Picazo, L., afirmando que el daño «no puede medirse únicamente, de acuerdo con los postulados de la llamada teoría de la diferencia, por la diferencia entre el valor de su patrimonio antes y después de la lesión, sino que exige una comprobación más amplia de la situación patrimonial entera», *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II...*, *op. cit.*, p. 787.

diferencial del daño⁴⁸. Así, afirma en multitud de sentencias que el daño surge de la comparación de dos estados patrimoniales del acreedor; por un lado, el que ostenta después de producirse el incumplimiento y, por otro, el que tendría, si realizamos la ficción de que el incumplimiento dañoso no hubiera acaecido⁴⁹.

De lo hasta aquí expuesto, se puede concluir que de las notas que definen los daños y perjuicios tanto en los PECL como en nuestro Derecho, las diferencias no resultan ni mucho menos insalvables. La desventaja o menoscabo, tanto pecuniario como no pecuniario, está presente en ambos, si bien en nuestro Derecho se ha producido por vía jurisprudencial y doctrinal, siendo lo deseable que el Código civil comprendiera la mención expresa de los daños no pecuniarios⁵⁰.

Quedarían por resolver las cuestiones de si los PECL adoptan un concepto de daño acorde con la teoría de la diferencia, y si nuestro Derecho, o mejor dicho, nuestra jurisprudencia, ha sido sensible al carácter de indemnizable de los daños futuros. Ello será abordado, respectivamente, en el análisis del principio rector del resarcimiento, y en los tipos de daños que se integran dentro del concepto de daños y perjuicios.

2.4 La certeza y prueba como presupuestos esenciales del daño: el daño *in re ipsa*

2.4.1 CERTEZA Y PRUEBA

Como ya se ha indicado, la función de la indemnización es la de resarcir todas las consecuencias y repercusiones desventajosas, es decir, los daños pro-

⁴⁸ Así lo afirman, entre otros, LLAMAS POMBO, E., «Comentario a los artículos 1.096...», *op. cit.*, p. 1850 y OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Comentario a la Sentencia de 7...», *op. cit.*, p. 615.

⁴⁹ Por todas, *vid.*, las STS de 6 de octubre de 1962, ponente D. Manuel Ruiz Gómez (RJ 1962, 3603); de 10 de enero de 1979, ponente D. Jaime De Castro García (RJ 1979, 18) y de 2 de abril de 1997, ponente Don Pedro González Poveda (RJ 1997, 2727).

⁵⁰ Considero que la COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (SECCIÓN CIVIL), *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos*, Boletín de información, Ministerio de Justicia, Madrid, año LXIII, Enero de 2009, pp. 1 a 70, ha dejado escapar la oportunidad de pronunciarse al respecto, pudiendo haber ratificado, lo que ya es jurisprudencia consolidada, que el daño indemnizable también incluye al no pecuniario o moral. No obstante, en materia de consumidores y usuarios, el art. 128 del TRLGDCU sí reconoce de forma expresa la indemnización de los daños morales, siendo su tenor literal «*Todo perjudicado tiene derecho a ser indemnizado en los términos establecidos en este Libro por los daños o perjuicios causados por los bienes o servicios. Las acciones reconocidas en este libro no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los morales, como consecuencia de la responsabilidad contractual, fundada en la falta de conformidad de los bienes o servicios o en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuosos del contrato, o de la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar.*».

ducidos por el incumplimiento injustificado del contrato, y, de este modo, reequilibrar la situación patrimonial lesionada del acreedor; por lo que resulta vital para el buen fin del remedio, la existencia y prueba del daño, ya que sin él no existe nada que indemnizar⁵¹; siendo presupuesto esencial que sea real y cierto y que quede probado⁵².

La certeza del daño equivale a daño real, existente, no hipotético ni imaginario⁵³. De que sea cierto derivará que pueda ser probado. En los artículos que regulan el remedio indemnizatorio en los PECL no se hace referencia a la certeza, o por lo menos a la certeza del daño presente, ya que el inciso final del artículo 9:501, respecto a los daños futuros, establece que serán indemnizables los que se produzcan de forma «*previsible y razonablemente*». Al respecto, afirma NAVAS NAVARRO que los PECL «guardan silencio acerca del grado de certidumbre que debe tener el juez (o, en su caso el árbitro) acerca de la producción del daño, aunque pueda ser un daño futuro, para que el mismo sea resarcible. Este hecho no debe conducir a la exigencia de una absoluta seguridad sobre la producción del daño: basta un grado razonable de certidumbre, como afirma el art. 7.4.3 [1] Principios UNIDROIT»⁵⁴.

Lo que sin duda queda resuelto en los PECL, es que sin daños no se puede ejercitar el remedio indemnizatorio, estableciendo expresamente en el comentario del artículo 9:501, que «permite que la parte perjudicada reciba una indemnización por daños y perjuicios siempre que haya sufrido pérdidas como consecuencia del incumplimiento injustificado de la otra parte. Esta sección no se ocupa de los daños que no sean relevantes cuando el incumplimiento no

⁵¹ Al respecto, entre otros, OLIVA BLÁZQUEZ, F., indica que «la lógica más elemental dicta que la acción indemnizatoria (por daños y perjuicios) únicamente puede prosperar cuando se pruebe la existencia del daño», «Comentario a la Sentencia de 7 de Julio...», *op. cit.*, p. 621; PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho Civil*, Volumen II. Derecho de obligaciones, contratos y cuasicontratos y obligaciones derivadas de actos ilícitos, Tercera edición, actualizada y revisada por Carles J. Maluquer de Motes I Bernet Bosch, Barcelona, 1997, p. 663: «La reparación tiene la finalidad de que desaparezcan, en la medida de lo posible, los daños y perjuicios sufridos por el perjudicado. Por ello, la prueba de los daños es indispensable».

⁵² Sobre el daño en el Derecho Comunitario, señala VAQUER ALOY, A., que «presupuesto esencial de la indemnizabilidad del daño es que sea cierto y real. Para describir este presupuesto, el Tribunal de Justicia recurre a una serie de expresiones similares: la “existencia real del perjuicio”, “la realidad del perjuicio”, “la realidad del daño”, “el daño realmente sufrido”, “la realidad de un perjuicio cierto”, un “perjuicio real y cierto”, un “un perjuicio actual y real”», «El concepto de daño en el derecho comunitario», en AA. VV., *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Tomo II, (coord. por Eugenio Llamas Pombo), ed. La Ley, Madrid, 2006, pp. 874 y 875.

⁵³ Sobre la importancia de la certeza del daño, señala NAVEIRA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, p. 51, que «el daño eventual o hipotético no puede ser objeto de reparación, porque en tal caso se estaría, por un lado, enriqueciendo injustamente a la supuesta víctima, en cuanto que no es seguro que ésta haya experimentado pérdida alguna ni que la vaya a experimentar en el futuro, y, por otro lado, se estaría haciendo soportar al presunto responsable consecuencias que, al menos hasta ese momento, no se han derivado concluyentemente de su conducta».

⁵⁴ NAVAS NAVARRO, S., «El resarcimiento...», *op. cit.*, p. 1242.

haya ocasionado pérdidas a la parte perjudicada»⁵⁵. Ello es reiterado en las Notas de Derecho comparado del mismo artículo⁵⁶, donde se indica que «es común a todos los ordenamientos de los países de la Unión europea otorgar indemnización por daños y perjuicios sólo cuando la parte perjudicada ha sufrido pérdidas como consecuencia del incumplimiento del contrato; dicha indemnización se calcula en función de las pérdidas. Esta regla se aplica a las pérdidas pecuniarias y a las no pecuniarias. Tal vez la única excepción la constituye el *Common Law*, que en los casos de incumplimiento imputable (*breach*), admite la indemnización por los daños de poca importancia, aun cuando la parte perjudicada no haya sufrido pérdidas»⁵⁷.

Por tanto, el remedio indemnizatorio no sólo requiere que el acreedor insatisfecho pruebe la existencia del incumplimiento injustificado, sino que tendrá que probar también la realidad de los daños.

Ante el vacío de regulación sobre el grado de certidumbre del daño, lo cual podría obedecer a que los PECL lo considere una cuestión netamente procesal, dejándolo a la regulación de las normas adjetivas de cada Estado de la Unión Europea, estimo que puede resultar clarificador acudir a las normativa de la CISG y de los PICC.

El artículo 74 CISG dispone que «*la indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esta indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato*»⁵⁸. La CISG, de forma especular a los PECL, guarda silencio respecto a la certeza del daño.

⁵⁵ LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 639.

⁵⁶ LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 642.

⁵⁷ La exigencia de la existencia de pérdidas para el ejercicio del remedio indemnizatorio en los PECL, la relaciona OLIVA BLÁZQUEZ, F., con la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal, afirmando que «una reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo confirma esta conclusión cuando establece que la indemnización por el incumplimiento total o parcial de las obligaciones derivadas del contrato *requiere la constancia de la existencia de los daños y perjuicios y la prueba de los mismos* (Sentencias de 24 de septiembre 1994, 6 de abril 1995 (RJ 1995,3416), de 22 de octubre 1996 (RJ 1996, 7510) y 13 de mayo 1997 (RJ 1997,3842) y 24 de mayo 1999 (RJ 1999,4056)», «Comentario a la Sentencia de 7 de Julio...», *op. cit.*, p. 621.

⁵⁸ *Vid.*, sobre el art. 74 CISG, entre otros, KNAPP, V., «Commentary Arts. 74 a 77», en AA. VV., *Commentary on the International Sales Law*, The 1980 Vienna Sales Convention, (By C. M. Bianca y M. J. Bonell, coord. by M. J. Bonell), Giufré, Milán, 1987, pp. 538 a 548; PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario artículo 74», *op. cit.*, pp. 579 a 609; y STOLL, H., «Commentary Arts. 74 a 77», *op. cit.*, pp. 552 a 573.

Por el contrario, los PICC sí han tenido presente la cuestión de la certeza del daño. Así, el artículo 7.4.3, intitulado *Certeza del daño*, dispone que: «(1) La compensación sólo se debe por el daño, incluyendo el daño futuro, que pueda establecerse con un grado razonable de certeza. (2) La compensación puede deberse por la pérdida de una expectativa en proporción a la probabilidad de que acontezca. (3) Cuando la cuantía de la indemnización de los daños y perjuicios no puede establecerse con suficiente grado de certeza, queda a discreción del tribunal fijar el monto del resarcimiento». Este precepto, por tanto, consagra el principio de la certeza del daño de forma expresa ⁵⁹.

Lo anterior nos suscita la siguiente duda: ¿el grado razonable de certeza que se expresa en el artículo será exigible respecto a todos los tipos de daños, presentes y futuros, o sólo respecto de éstos últimos? ⁶⁰

Si acudimos al comentario oficial al precepto aludido, en los PICC se establece que «confirma el conocido principio de certeza del daño, ya que no es posible solicitar a la parte incumplidora que repare un perjuicio que no se ha producido y que posiblemente nunca suceda. El párrafo (1) también autoriza la compensación del daño futuro, esto es, cuando el daño no se ha verificado, pero es muy probable que se realice».

¿Podría concluirse que la exigencia de la certeza razonable del daño es predicable tanto de los presentes como de los futuros? Considero que no. Cuando se hace referencia al grado razonable de certeza, se hace en relación sólo de los futuros ⁶¹, dejando fuera de dicha razonabilidad a los presentes, exigiéndose para los mismos la absoluta certeza.

A favor de dicha exclusión, se puede argumentar que el tenor literal del comentario oficial, a saber: «el párrafo (1) también autoriza la compensación del daño futuro, esto es, cuando el daño no se ha verificado, pero es muy probable que se realice», alude al daño que aún no se ha producido, que no ha sido verificado, es decir, que no es real ni cierto, pero que puede o no acontecer en un futuro. Es a éste al que se exige un grado de certeza razonable; lo contrario equivaldría a situar a la parte agraviada ante una certeza absoluta, lo que conllevaría a una prueba diabólica, que considero no debe ser lo deseado ni tutelado por

⁵⁹ Vid., sobre el art. 7.4.3 PICC, entre otros, MCKENDRICK, E., «Commentary Arts. 7.4.1 a ...», *op. cit.*, pp. 880 a 884.

⁶⁰ Por la primera opción parece haberse inclinado NAVAS NAVARRO, S., «El resarcimiento...», *op. cit.*, p. 1242, al afirmar que «este hecho no debe conducir a la exigencia de una absoluta seguridad sobre la producción del daño: basta un grado razonable de certidumbre, como afirma el art. 7.4.3 [1] Principios UNIDROIT».

⁶¹ La misma solución ha adoptado el párrafo segundo del art. III-3:701 del DCFR al disponer expresamente que: «the loss for which damages are recoverable includes future loss which is reasonably likely to occur».

ningún sistema normativo. Ahora bien, este grado razonable de certeza en ningún modo puede llevarnos a la conclusión de ser atribuible a los daños presentes. El daño presente, empleando a *sensu* contrario lo dispuesto en el comentario, es un daño verificado, es un daño en acto, y, por tanto, su tratamiento debe discurrir por unos cauces distintos de los potenciales daños futuros.

Expuesto lo anterior, y las conclusiones a las que hemos llegado, procede plantearnos el interrogante de si se pueden aplicar los mismos criterios sobre la certeza del daño de los PICC a la CISG y a los PECL. Respecto a una posible interpretación del artículo 74 CISG a la luz de lo previsto en el artículo 7.4.3 PICC, se ha pronunciado de forma afirmativa CHENGWEI, sosteniendo que «the requirement of foreseeability must be seen in conjunction with that of certainty of harm. Such an interpretation is strengthened by the interpretation of Art. 7.4.3. UPICC: It is submitted that article 7.4.3 of the UNIDROIT Principles may be helpful in interpreting article 74 CISG and to fill the apparent gap which exists. The UNIDROIT Principles clearly accept the principle that the defaulting party is liable for future damages and provide a practical, reasonable and equitable approach for the determination of such damages»⁶².

Por lo que respecta a los PECL, consideramos que no existe ningún argumento en contra de la interpretación del artículo 9:501 en el mismo sentido del artículo 7.4.3 PICC, que, como se ha dicho, también resulta predicable del artículo 74 CISG. Por ello, a las pérdidas presentes se les exigirá una certeza mayor que a las futuras. El mismo inciso final del artículo 9:501 dispone que serán indemnizables las que se produzcan de forma «*previsible y razonablemente*». Así, el acreedor sólo podrá exigir al deudor las pérdidas presentes que sean ciertas y reales, y, por contra, las probables o futuras, sólo cuando exista un razonable grado de certeza. En consecuencia, no se podrá reclamar la indemnización de las pérdidas que no se hayan verificado y que probablemente nunca lo serán⁶³.

⁶² CHENGWEI, L., «Remedies for Non-performance: Perspective from CISG, UNIDROIT & PECL», <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei-74.htm1>, pp. 15 y 16. En el mismo sentido en la doctrina española VIGURI PEREA, A., *Los Contratos Comerciales Internacionales: análisis de la compraventa desde la perspectiva del Derecho Comparado (Derecho español, Derecho norteamericano, Principios Unidroit y Convenio de Viena)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007, p. 230.

⁶³ Similares términos se encuentran en el comentario del art. III-3:701 del DCFR al disponer que: «*the loss recoverable by the credito includes future loss, that is, loss expected to be incurred after the time damages are assessed. This requires the court to evaluate two uncertainties, namely the likelihood that future loss will occur and its amount. As in the case of accrued loss before judgment this covers both prospective expenditure which would have been avoided but for the non-performance and gains which the creditor could reasonably have been expected to make if the non-performance had not occurred. Future loss often takes the form of the loss of a chance*», *Study Group On A European Civil Code And The Research Group On Ec Private Law (Acquis Group), Principles, Definitions and...*, *op. cit.*, p. 918.

Continúa CHENGWEI⁶⁴ estableciendo una no menos interesante distinción entre lo que sería la certeza respecto a la existencia del daño, en sí mismo considerado, y la certeza en cuanto a su extensión. Puede ocurrir que, una vez producido el incumplimiento, no exista duda sobre la realidad y existencia del daño, pero sí resulte más compleja su cuantificación. En favor de la indemnización de esas pérdidas ciertas y reales, pero de difícil e incierta cuantificación, se pronuncia el parágrafo 3 del artículo 7.4.3 PICC, el cual atribuye al órgano juzgador, antes que rechazar su indemnización o establecer cuantías meramente simbólicas, la facultad de valorarlas de una forma equitativa. Por tanto el *test* de certeza puede actuar de dos formas en la cuantificación de los daños: de un lado, donde los daños sean ciertos en cuanto a su existencia y cuantía, el tribunal se limitará a condenar al pago de los mismos; de otro, cuando sean ciertos en su existencia pero con la cuantía indeterminada, el tribunal «has a discretion in assessing the amount»⁶⁵.

Directamente conectada con la cuestión de la certeza, se encuentra su prueba. Para que la parte acreedora pueda ejercitar el remedio indemnizatorio, es necesario que se le haya ocasionado un daño que sea cierto y real o previsible y razonable en el supuesto de las pérdidas futuras, por lo que la prueba de los mismos constituye un presupuesto ineludible para su indemnización⁶⁶.

Por lo que respecta al Derecho español, también corresponde al acreedor probar la existencia de los daños que le ha ocasionado el incumplimiento. Si bien el Código civil no contiene ningún pronunciamiento expreso, ello derivaba del artículo 1214 relativo a la distribución de la carga de la prueba: «*Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone*». Este artículo fue derogado por el apartado 2.1.º de la Disposición Derogatoria Única de la LEC, que, al regular la carga de la prueba en el párrafo segundo del artículo 217, dispone: «*corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición*»⁶⁷.

⁶⁴ CHENGWEI, L., «Remedies for Non-performance...», *op. cit.*, p. 16.

⁶⁵ CHENGWEI, L., «Remedies for Non-performance...», *op. cit.*, p. 16.

⁶⁶ A diferencia de los PECL, que no hacen referencia a la prueba de los daños, los PETL, sí contienen expresamente una referencia en su art. 2:105: «*El daño debe probarse de acuerdo con los criterios procesales ordinarios. El tribunal podrá estimar la cuantía del daño cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa*».

⁶⁷ En relación al art. 217 LEC afirma DAMIÁN MORENO, J., que «conforme a lo dispuesto en este precepto, en principio corresponde al actor la prueba de los hechos constitutivos y al demandado el de los

2.4.2 EL DAÑO *IN RE IPSA*

Sobre la existencia y prueba de los daños, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha venido afirmando de manera prácticamente unánime que la indemnización exige la prueba de su realidad, y que el mero incumplimiento del contrato no genera por sí sólo la obligación de indemnizarlos. Sirva como botón de muestra la sentencia de 13 de mayo de 1997: «la indemnización de daños y perjuicios, a que se refiere la normativa contenida en el artículo 1101 del Código Civil, no va ineludiblemente ligada o es consecuencia necesaria del incumplimiento o del cumplimiento anormal del contrato, siendo preciso demostrar la existencia real y efectiva de aquellos para que dicha obligación indemnizatoria pueda ser exigible»⁶⁸. El Tribunal Supremo recurre a

impeditivos, extintivos y excluyentes. Hay que tener presente que la naturaleza jurídica de un determinado hecho sufre modificaciones en función precisamente del efecto jurídico pretendido por la parte a quien beneficia por lo que un hecho puede ser constitutivo o extintivo según la consecuencia jurídica que las partes aspiran a conseguir. Por eso, como se dirá al analizar el contenido del artículo 405, a la hora de aplicar las reglas sobre la carga de la prueba, lo primero que hay que hacer es averiguar la clase de hecho que ha quedado sin probar ya que, como ha señalado CORTÉS DOMÍNGUEZ, en realidad las diferentes clases de hechos a que nos estamos refiriendo no tienen razón de ser más que en el proceso y siempre con relación a las normas que rigen la carga de la prueba. Así, atendiendo a esta clasificación, se considerarán *hechos constitutivos* aquellos que dan vida a la relación jurídica que se hace valer. Son hechos necesarios para que nazca el derecho que sirve de base a la acción ejercitada. Por lo general, se identifican con los actos o negocios que fundamentan la pretensión deducida por el actor», «Comentario al artículo 217», en AA. VV., *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo I, (director LORCA NAVARRETE, Antonio María y coordinador GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente), Lex Nova, 2.ª ed., Valladolid, 2000, pp. 1423 y 1424. *Id.*, también: FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J., «Comentario al artículo 217», en AA. VV., *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Artículo 1 al 280, (coordinadores Miguel Ángel FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, José María RIFÁ SOLER y José Francisco VALLS GOMBAU), Atelier Editorial, 1.ª reimpresión, Barcelona, 2001, pp. 821 a 829; y GALLEGO GARCÍA, R., «Comentario al artículo 217», en AA. VV., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (director Fernando TORIBIOS FUENTES), Lex Nova, 1.ª edición, Valladolid, 2012, pp. 370 a 373.

⁶⁸ STS de 13 de mayo de 1997, ponente D. Francisco Morales Morales (RJ 1997, 3842). En el mismo sentido, entre otras muchas, *vid.*, de 5 de julio de 1980, ponente D. Jaime De Castro García (RJ 1980, 3085): «no cabe olvidar que el incumplimiento no entraña necesariamente la producción de un daño, cuya realidad y cuantía han de ser demostradas»; de 20 de abril de 1981, ponente D. Jaime De Castro García (RJ 1981, 1659): «no todo incumplimiento contractual lleva aparejada la obligación de indemnizar daños y perjuicios, cuya realidad ha de probar el accionante»; de 6 de julio de 1983, ponente D. Antonio Fernández Rodríguez (RJ 1983, 4073): «la obligación de indemnizar daños y perjuicios no es consecuencia necesaria del mero incumplimiento que se atribuya a uno de los contratantes, sino que para que nazca y sea exigible, con posibilidad de acogida en casación, se demuestre y reconozca la realidad de haberse producido aquellos, correspondiendo esa apreciación al juzgador de instancia, sin que pueda derivarse de supuestos tan sólo posibles»; de 8 de octubre de 1984, ponente D. Antonio Sánchez Jauregui (RJ 1984, 4761): «la indemnización de daños y perjuicios, a que se refiere la preceptiva contenida en el artículo mil ciento uno del Código civil, no va ineludiblemente ligada o es consecuencia necesaria del incumplimiento contractual, siendo preciso demostrar la existencia real de aquéllos para que dicha obligación nazca y sea exigible, correspondiendo la apreciación de su certeza al juzgador de instancia, sin que pueda derivarse la misma de supuestos meramente posibles, pero de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, no pudiendo, de otra parte, condenarse al pago de indemnización diferiendo para ejecución de sentencia el hecho incierto de que los perjuicios lleguen a tener realidad, pues el condenar a eso hay que hacerlo sobre

expresiones similares: «el incumplimiento no entraña necesariamente la producción de un daño», «no todo incumplimiento contractual lleva aparejada la obligación de indemnizar daños y perjuicios», «la obligación de indemnizar daños y perjuicios no es consecuencia necesaria del mero incumplimiento», «la indemnización de daños y perjuicios... no va ineludiblemente ligada o es consecuencia necesaria del incumplimiento contractual», «no es posible entender que por un incumplimiento o desistimiento sin más, se generen, en una suerte de automatismo ineludible, esas consecuencias indemnizatorias», el «incumplimiento por sí sólo no lleva consigo en todo caso la producción de daños». Acerca de la certeza del daño y su prueba, emplea las expresiones: la «realidad y cuantía han de ser demostrados», «siendo preciso demostrar la existencia real de aquéllos», «cuya realidad ha de probar el accionante», «efectivamente y realmente se hayan producido tales daños y perjuicios», «no se han probado los daños y perjuicios cuya indemnización pretende la parte recurrente», se requiere «la constancia de la existencia de los daños y perjuicios y la prueba de los mismos».

De la citada doctrina jurisprudencial se extraen claramente tres principios que, por su orden cronológico, son: no todo incumplimiento genera necesariamente la producción de daños; los daños nunca se presumen, sino que deben

la base de su efectividad acreditada»; de 4 de octubre de 1994, ponente D. Antonio Gullón Ballesteros (RJ 1994, 7447): «no hay infracción del artículo del Código Civil, no sólo porque no ha existido ninguna incumplida, sino porque no se han acreditado los daños y perjuicios reclamados, aunque hubiese existido aquel incumplimiento»; de 6 de abril de 1995, ponente D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez (RJ 1995, 3416): «la recta doctrina de las consecuencias indemnizatorias derivadas del artículo 1124, en relación con los presupuestos causantes del artículo 1101 CC, que en todo caso, siempre quedarán supeditadas a que, efectivamente y realmente, se hayan producido tales daños y perjuicios, por lo que no es posible entender, que por un incumplimiento o desistimiento sin más, se generen en una suerte de automatismo ineludible, esas consecuencias indemnizatorias, sobre todo, cuando, se reitera de forma taxativa, se especifica por la Sala, que tales daños y perjuicios no se han producido»; de 8 de febrero de 1996, ponente D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1996, 1345): «no basta para que exista daño probar el incumplimiento de una obligación, porque este incumplimiento por sí sólo no lleva consigo en todo caso la producción de daños, que han de ser probados»; de 19 de noviembre de 1996, ponente D. Francisco Morales Morales (RJ 1996, 7923), «toda indemnización de daños y perjuicios exige ineludiblemente que se pruebe plenamente la existencia y realidad de los mismos y en el presente supuesto litigioso no se considera probado adecuadamente que los actores hayan sufrido daños o perjuicios»; y de 24 de mayo de 1999, ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 1999, 4056): «en la sentencia de instancia se afirma que no se han probado los daños y perjuicios cuya indemnización pretende la parte recurrente (demandante reconvenional) y la jurisprudencia es reiterada en la doctrina de que la indemnización por el incumplimiento total o parcial de las obligaciones derivadas del contrato requiera la constancia de la existencia de los daños y perjuicios y la prueba de los mismos»; y recientemente la STS de 10 de septiembre de 2014, ponente Francisco Javier Orduña Moreno (RJ 2014, 4800). Sin ser ajenos a otras sentencias, en las que como afirma, entre otros, LLAMAS POMBO, E., «Comentario a los artículos 1.096...», *op. cit.*, p. 1812 «al TS aparentemente le basta con el incumplimiento para determinar la obligación de indemnizar, como si dicha contravención del contrato constituyese en sí misma un daño. Pero en tales casos lo que sucede, más bien, es que cabe aplicar el principio *res ipsa loquitur*, por lo que del incumplimiento se deduce la existencia del daño, aunque no se hace verdadera abstracción de éste».

ser ciertos, reales; y que tanto el incumplimiento como los daños deben ser siempre probados por el acreedor que los padece⁶⁹.

De lo expuesto, *a priori*, no parece derivarse ninguna contradicción respecto a lo establecido en los PECL, ya que en ambos sistemas normativos se requiere un incumplimiento, que existan daños, y que tanto uno como otro sean probados.

No podemos ser ajenos a que, en contadas ocasiones, el Tribunal Supremo ha argumentado para otorgar algunas indemnizaciones, que el incumplimiento es por sí solo determinante de daños y perjuicios, de forma que se exonera a la parte demandante de la prueba de los mismos. Se da el fenómeno de los daños indemnizables *in re ipsa*, por aplicación del principio *res ipsa loquitur* –la cosa habla por sí sola–, es decir, de la existencia del incumplimiento se hace derivar la existencia de daños, sin necesidad de que los mismos sean probados⁷⁰. Como señala OLIVA BLÁZQUEZ, nos encontraríamos ante «incumplimientos que constituyen per se un daño o perjuicio»⁷¹.

Acerca de los incumplimientos que por sí solo generan la obligación de indemnizar los daños sin la prueba de los mismos, el profesor Díez-PICAZO se plantea la cuestión de que «lo que no es posible saber es por dónde corre la línea divisoria entre los casos en que debe aplicarse la regla general –carga de la prueba del daño que pesa sobre el demandante– y los casos en que el rigor de la carga de la prueba se suaviza y el daño es consecuencia natural e inevitable del incumplimiento»⁷².

Si bien es cierto que algunas sentencias anteriores ya habían admitido tímidamente la doctrina del daño *in re ipsa*, así las de 20 de diciembre de 1979⁷³ y de 20 de octubre de 1982⁷⁴, no lo es menos, que no fue hasta la sentencia de 27 de junio de 1984, donde se recoge de forma clara. En la misma se

⁶⁹ Sobre tales extremos, entre otros, *vid.*: Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II...*, *op. cit.*, pp. 793 y 794; LACRUZ BERDEJO, J.L., *et alii*, *Elementos de Derecho Civil II...*, *op. cit.*, p. 208; LLAMAS POMBO, E., «Comentario a los artículos 1.096...», *op. cit.*, p. 1826; SÁNCHEZ ARISTI, R., «Comentario a los artículos 1.101...», *op. cit.*, p.1279; OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Comentario a la Sentencia de 7...», *op. cit.*, p. 621.

⁷⁰ En el mismo sentido, LLAMAS POMBO, E., «Comentario a los artículos 1.096...», *op. cit.*, p. 1813.

⁷¹ OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Comentario a la Sentencia de 7...», *op. cit.*, p. 622.

⁷² Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II...*, *op. cit.*, p. 794.

⁷³ STS de 20 de diciembre de 1979, ponente D. Antonio Sánchez Jauregui (RJ 1979, 4446): «la mora del vendedor en el cumplimiento de su obligación de entregar las viviendas enajenadas en la fecha en que debió efectuarlo, privó a los compradores del disfrute que de las mismas les correspondía por imperativo de lo preceptuado en el art. 1468 del C. Civ., disfrute que bien se exterioriza haciendo de ellas sus moradas, o bien mediante la percepción del precio cierto que reportara su arrendamiento, tiene un contenido económico pecuniariamente evaluable cuya acusada privación a los compradores es determinante de una lesión patrimonial de tan notoria realidad que le releva de toda otra prueba».

⁷⁴ STS de 20 de octubre de 1982, ponente D. Antonio Sánchez Jauregui (RJ 1979, 4446): «el propietario de las obras experimentó unos perjuicios derivados de un retraso en la recepción definitiva de las

establece que «si bien es cierta la constante cita y aplicación (no siempre adecuada) de la doctrina antes aludida, incluso con el mero y simple alegato de su fórmula estereotipada («el solo incumplimiento no genera el deber de indemnizar»), más lo es que en buena técnica de realización del Derecho ha de matizarse el encaje de los hechos en esa abstracta formulación en exceso generalizada y, con la vista puesta en casos decididos a su amparo, determinar su auténtico alcance y sentido circunstancial, no otro que el de evitar un injusto provecho en el contratante al socaire del incumplimiento del otro que no haya producido real y efectivo perjuicio o daño, en especial –y muchas de las sentencias que al efecto sientan la doctrina lo precisan así– el de negar el resarcimiento de los perjuicios o ventajas dejadas de obtener con el incumplimiento, meramente contingentes o de puras expectativas no contrastadas, o bien, en los casos de petición conjunta del cumplimiento específico e indemnización, acceder sólo a lo primero, negando lo segundo por entender que la satisfacción del acreedor contratante ya ha de considerarse realizada, sin aumentar el resarcimiento o restauración del derecho con repercusión económica de perjuicios no acreditados, lo cual, en definitiva, no excluye la idea de que el incumplimiento (impago de una renta, de un precio, de un hacer o prestar un servicio, una gestión, por ejemplo) no constituya «per se» un perjuicio, un daño, una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral, pues lo contrario equivaldría a sostener que el contrato opera en el vacío y que sus vicisitudes, en concreto las contravenciones de las partes, no habrán de tener ninguna repercusión, contradiciendo así, además, la realidad normativa de la fuerza vinculante del contrato y de sus consecuencias, perfectamente señaladas en el art. 1258 del C. Civ. Al decir que el contrato obliga «no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley»; lo que evidencia que la falta de prestación no ha de quedar impune por constituir «in re ipsa» el propio daño o perjuicio, en cuanto frustración factiblemente valorable, sin más prueba que la propia omisión, naturalmente según casos y circunstancias, a lo que la propia jurisprudencia citada como restrictiva da pie al decir “que no siempre” el incumplimiento produce el deber de resarcir»⁷⁵.

obras, consecuencia a su vez de unos manifiestos y probados desperfectos “imputables a la entidad constructora” actual recurrente».

⁷⁵ STS de 9 de mayo de 1984, ponente D. Carlos De la Vega Benayas (RJ 1984, 2403). En el mismo sentido las SSTs: de 27 de junio de 1984 (RJ 1984, 3438), ponente D. Rafael Pérez Gimeno (RJ 1984, 3438); de 5 de junio de 1985, ponente D. José María Gómez de la Bárcena y López (RJ 1985, 3094); de 24 de septiembre de 1986, ponente D. Mariano Martín-Granizo Fernández (RJ 1986, 4786); de 30 de septiembre de 1989, ponente D. Pedro González Poveda (RJ 1989, 6393); de 15 de junio de 1992, ponente D. Eduardo Fernández-Cid De Temes (RJ 1992, 5136); de 3 de junio de 1993, ponente Don Eduardo Fernán-

La doctrina sentada por esta sentencia, y por otras posteriores, además de no parecer convincente, encierra algunas contradicciones internas. Reafirma el principio general de que el solo incumplimiento no genera el deber de indemnizar, y ello con la intención de evitar que la parte que sufre el incumplimiento obtenga una ganancia más allá del daño efectivamente producido, y con ello que los perjudicados vean en el incumplimiento una suerte de negocio ventajoso; por lo que sólo habrá indemnización hasta el límite de los daños ciertos y probados. Posteriormente, la jurisprudencia, tal vez influenciada por la consideración de haber sido demasiado rigurosa en la apreciación de la prueba, parece dar marcha atrás en determinados supuestos de incumplimiento, en los que considera que la mera omisión de la prestación merece comportar una tipo de sanción económica para el deudor⁷⁶. De ahí que, en la que citamos, se afirme que el hecho de que los daños no sean acreditados, no significa que el incumplimiento no constituya en sí mismo un daño, sin más prueba que la de la mera omisión. En el fondo, de esta residual doctrina jurisprudencial late, como afirma SÁNCHEZ ARISTI⁷⁷, «que una infracción obligacional no puede quedar impune, en la medida en que implica una contravención de la fuerza vinculante de los contratos». En la sentencia se otorga una indemnización de daños y perjuicios a un letrado por los daños morales no probados, como consecuencia de que desde el año 1960 venía anunciándose en letra negrilla su nombre y apellidos, su condición de letrado, dirección y número de teléfono en la guía telefónica de la provincia de Lérida, y tales datos fueron omitidos en la guía telefónica del año 1977. Haciendo abstracción del innegable mérito que la sentencia tiene por lo que respecta a la consagración de la indemnización de los daños morales en los supuestos de responsabilidad contractual, lo que sin duda no nos parece aceptable es que el Tribunal Supremo concediera una indemnización al letrado, por una incierta y no probada pérdida de clientela, basándose en el mero

dez-Cid De Temes (RJ 1993, 4383); de 22 de octubre de 1993, ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1993, 7762); de 18 de diciembre de 1995, ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1995, 9149); de 20 de julio de 1998, ponente D. Román García Varela (RJ 1998, 6126); de 16 de marzo 1999, ponente D. Román García Varela (RJ 1999, 1675); de 26 de julio de 2001, ponente D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2001, 8428); de 17 de marzo de 2003, ponente D. Antonio Gullón Ballesteros (RJ 2003, 2593); de 7 de mayo de 2010, ponente Antonio Salas Carceller (RJ 2010, 4846); de 15 de junio de 2010, ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2010, 5151); de 21 de octubre de 2014, ponente D. Antonio Salas Carceller (RJ 2014, 4900); y de 18 de noviembre de 2014, ponente D. José Antonio Seijas Quintana (RJ 2014, 5946).

⁷⁶ En este sentido, LACRUZ BERDEJO, J.L., *et alii*, señalan que «la Jurisprudencia se mostró, de ordinario, muy exigente en la indemnización y prueba del daño y parsimoniosa, en general, en fijar indemnización, sobre todo cuando se reclamaba lucro cesante... Que no hay obligación de indemnizar si no se ha producido daño es un principio sin duda correcto, pero la propia jurisprudencia parece reconocer que había llevado demasiado lejos la exigencia de su prueba», *Elementos de Derecho Civil II...*, *op. cit.*, p. 208.

⁷⁷ SÁNCHEZ ARISTI, R., «Comentario a los artículos 1.101...», *op. cit.*, p.1279.

hecho del incumplimiento. Cuestión distinta sería que hubiera probado que desde que insertó la publicidad en la guía telefónica en el año 1960, su bufete hubo experimentado un notable aumento de clientela, no sólo de su propio barrio o ciudad, sino también de toda la provincia, con el consiguiente aumento de ingresos y de prestigio profesional, y había realizado una importante inversión en la modernización de sus instalaciones; y que, como consecuencia de la omisión de sus datos en la guía de 1977, no pudo captar más clientela y la que tenía se fue desvaneciendo, al considerar que la ausencia de sus datos en la guía podía ser consecuencia de haber dejado el ejercicio de la abogacía o haber fallecido. Si tales hechos se hubieran demostrado, seguramente el letrado hubiera tenido derecho además de a la indemnización del daño moral, que es la conquista de esta sentencia, a la del lucro cesante como consecuencia de la pérdida de clientela⁷⁸.

El Tribunal Supremo, siendo consciente de los peligros que entraña la doctrina de la indemnización del daño *in re ipsa*, con posterioridad a la sentencia de 9 de mayo de 1984, ha seguido manteniendo el principio general de que el incumplimiento por sí sólo no genera el deber de indemnizar⁷⁹.

No compartimos la doctrina que venimos estudiando, por muy reproachable que pueda parecer el incumplimiento de un contrato, al entender que la imposibilidad de la prueba de los daños no debe abrir la peligrosa e insegura vía de considerar aplicable en nuestro Derecho los daños meramente simbólicos o especulativos del *Common Law*, los *nominal damages*, y mucho menos la de atribuir a la indemnización de daños un carácter preventivo-punitivo. En nuestro Derecho no tienen cabida ni los *punitive damages* ni los *exemplary damages*; el remedio resarcitorio no persigue castigar al sujeto incumplidor, sino compensar económicamente al que sufre los daños me-

⁷⁸ En el mismo sentido del razonamiento expuesto, SOLER PRESAS, A., pone un claro ejemplo en el Derecho inglés, el del caso «*Marcus v. Myers* [(1895) 11 TLR], donde procedentemente se resarcó una pérdida de este tipo. El demandante, sastre de señoras, convencido por el éxito que unos previos anuncios de su negocio en el periódico de mayor difusión entre la comunidad judía había tenido, concertó con los demandados un nuevo contrato en cuya virtud estaban obligados a insertar su anuncio en primera página durante las 52 semanas siguientes. Esta publicidad resultaba esencial para el negocio del demandante pues, al carecer de escaparate, difícilmente podía lograr nueva clientela. Los demandados incumplieron el contrato, notándose a raíz de la omisión del anuncio un empeoramiento del negocio del actor, que no logró una sola cliente nueva. A falta de otra explicación convincente de este descenso de la clientela, estimó el Tribunal que había base suficiente para que el jurado cifrara una indemnización por la ganancia dejada de obtener», *La Valoración del...*, *op. cit.*, p. 21.

⁷⁹ Así las SSTs de 17 de septiembre de 1987, ponente D. Ramón López Vilas (RJ 1987, 6063); de 7 de mayo de 1991, ponente D. Jaime Santos Briz (RJ 1991, 3584); de 6 de abril de 1995, ponente D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez (RJ 1995, 3416); y 8 de febrero de 1996, ponente D. Eduardo Fernández Cid de Temes (RJ 1996, 1345).

dianete una indemnización acorde con los perjuicios⁸⁰. No podemos ser ajenos tampoco a las posibles situaciones de enriquecimiento injustificado que podrían darse, al obtenerse una indemnización por unos daños que no han sido probados⁸¹.

Por último, cabrían hacerse las siguientes preguntas: ¿Constituyen en todo caso los supuestos de incumplimiento contractual un daño por el mero hecho de la omisión? ¿Siempre que haya una falta de cumplimiento en cualquiera de sus manifestaciones se perjudica al acreedor? Pensemos en el supuesto de un vendedor de oro que el día 1 de febrero celebra un contrato de compraventa en virtud del cual habrá de entregar el día 1 de julio 100 kilos de oro a razón de 1000 euros el kilo. El día pactado para la entrega, el comprador manifiesta al vendedor que, por unos problemas de liquidez de su negocio, no tiene recursos económicos suficientes para hacer frente al pago del precio estipulado. Podría ocurrir que, ante tal incumplimiento, el vendedor acuda al mercado para realizar una operación de reemplazo y, para sorpresa suya, observe que el precio del oro en los seis meses que han transcurrido desde que celebró el contrato ha experimentado un fuerte incremento y lo puede vender sin mayores dificultades al precio de 1100 euros el kilo. ¿Le ha ocasionado el incumplimiento al vendedor un perjuicio? O, por el contrario, ¿le ha beneficiado al poder obtener una mayor ganancia que la esperada?⁸²

⁸⁰ En el mismo sentido, DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 370, en relación a la STS ya citada, de fecha 30 de septiembre de 1989, afirman que «el razonamiento de esta sentencia no es convincente. El que el incumplimiento de un contrato sea un acto reprochable, desde el punto de vista jurídico, no significa que puedan fijarse indemnizaciones, que no sean meramente simbólicas, sin una adecuada prueba del daño causado. Esto atribuiría a la indemnización una función punitiva» y OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Comentario a la Sentencia de 7 de Julio de 2008...», *op. cit.*, p. 622, «esta doctrina debe rechazarse en cuanto que, amén de que un argumento finalista como el que acabamos de transcribir no puede compartirse por el peligro fáctico que supone, carece de anclajes legales justificativos en nuestro ordenamiento jurídico y podría conducirnos a aceptar la aplicabilidad de la figura de los *punitives damages*». Sobre la doctrina que excluye los *punitives damages* en nuestro Derecho, *vid.*, el epígrafe 3.3.2. «Los *punitives damages*» del capítulo anterior.

⁸¹ A favor de la indemnización del daño *in re ipsa*, entre otros: CAPILLA RONCERO, F., *La Responsabilidad patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 106 y 107; MONTÉS PENADÉS, V.L., «La defensa del derecho de crédito», en AA. VV., *Derecho de obligaciones y contratos*, (coordinado por Valpuesta Fernández), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, 2.^a edición, p. 232, sostiene que «aunque la jurisprudencia ha dicho muchas veces que el mero incumplimiento no implica, por sí, la existencia de daño, no faltan sentencias en que se indique que el incumplimiento constituye siempre un perjuicio o daño por razón de la fuerza vinculante de la misma obligación (SSTS 30 septiembre 1989, 5 de junio 1985, etc.) y esta doctrina es la correcta, ya que al menos la mera omisión de la prestación implica el daño en la medida del valor de la prestación propter rem ipsam non habitam».

⁸² En el mismo sentido, DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., sostienen que «hay que tener en cuenta, además, que el incumplimiento no siempre produce un daño al acreedor; hay incumplimientos que lejos de perjudicarlo le benefician, porque han mejorado para él las condiciones del mercado», *op. cit.*, p. 371 y OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Comentario a la Sentencia de 7 de Julio de 2008...», *op. cit.*, p. 622, «¿quién dice que todo incumplimiento constituye siempre un daño *per se*?».

2.4.3 AESTIMATIO REI Y SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL

En el fondo de la discusión sobre la doctrina del daño *in re ipsa*, late la distinción de si nuestro Ordenamiento jurídico contempla dos regímenes distintos de la obligación de indemnizar o no. Es decir, si concurren en nuestro Derecho un régimen de responsabilidad específico para la prestación debida cuyo cumplimiento forzoso no es posible y que, por tanto, se traduce en la indemnización o prestación por el equivalente pecuniario, dejando siempre a salvo los supuestos de imposibilidad sobrevenida de la prestación no imputables al deudor, y otro sistema de responsabilidad, que podríamos denominar general, para resarcir los daños ulteriores producidos por el incumplimiento. O, si por el contrario, existe un único régimen aplicable a la obligación de indemnizar, en el que el valor de la prestación o *aestimatio rei* sería la primera partida, que habría de sumarse a los ulteriores daños que el incumplimiento pudiera haber provocado en la esfera de intereses del acreedor.

Tradicionalmente se ha sostenido que en nuestro Ordenamiento concurren dos sistemas de responsabilidad en el sentido tradicional de la expresión, en referencia a la obligación de indemnizar los daños y perjuicios producidos por el incumplimiento⁸³. El primero haría referencia a la responsabilidad por la prestación incumplida, ya que no siendo posible su cumplimiento específico, ya sea por la entrega o realización de la prestación por un tercero o por la puesta a disposición del acreedor mediante ejecución judicial del objeto de la prestación, la misma se traduciría en la entrega del equivalente pecuniario o *aestimatio rei* de la prestación incumplida. Para ver satisfecho su interés en la prestación, el acreedor sólo tendrá que probar que existía un contrato válidamente celebrado y que el mismo se ha incumplido. Aquí es donde podría tener sentido la jurisprudencia del Tribunal Supremo acogedora del daño *in re ipsa*. No es que se tenga derecho a una indemnización sin ninguna prueba, ya que una correcta interpretación de la jurisprudencia debe realizarse en el sentido de que se tiene derecho a la indemnización por la prestación debida, sin más prueba que la de que el contrato se ha incumplido, porque lo que se reclama es el interés estricto en la prestación incumplida o *aestimatio rei*. En definitiva, se está ejercitando una acción de cumplimiento, no de indemnización de los daños y perjuicios ulteriores, que son los que tienen su anclaje legal en el artículo 1101 del Código civil. Ahora bien, debe quedar claro que no es que exista un daño sin prueba, sino que el daño se prueba con el mismo hecho del incumpli-

⁸³ Esta es la postura sostenida entre otros por LLAMAS POMBO, E., *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño del acreedor*, Trivium, Madrid, 1999.

miento. Por tanto, la carga de la prueba que incumbe al acreedor tiene un carácter ambivalente, pues la misma pone de manifiesto la existencia del incumplimiento y del daño por la prestación debida y no satisfecha.

Junto con este sistema de responsabilidad, o con mayor precisión, de cumplimiento, concurre la responsabilidad que hemos denominado «general», por los ulteriores daños y perjuicios o *id quod interest* que la no realización de la prestación ha generado en el acreedor. Será para la indemnización de estos ulteriores daños y perjuicios, para la que se exigirán los requisitos del artículo 1101; esto es, que exista un nexo causal entre los mismos y el incumplimiento, que tales daños sean imputables a la conducta del deudor, que sean ciertos y reales, y que, por tanto, sean probados, por lo que aquí no sería aplicable la doctrina del daño *in re ipsa*. Por tanto, no todo incumplimiento generará por sí mismo daños diferentes del propio interés en la prestación debida⁸⁴. Se dice

⁸⁴ A favor de la dualidad de sistemas de responsabilidad contractual, uno por el equivalente de la prestación debida y otro por los ulteriores daños, PUIG BRUTAU, J., sostiene que «si el contrato perfeccionado obliga a cumplir lo convenido, parece que debería llegarse a la conclusión de que este cumplimiento de la prestación ha de tener lugar con independencia de que medie dolo o culpa por parte del obligado, bastando que no quede excusado por caso fortuito o fuerza mayor (art. 1.105 del Código civil). De lo contrario, cabe formular una pregunta elemental: ¿a qué vincula el contrato *por su sola perfección* si luego, al sobrevenir el incumplimiento, éste, por sí solo, no constituye una base suficiente de la obligación de indemnizar?... Si alguien se ha obligado a entregar un objeto determinado, la entrega de este objeto constituye la prestación que resulta debida en virtud de la perfección del contrato... Pero, además, se tratará igualmente de la satisfacción del mismo interés del acreedor en la prestación debida, tanto si se produce en dicha forma específica como si se realiza a base de poner a su disposición una cantidad que represente el equivalente pecuniario de su interés en la prestación concretamente debida... Si el cerco uniforme de unas mismas palabras o declaraciones generales no encerrara una gran variedad de situaciones concretas, cabría preguntar qué significan aquellas reiteradas afirmaciones de la jurisprudencia de que el mero incumplimiento no significa que sea procedente exigir clase alguna de indemnización. Toda la confusión seguramente deriva de un defectuoso examen de lo que ocurre cuando la falta de cumplimiento específico de la prestación debida no permite su realización forzosa en la misma forma. En este supuesto, la prestación debida queda transformada en la obligación de indemnizar daños y perjuicios, lo cual la dejaba mezclada y confundida *con los demás* daños y perjuicios que tal vez procederá reclamar por la repercusión desfavorable que el incumplimiento haya tenido en el patrimonio del acreedor... hemos de contemplar cómo dicha prestación debida se convierte en la obligación de indemnizar daños y perjuicios, y en tal supuesto resulta que esta obligación subsidiaria ya no procede con el automatismo de su predecesora, sino que el Tribunal Supremo exige (en realidad lo exigen o lo pretenden quienes invocan aquella jurisprudencia sin discernir las circunstancias de cada caso) la demostración de la efectiva existencia de daños y perjuicios, la culpa del obligado y la relación de causalidad entre este incumplimiento culpable y la originación de los daños y perjuicios... Es natural que si el acreedor pide el cumplimiento y *además* daños y perjuicios, se exija con cierto rigor la demostración de que el acreedor tiene derecho a percibirlos además de recibir la prestación debida... En otras palabras: es justo que impere un criterio riguroso para estimar procedente la indemnización de los daños y perjuicios que puedan resultar de la repercusión del incumplimiento en el patrimonio del acreedor. Enseña la experiencia que muchas veces el perjudicado por el incumplimiento pretende convertir este inconveniente en un verdadero beneficio mediante una crecida indemnización. Es natural que, para evitarlo, se exija con todo rigor la efectiva demostración de los daños y perjuicios sobrevenidos. Mas, por lo mismo, cabe preguntar por qué debe merecer el mismo trato riguroso, la indemnización que puede ser procedente como equivalente pecuniario de la falta de prestación debida», «Comentario final del traductor», *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza*, (Traducción y Comentario de Derecho Español por José Puig Brutau de la obra de Fuller y Perdue), Bosch, Barcelona,

ello, sin ser ajenos a que, al final, la parte perjudicada recibirá una suma indemnizatoria, si bien el cauce por el que cada una ha discurrido es diferente.

El rechazo a la existencia de un único sistema de responsabilidad, tiene como base fundamental el criterio de imputación. Sin duda, resultaría muy perjudicial para la parte que sufre el incumplimiento, si el valor de la prestación queda subsumido como una partida indemnizable más, tener que probar la culpabilidad, como negligencia, para ver satisfecho su interés, además de tener que probar el daño causado cuando el mismo se refiere a la prestación debida. No puede tener justificación en nuestro Derecho el hecho de que, si el cumplimiento no puede ser ejecutado en forma específica, por la vía que sea, que al traducirse la prestación debida en una suma pecuniaria, el acreedor tenga que ser compelido a probar la culpa del deudor. Entre la doctrina que aboga por un único sistema de responsabilidad, CAPILLA RONCERO ha querido suavizar la rigurosidad que supondría que el acreedor tenga que probar el daño producido por la propia falta de la prestación debida, argumentando que si bien «parece que la obligación de indemnizar es única y sometida a un único régimen, pudiendo a lo sumo tener relevancia la distinción entre la indemnización del equivalente y los ulteriores daños desde el punto de vista de la prueba del daño, mucho más fácil para lo primero (caso de que el incumplimiento en sí ya comporta el daño de la no recepción de la utilidad dimanante del cumplimiento de la obligación) que para lo segundo»⁸⁵.

Como hemos anticipado, el principal argumento a favor de la existencia de dos sistemas de indemnización de los daños en nuestro Derecho se encuentra en que para la indemnización de la *aestimatio rei* no se exige el requisito de la culpa y para la de los ulteriores daños y perjuicios o *id quod interest*, sí. Puesto que, en la actualidad, tanto la CISG, como los PICC y los PECL han prescindido de toda referencia a la culpa como criterio de imputación de la responsabilidad, instaurando un sistema de responsabilidad objetiva, debemos plantearnos la innecesariedad de mantener la dualidad de sistemas en nuestro Derecho; a mayores, si se observa que la línea actual de la responsabilidad

1957, pp. 150 a 154. En el mismo sentido, PINTÓ RUIZ, J.J., afirma que «cuando se trata de la prestación específica o su sustitutivo, es ésta exigible en todo caso en virtud de la fuerza vinculante del contrato y de la eficacia directa de la obligación misma; cuando se trata de la indemnización de daños y perjuicios, es preciso que tales daños hayan existido realmente pues no siempre el incumplimiento o la simple mora acarrearán (al margen de la prestación misma) daños derivados de la carencia de cumplimiento o de su retardo. Para la procedencia de tal indemnización es necesario: a) la existencia efectiva de un daño; b) el previo incumplimiento culpable o simple retraso; c) una relación de causalidad entre el daño causado y la abstención o actividad culpables (o la simple demora culpable)», «Incumplimiento de las obligaciones», en AA. VV., *Nueva Enciclopedia Jurídica*, (bajo la dirección de Carlos E. Mascareñas y continuada por Buenaventura Pellisé Prats), Tomo XII, ed. Francisco Seix, S. A., Barcelona, 1965, p. 196.

⁸⁵ CAPILLA RONCERO, F., *La Responsabilidad patrimonial...*, op. cit., p. 107.

contractual se ha teñido de un marcado carácter objetivo como criterio de imputación⁸⁶. En tales términos se ha pronunciado Díez-Picazo al afirmar que «no existe ninguna razón de fondo, una vez que las líneas de objetivación de la responsabilidad se han dibujado para separar el régimen de la *aestimatio rei* del de los restantes daños, ni para pensar que en los supuestos en que, según los arts. 1.182-1.184, no se extingue la obligación, ésta no se transforma en la de indemnizar los daños y perjuicios»⁸⁷.

De los artículos 699 y siguientes de la LEC, relativos a la ejecución no dineraria, extrae el profesor MORALES MORENO, en apoyo de la unidad del régimen de la obligación de indemnizar, las siguientes conclusiones que consideramos acertadas: «En primer lugar, es claro que la nueva LEC, en la ejecución de obligaciones (títulos ejecutivos), no limita los daños indemnizables al valor de la prestación no realizada. Cuando la ejecución *in natura* no puede llegar a producirse de acuerdo con el título, admite la transformación de la misma en su equivalente pecuniario; y, además, la indemnización de otros daños que por esa causa se le hayan producido al ejecutante. En segundo lugar, la nueva LEC, aunque aparentemente en esto sea menos clara, tampoco ofrece elementos suficientes como para poder extraer que consagre o refleje la existencia de dos sistemas indemnizatorios separados: uno, referido al equivalente pecuniario de la prestación no realizada y otro, a la indemnización de otros daños. Por un lado, en las disposiciones generales sobre la ejecución no dineraria, separa claramente entre el incumplimiento “en sus propios términos”, conforme a lo que establece el título ejecutivo, para el que, en primer término, se requiere al ejecutado (art. 699 LEC), y las “eventuales indemnizaciones sustitutorias”, globalmente consideradas, para cuya cobertura el ejecutante puede solicitar embargo de bienes (art. 700 II LEC). La referencia a las indemnizaciones sustitutorias incluye, en este lugar, tanto el equivalente del valor de la prestación no realizada en la vía ejecutiva (falta de cumplimiento del man-

⁸⁶ Al respecto ha afirmado la COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (SECCIÓN CIVIL), *op. cit.*, p. 13, que la PMCC «se inspira en la idea sostenida por Rudolph von Ihering, de que cualquier política de favorrecimiento del deudor y del llamado “favor debitoris” no es el mejor de los medios para hacer dinámica una economía. Ello significa que el deudor no se exonera por no haber sido culpable, sino que solo se exonera cuando concurren las justas causas de exoneración».

⁸⁷ Díez-Picazo y Ponce de León, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II Las Relaciones Obligatorias*, 5.ª edición, Civitas, Madrid, 1996, p. 681. Si bien ha modificado su tenor literal, pero no el fondo, en su última edición de *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II...*, *op. cit.*, p. 781 al establecer que «no hay por consiguiente, más que indemnización, y no se puede separar el régimen de la llamada *aestimatio rei* del de los restantes daños». También se han pronunciado a favor de la unificación de la *aestimatio rei* y del *id quod interest*, MORALES MORENO, A.M., *La Modernización...*, *op. cit.*, pp. 47 a 49; PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad contractual. Materiales para un debate», *Anuario de Derecho Civil*, 1991, pp. 1019 y ss. y SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, *op. cit.*, pp. 30 y 31.

dato del juez que despacha la ejecución, art. 699 LEC), como otros daños derivados de esta causa»⁸⁸.

Por último, debe advertirse en favor de la unidad del sistema de indemnización de daños y perjuicios en nuestro Derecho, que la objetivación de la responsabilidad contractual ha dejado de ser una vieja aspiración de un sector doctrinal para ser una realidad en la PMCC, cuyo artículo 1205 establece que «*el acreedor tiene derecho a ser resarcido de los daños y perjuicios que el incumplimiento le cause*»⁸⁹, sin realizar ningún tipo de referencia a que dicho incumplimiento deba ser culposo. Pero, además, para despejar cualquier tipo de duda, en su artículo 1208 consagra que nos encontramos ante un sistema de responsabilidad de imputación objetiva, al disponer que «*el deudor responde de los daños y perjuicios que sean objetivamente imputables a su incumplimiento; pero si éste no hubiera sido doloso, sólo responderá de los daños que se hubiesen previsto o podido prever razonablemente como consecuencia probable de la falta de cumplimiento en el momento de la celebración del contrato*»⁹⁰. El tenor literal del artículo refleja claramente que los miembros de la Comisión han tenido muy presente la redacción de los PECL, por lo que estimo que, como ya preconizó el profesor DÍEZ-PICAZO, y ahora menos que antes, no existe ninguna razón de fondo para sostener que la *aestimatio rei* no se integre en la indemnización del *id quod interest*.

3. EL PRINCIPIO RECTOR DEL CÁLCULO DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS: LA REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO

3.1 *Full damages rule* o reparación integral del daño

Habiendo analizado los presupuestos o requisitos que determinan la relevancia del daño a los efectos del remedio indemnizatorio, procede su estudio como objeto o medida de la obligación indemnizatoria, como aquello que tiene que repararse.

⁸⁸ MORALES MORENO, A.M., *La Modernización...*, *op. cit.*, pp. 47 a 49.

⁸⁹ COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (SECCIÓN CIVIL), *op. cit.*, p. 35.

⁹⁰ COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (SECCIÓN CIVIL), *op. cit.*, p. 36. *Vid.*, sobre los arts. 1205 y 1208 PMCC, entre otros, FENOY PICÓN, N., «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: los remedios por incumplimiento», *Anuario de Derecho Civil*, 2011, pp. 1622 y 1623 y 1634 a 1650; GÓMEZ CALLE, E., «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia», *Anuario de Derecho Civil*, 2012, pp. 88 a 92; y PALAZÓN GARRIDO, M.L., *Los remedios frente al incumplimiento en el Derecho Comparado*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, p. 181.

El principio o criterio rector del cálculo de los daños y perjuicios se consagra en los PECL en el artículo 9:502⁹¹: «*La indemnización por daños y perjuicios consiste en general en un importe que coloque a la parte perjudicada en una posición lo más próxima posible a la que hubiera disfrutado de haberse ejecutado correctamente los términos del contrato. La indemnización por daños comprende las pérdidas efectivamente sufridas por la parte perjudicada y las ganancias que haya dejado de obtener*»⁹². El artículo dispone en su parte primera la regla general de reparación integral del daño⁹³. La segunda,

⁹¹ El principio de la reparación integral del daño que inspira la indemnización de daños en los PECL, ya fue consagrado en los textos normativos supranacionales precedentes. Así, el art. 82 de la ULIS dispone la regla general de que «*cuando el contrato no sea resuelto, los daños y perjuicios por una violación cometida por una de las partes, serán iguales a la pérdida y a la falta de ganancia sufrida por la otra parte*». A la misma regla obedece el art. 74 de la CISG, que proporciona una norma general aplicable cuando tanto comprador como vendedor en virtud de lo dispuesto en sus arts. 45 y 61, tienen derecho a una indemnización por los daños «*que comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener*». De forma más rotunda y en similares términos al art. 9:502, el art. 7.4.2 de los PICC dispone que «*la parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral del daño causado por el incumplimiento. Este daño comprende cualquier pérdida sufrida y cualquier ganancia de la que fue privada*». Del principio de reparación integral del daño adoptado por los arts. citados deriva de forma nítida, que «*la filosofía básica de la acción por daños y perjuicios consiste en colocar la parte perjudicada en las mismas condiciones económicas en que habría quedado de haberse cumplido el contrato. La referencia explícita al lucro cesante es necesaria porque en algunos sistemas jurídicos el concepto de «pérdida» en sí no incluye ese lucro*», comentarios sobre el proyecto de convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, preparados por la secretaría, <http://www.uc3m.es/uc3m/dpto/PR/dppr03/cisg/1.html>, p. 21. Sobre la regla general de la reparación integral del daño contemplada en los precitados arts., ha señalado OLIVA BLÁZQUEZ, F., que «se ha afirmado que este principio refleja una fuerte influencia de los modelos indemnizatorios recogidos en los países del «common law», donde la disciplina del resarcimiento gira en torno a los «expectations interest» y tiene como finalidad la de colocar a la parte acreedora del cumplimiento en la misma posición en la que se encontraría de no haberse ratificado tal incumplimiento», «Aceptación, contraoferta y modificación del contrato de compraventa internacional a la luz del artículo 8 del Convenio de Viena, la indemnización de daños y perjuicios y el «deber de mitigar» «ex» artículo 77 CISG. Comentario a la STS de 28 de enero 2000 (RJ 2000, 454)», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2000, I, número 5, p. 215. Como no podía ser de otra manera, el DCFR también ha adoptado el principio de reparación integral del daño en el art. III-3:702, disponiendo que «the general measure of damages for loss caused by non-performance of an obligation is such sum as will put the creditor as nearly as possible into the position in which the creditor would have been if the obligation had been duly performed. Such damages cover loss which the creditor has suffered and gain of which the creditor has been deprived», STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and...*, op. cit., p. 923. Vid., sobre el principio de reparación integral del daño en el Derecho comparado y en los textos del moderno derecho de los contratos, PALAZÓN GARRIDO, M.L., *Los remedios frente...*, op. cit., pp. 187 a 190.

⁹² Del tenor literal del artículo deriva que, además de la función principal de recoger el criterio de la reparación integral del daño, en los PECL la obligación de indemnizar los daños y perjuicios es siempre una obligación pecuniaria, no siendo posible la indemnización *in natura*.

⁹³ Sobre la regla general de la reparación integral del daño en los PECL, vid., entre otros: CHEN-GWEI, L., «Remedies for Non-performance...», op. cit., pp. 2 y 3; DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., op. cit., pp. 374 y 375; GÓMEZ POMAR, F., «El incumplimiento contractual en el Derecho Español», *Indret 3/2007*, (www.indret.com), pp. 19 a 24; LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, op. cit., pp. 646 a 650; MARI, A., «Commentary Arts. 9:501 a 9:510», en AA. VV., *Principles of European Contract Law and Italian Law*, (edited by Luisa Antoniolli y Anna Veneziano) Kluwer Law International, The Netherlands, 2.005, p. 448; MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., «Me-

que no es más que una concreción de la regla general enunciada, establece expresamente que la parte perjudicada ha de ser resarcida no sólo por las pérdidas efectivamente sufridas, es decir el *damnum emergens*, sino también por las ganancias dejadas de obtener, o lo que es lo mismo, por el *lucrum cesans*⁹⁴. Por tanto, la indemnización comprenderá el daño emergente y el lucro cesante, los daños indirectos o *consequential loss*, los menoscabos sufridos en los bienes de naturaleza no patrimonial, así como los denominados daños futuros. Las anteriores partidas indemnizatorias serán objeto de estudio en el epígrafe dedicado al análisis de los tipos de daños y perjuicios que deben ser resarcidos, limitándonos ahora al estudio del criterio general de la reparación integral del daño o *full damages rule* adoptado en los PECL⁹⁵.

En el fondo, el principio de la reparación integral del daño o, en su expresión latina, *restitutio in integrum*, no es más que la consecuencia principal de la función que tiene el remedio indemnizatorio en el sistema de responsabilidad contractual. Si la indemnización tiene una función reparadora, sólo podrá ser efectiva si la parte que sufre el incumplimiento obtiene una compensación por todos los menoscabos sufridos, mediante el reequilibrio, la restauración al estado en el que se encontraría, si no se hubiese producido el incumplimiento que obliga a la parte incumplidora a indemnizar⁹⁶. La indemnización debe concretarse en una suma de dinero equivalente al daño íntegramente producido, de forma que no quede parte del daño sin resarcir, pero también sin que la indemnización suponga un enriquecimiento sin causa para la parte perjudica-

canismos de protección en caso de incumplimiento contractual. Cumplimiento específico e indemnización por daños y perjuicios», en AA. VV., *Bases de un Derecho Contractual Europeo*, (editores Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 465; MORALES MORENO, A.M., *La Modernización del Derecho de Obligaciones*, Aranzadi, Navarra, 2006, p. 217; NAVAS NAVARRRO, S., «El resarcimiento...», *op. cit.*, pp. 1241 y 1242; PALAZÓN GARRIDO, M.L., «El nuevo derecho...», *op. cit.*, p. 90 y «La resolución del contrato como medio de tutela en caso de incumplimiento», en AA. VV., *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 813 a 817.

⁹⁴ Con relación al art. 9:502, indican DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., que «la medida de la indemnización de los daños es, por regla general, la cantidad que permita colocar, en lo posible, a la parte insatisfecha en la situación en la que se habría encontrado si el contrato hubiera sido adecuadamente cumplido», *op. cit.*, p. 374.

⁹⁵ Respecto a los criterios generales de cálculo de los daños y perjuicios en los PECL, afirman LANDO, O., BEALE, H., que en el art. 9:502 «se combina el concepto del beneficio esperado, base de la indemnización por daños y perjuicios, con la tradicional norma, originaria del Derecho romano, del “*damnum emergens*” y el “*lucrum cesans*” que significa que la parte perjudicada tiene derecho a que se le compense por un importe equivalente al valor de las expectativas contractuales frustradas», *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 646.

⁹⁶ En tal sentido CHENGWEI, L., señala que «the general measure of damages is the principle of full compensation, namely that the creditor is entitled to be put into the same position as he would have been had the debtor complied with the terms of his contract», «Remedies for Non-performance...», *op. cit.*, p. 3.

da. Lo anterior deberá incentivar al órgano juzgador del incumplimiento imputable que produzca daños, a buscar el perfecto equilibrio entre los daños y su reparación⁹⁷. En la comprensión de que la indemnización de daños y perjuicios no puede producir un enriquecimiento para la parte perjudicada, es donde cobra virtualidad la obligación de reducir la cuantía de los daños, el de las ganancias obtenidas por el incumplimiento o el de los gastos no realizados por la parte perjudicada, lo que se conoce como la compensación de las pérdidas con las ganancias que el incumplimiento ha producido en el acreedor, o *compensatio lucri cum damno*, que será objeto de posterior estudio.

La regla enunciada en el artículo 9:502 se encuentra estrechamente vinculada con las de los artículos 9:506 y 9:507, relativos al cálculo de la indemnización, en función de que se haya realizado o no una operación de reemplazo o de sustitución⁹⁸. Ambos preceptos, que parten del supuesto común de que la parte agraviada resuelve el contrato, contemplan, como medida de la indemnización, las diferencias existentes entre el precio del contrato primitivamente celebrado e incumplido y un segundo contrato celebrado con un tercero, en el caso del artículo 9:506⁹⁹; y entre el precio pactado en el contrato y el precio corriente de mercado para la misma prestación al tiempo de la resolución, según el artículo 9:507¹⁰⁰. En ambos casos, y con la finalidad del respeto máximo por el principio de la *restitutio in integrum*, con la obligación de indemnizar cualquier otro daño derivado del incumplimiento¹⁰¹.

⁹⁷ En este sentido, el comentario oficial al art. 7.4.2. de los PICC, indica que «el incumplimiento no debe ser una fuente de menoscabo ni de ganancias para la parte perjudicada». Vid., MCKENDRICK, E., «Commentary Arts. 7.4.1 a...», *op. cit.*, pp. 872 a 879.

⁹⁸ Al respecto, indica CHENGWEI, L., que «in a contract for the sale of goods or supply of services this is usually measured by the difference between the contract price and the market or current price but where the aggrieved party has made a cover transaction», «Remedies for Non-performance...», *op. cit.*, p. 2.

⁹⁹ «O acuerda cederle a H el uso de su galería de arte para una exposición, por un precio de 1.000 £. Poco tiempo antes de que vaya a tener lugar la exposición, O informa a H de que no podrá disponer de la galería. H consigue encontrar otra galería próxima de tamaño y condiciones similares por un precio de 1.500 £. Tendrá derecho a una indemnización de 500£, que es el importe al que asciende la diferencia entre el contrato inicial y el precio del negocio de sustitución, y también tendrá derecho a una indemnización por daños y perjuicios por otros gastos razonables (p. ej.: el de cambiar la dirección en los carteles anunciadores y en las invitaciones)», Lando, O., Beale, H., *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 662.

¹⁰⁰ «S celebra un contrato por el que le vende a B 50 toneladas de café al precio de 1.800 £ la tonelada, a entregar el 1 de julio. S no cumple con su deber de entrega del café. El precio del mercado el 1 de julio es de 2.000 £ la tonelada. B tendrá derecho a una indemnización por daños y perjuicios de 10.000 £ (es decir, 50 x 200 £ = 10.000 £), incluso aunque no hubiera celebrado una adquisición substitutiva en el mercado», Lando, O., Beale, H., *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 664.

¹⁰¹ Respecto a los arts. 9:506 y 9:507, indica PALAZÓN GARRIDO, M.L., que «respecto al cálculo del daño, los Principios consagran algunos criterios: Así, en caso de que se elija la resolución, los PECL proporcionan un sistema de valoración concreto: la operación de reemplazo (art. 9.506), consistiendo la indemnización en la diferencia entre el precio fijado en el contrato incumplido y el de la operación substitutiva (CISG, art. 75 y principios Unidroit, art. 7.4.5). Esta operación o negocio de reemplazo se ha de

Que la parte perjudicada tenga derecho al resarcimiento integral del daño no es un criterio o principio absoluto, al existir tres importantes excepciones o limitaciones, pues para el cálculo habrá de tenerse en consideración:

- 1) El test de previsibilidad del daño, establecido en el artículo 9:503.
- 2) La influencia que haya tenido la conducta del perjudicado en la producción o extensión, en todo o parte de los daños (artículo 9:504).
- 3) Y por último, el deber que recae sobre el perjudicado de mitigar los daños, recogido en el artículo 9:505¹⁰².

En definitiva, los artículos 9:504 y 9:505, constituyen la que puede ser denominada posición jurídica, o estatuto jurídico del perjudicado en la indemnización de los daños y perjuicios, puesto que toman en consideración, como parámetro, en su caso, de minoración de la suma resarcitoria, cuál ha sido la actitud del perjudicado en la causación y en la extensión de los daños derivados del incumplimiento. En el fondo, en ambos preceptos está latente el principio de buena fe que inspira todo el articulado de los PECL. Por tanto, el criterio general será concretado en cada caso, teniendo en cuenta «la manifestación del incumplimiento, los efectos que el mismo produzca en el acreedor y las medidas que éste adopte»¹⁰³. Será el perjudicado el que tendrá que probar el incumplimiento y los daños derivados del mismo, siendo por cuenta del incumplidor de buena fe la prueba de que los daños no habían sido previstos, así como en todo caso, que el perjudicado había contribuido a su causación o extensión, y que no había adoptado las medidas necesarias para su mitigación¹⁰⁴.

De lo hasta aquí expuesto, debemos distinguir una doble eficacia, o manifestación, del principio de reparación integral de los daños. Una primera, en la que

encuadrar dentro del deber de mitigar el daño, establecido por el estudiado art. 9.505 PECL. Si no se ha realizado la operación de reemplazo, el art. 9.507 (como el 76 CISG y el art. 7.4.6 de los Principios Unidroit) señala un sistema de cálculo abstracto: la diferencia entre el precio contractual y el precio de mercado», «El nuevo derecho...», *op. cit.*, pp. 90 y 91.

¹⁰² Sobre los límites al principio de reparación integral del daño en los PECL, *vid.*: Díez-Picazo, L., Roca Trias, E., Morales, A.M., *op. cit.*, pp. 377 a 382; Gómez Pomar, F., «El incumplimiento contractual...», *op. cit.*, pp. 22 y 23; Marsal Guillamet, J., Lauroba Lacasa, E., «Mecanismos de protección...», *op. cit.*, pp. 465 a 468; Morales Moreno, A.M., *La Modernización...*, *op. cit.*, pp. 217 a 220; Navas Navarro, S., «El resarcimiento...», *op. cit.*, pp. 1242 a 1246; Palazón Garrido, M.L., «El nuevo derecho...», *op. cit.*, p. 90 y *Los remedios frente ...*, *op. cit.*, pp. 218 a 226; Stone, R., *The modern law of contract*, Routledge-Cavendish, 7 th. ed., London, 2007, pp. 567 y 568 y Zimmermann, R., *Estudios de Derecho Privado Europeo* (traducción Vaquer Aloy), Civitas, Madrid, 2000, pp. 129 a 131.

¹⁰³ Díez-Picazo, L., Roca Trias, E., Morales, A.M., *op. cit.*, p. 374.

¹⁰⁴ Antes de entrar en la consideración de los extremos anteriores, habrá de verificarse que no nos encontramos ante un supuesto de incumplimiento justificado del contrato, en cuyo caso no es posible ejercitar el remedio indemnizatorio, y cuya prueba debe ser realizada por la parte que alega que tal incumplimiento está justificado.

dicho principio se vería atenuado o enervado, total o parcialmente, por concurrir alguno o todos los supuestos contemplados en los artículos 9:503, 9:504 y 9:505. Y una segunda, en la que el perjudicado no verá limitada la cuantía indemnizatoria por no darse ninguna de las anteriores limitaciones, y que supondría llevar al principio de reparación integral hasta sus últimas consecuencias, siempre y cuando todos y cada uno de los daños sean resultado del incumplimiento¹⁰⁵.

Por último, hemos de señalar que nuestro Derecho también acoge el principio de reparación integral del daño¹⁰⁶. No obstante, dicho principio también se encuentra sometido, como señala DÍEZ-PICAZO, a «algunos paliativos que, en parte, obedecen al criterio de justicia, y en parte también a la conveniencia de no hacer demasiado difícil la situación del deudor contractual, de manera que se pueda favorecer la contratación»¹⁰⁷. Dichos paliativos son los mismos que hemos visto en los PECL: el deber de mitigar el daño, los daños ocasionados en todo o en parte por la parte perjudicada, y el test de previsibilidad.

3.2 Naturaleza del interés protegido: el interés positivo

El artículo 9:502¹⁰⁸ constituye el punto de partida en lo que respecta a la medida o cálculo de la indemnización de los daños y perjuicios en los PECL,

¹⁰⁵ Al respecto, ha señalado PALAZÓN GARRIDO, M.L., que «los Principios Lando contemplan una excepción al test de la previsibilidad: que los daños hayan sido causados por el incumplimiento doloso o gravemente culposo (art. 9.503, *in fine*), en cuyo caso se impone radicalmente la indemnización integral. Para fijar la medida de los daños, otro parámetro que los PECL (como la CISG y los Unidroit) exigen tener en cuenta es la actitud del propio acreedor. En consecuencia, el deudor no será responsable de las pérdidas atribuibles a la parte perjudicada (art. 9.504), y se impone al acreedor el deber de mitigar los daños (art. 9.505), cuyo incumplimiento conlleva la reducción de la indemnización», «El nuevo derecho...», *op. cit.*, p. 90.

¹⁰⁶ Sobre el principio de reparación integral del daño en nuestra doctrina, *vid.*: CRISTÓBAL MONTES, A., *El incumplimiento de...*, *op. cit.*, pp. 230 y ss.; DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II...*, *op. cit.*, p. 783; LACRUZ BERDEJO, J.L., *et alii*, *Elementos de Derecho Civil II...*, *op. cit.*, p. 209 y 210; MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 146 y 147; OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Comentario a la Sentencia de 7 de Julio de 2008...», *op. cit.*, pp. 615 y 616. También debe destacarse que el principio de reparación integral goza de un abundantísimo respaldo jurisprudencial. Pueden citarse numerosas sentencias de nuestro TS, entre otras, las siguientes: de 10 de enero de 1979, ponente D. Jaime de Castro García (RJ 1979, 18), «la entidad del resarcimiento, presupuesto el evento perjudicial y la conducta sancionable, abarca todo el menoscabo económico sufrido por el acreedor, ... pero siempre comprendiendo en su plenitud las consecuencias del acto lesivo, por cuanto el resarcimiento tiene por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento o acto ilícito (*restitutio in integrum*)»; en el mismo sentido las de 2 de abril de 1997, ponente D. Pedro González Poveda (RJ 1997, 2727); de 29 de marzo de 2001, ponente D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2001, 3189) y de 8 de junio de 2001, ponente D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2001, 5538).

¹⁰⁷ DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II...*, *op. cit.*, p. 783.

¹⁰⁸ LANDO, O., BEALE, H., afirman en relación al art. 9:502 que «el importe que se puede recuperar en concepto de daños abarca tanto los gastos producidos como los beneficios no percibidos. La indemni-

consagrando que el interés de indemnidad que persigue la parte perjudicada por los menoscabos sufridos por el incumplimiento, es el de la reparación integral del daño¹⁰⁹. De dicho artículo deriva que la medida, o el interés protegido por la indemnización sea el interés en el cumplimiento o interés contractual positivo del acreedor, *expectation interest* en la terminología del *Common Law*¹¹⁰. Sobre el interés contractual positivo señala TREITEL que «the starting principle is that the object of awarding damages for breach of contract is to put the aggrieved party into as good a financial position as that in which he would have been if the contract had been duly performed. This process has been called compensating the aggrieved party for loss of his bargain or of his ‘expectation interest’»¹¹¹.

zación por daños prevista por este artículo no pretende que se lleve a cabo una restitución (es decir, no trata de que las partes vuelvan a su anterior situación, renunciando ambas a las ganancias que se hubieran recibido); se podrá disponer de este remedio en las circunstancias previstas por el artículo 9.307», *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, 646.

¹⁰⁹ La protección por la indemnización de daños del interés positivo o de cumplimiento es un principio aceptado en la mayoría de los ordenamientos europeos, así LANDO, O., BEALE, H., afirman en las notas de Derecho comparado del art. 9:502 que «los ordenamientos jurídicos parecen de acuerdo en que el cálculo de las indemnizaciones por daños deberían permitir que la parte perjudicada vuelva a gozar de la posición que hubiera tenido en caso de cumplirse correctamente el contrato. En el *COMMON LAW* esta medida para el cálculo de los daños se denomina en general «*expectation interest*» (ver *Fuller & Perdue* (1936) 46 *Yale L. J.* 52); en ALEMANIA y AUSTRIA se denomina «*positives Interesse*» o «*Erfüllungsinteresse*». Se opone al «*reliance interest*» que trata de devolver al perjudicado a la posición que tendría de no haberse celebrado el contrato (y que equivaldría al «*Vertrauensinteresse*» alemán). Respecto de esta distinción, ver en DINAMARCA *Gomard*, *Obligationsret* II 153 ss.; INGLATERRA, *Treitel*, *Remedies* § 82 y, respecto al «*expectation interest*» *Robinson v. Harman* (1848) 1 Ex. 850, 855; FINLANDIA *Aurejärvi* 132-136, ALEMANÍA *Palandt* (–*Heinrichs*) n. 16-18; AUSTRIA *Koziol*, I 34; ITALIA *Visintini* 196; SUECIA; *Ramberg*, *Köplagen* 112, 649 ss. En el Derecho FRANCÉS, los autores suelen no tratar de esta distinción, v. *Treitel*, *Remedies* § 89; en cambio, en ESPAÑA, se va generalizando (*Díez-Picazo* II, 683; *Pantaleón*, 1019 ss.)», *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 648 y 649. *Vid.*, PALAZÓN GARRIDO, M.L., *Los remedios frente ...*, *op. cit.*, pp. 190 a 193. Sobre la distinción entre el interés positivo y el negativo en el trabajo de GARCÍA RUBIO, M.^ºP., *La responsabilidad precontractual en el derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 230 a 254, se indica que el concepto de interés positivo *versus* interés negativo ha tenido importancia en situaciones concretas donde era dudoso si era indemnizable uno u otro, como en los supuestos de responsabilidad precontractual o de resolución del contrato.

¹¹⁰ En la doctrina española también ha tenido acogida el interés positivo como el protegido por el remedio resarcitorio, así indica DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., que «con carácter general, el derecho del acreedor a que se le resarzan las consecuencias desventajosas de la lesión contractual, se comprende en lo que la doctrina ha denominado el “interés positivo”. El objetivo de la indemnización es colocar al acreedor en la misma situación y con los mismos resultados económicos en que estaría si no hubiera existido lesión contractual, es decir si el derecho de crédito hubiera sido regular y perfectamente ejecutado», *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II...*, *op. cit.*, pp. 787 y 788.

¹¹¹ TREITEL, G.H., *Remedies for Breach of Contracts. A Comparative Account*, Clarendon Press, 2.^ª ed., Oxford, 1989, p. 82. También STONE, R., afirma que «the basic principle of contractual damages is that of *restitutio in integrum*, or full restitution, which involves putting the innocent party into the position it would have been in had the contract been performed. This principle can be traced back to *Robinson v Harman*, and has recently been restated by Lord Scott in *Farled v Skinner*. The basic principle of damages for breach of contract is that the injured party is entitled, so far as money can do it, to be put in the position

El interés positivo o de cumplimiento tiene como objetivo situar a la parte perjudicada en una posición lo más parecida posible a la que tendría si se hubiese cumplido la prestación en sus exactos términos¹¹². Por tanto, en los PECL la protección del interés negativo o de confianza¹¹³ no es el requerido en los supuestos de incumplimiento¹¹⁴. Como señala PANTALEÓN PRIETO en relación a la CISG, no se trata de situar a la parte perjudicada en la situación «en la que se habría encontrado si nunca hubiera negociado con la otra parte, si no hubiera invertido su confianza en la validez y ejecución del contrato»¹¹⁵.

he would have been in if the contractual obligation had been properly performed. He is entitled, that is to say, to the benefit of his bargain», *The modern law...*, *op. cit.*, pp. 567 y 568.

¹¹² En tal sentido NAVAS NAVARRO, S., indica que «con carácter general, el art. 9:502 prescribe que la indemnización debe consistir en una cantidad de dinero que coloque al contratante perjudicado tan cerca posible de la situación en que estaría si el contrato se hubiera cumplido. Se trata de indemnizar, en la línea de la CV (art. 74) y de los Principios UNIDROIT (ART. 7.4.2), el interés contractual positivo o interés de cumplimiento (*erfüllungsinteresse*, *expectation interest*), excluyéndose el interés contractual negativo o interés de la confianza (*Vertrauensinteresse*, *reliance interest*), es decir, la situación en la que se encontraría si no hubiera celebrado el contrato, si no hubiera confiado en la ejecución del contrato», «El resarcimiento...», *op. cit.*, p. 1241 y 1242.

¹¹³ Sobre el interés negativo o de confianza, también se ha pronunciado TREITEL, G.H., afirmando que «is to put the aggrieved party into the situation in which he would have been if the contract had never been made. This may be done by compensating him for expenses or other losses incurred in reliance on the contract. Here it is common to talk of protection of the reliance interest (known in German law as *Vertrauensinteresse* or negative interest», *Remedies for Breach...*, *op. cit.*, p. 83. *Vid.*, también: ALPA, G., DELFINO, R., *Il contratto nel Common Law inglese*, 3.ª ed., Cedam, Padova, 2005, p. 187; ATIYAH, P.S., *An Introduction to the Law of Contract*, Clarendon Press, Oxford, 5.ª ed., 1989, pp. 448 y 449 y STONE, R., *The modern law...*, *op. cit.*, pp. 575 y 576. En la doctrina española, *vid.*, por todos GÓMEZ POMAR, F., «El incumplimiento contractual...», *op. cit.*, pp. 23 a 25.

¹¹⁴ Respecto al interés negativo o de confianza, LANDO, O., BEALE, H., afirman que «en determinados ordenamientos se permite que el perjudicado reclame el interés negativo en lugar del interés positivo o esperado. Así ocurre en el Derecho Danés, en donde es posible reclamarlo incluso aunque el perjudicado vaya a verse en una mejor posición de la que tendría de haberse cumplido el contrato, v. *Gommar*, *Obligationsret II* 202. En Alemania el interés negativo puede reclamarse en los casos en que el perjudicado resuelve el contrato y se le priva de la posibilidad de obtener el beneficio esperado, v. *Palandt (Heinrichs)* § 325 n. 25. Grecia tiene expresamente prevista la indemnización por daños y perjuicios ponderada en función de criterios de equidad. En el Derecho Sueco este caso no se halla resuelto, v. *Rambert*, *Avtalsrätt* 56 ss. El Derecho Inglés permite que se obtenga el interés negativo siempre que el perjudicado no se sitúe, con ello, en mejor posición de la que hubiera tenido de haberse cumplido el contrato, v. *Treitel*, *Remedies* §94. En tal sentido, los gastos que se hayan desaprovechado pueden recuperarse en concepto del “reliance interest”, pero no cuando no se hubieran compensado en caso de haberse cumplido el contrato, lo que colocaría al perjudicado en mejor posición de la que en realidad tendría: *C&P Haulage Ltd. V. Middleton* [1983] 1 W. L. R. 1461 (C. A.). en el Derecho ESCOCÉS v. *Macgregor*», *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 649 y 650.

¹¹⁵ PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario artículo 74...», *op. cit.*, p. 592. Sobre el interés positivo o de cumplimiento en la CISG, *vid.*, también: GARRO, A.M., ZUPPI, A.L., *Compraventa internacional de mercaderías*, Ediciones La Roca, Buenos Aires, 1990, pp. 206; HONNOLD, J.O., *Uniform Law For...*, *op. cit.*, pp. 445 y 446; KNAPP, V., «Commentary Arts. 74 a 77», *op. cit.*, p. 543; OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Aceptación, contraoferta y modificación...», *op. cit.*, p. 215; PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., «El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980)», <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html>, 2001, pp. 65 y 66; STOLL, H., «Commentary Art. 74 a...», *op. cit.*, pp. 553 y 554. En el mismo sentido, respecto a los PICC, *vid.*, por todos BONELLI, M.J., *I Principi Unidroit nella Pratica*, Giuffrè Editore, Milano, 2002, p. 393.

Por último, también han desechado los PECL la protección del denominado interés de restitución o *restitution damages*. Dicho interés consiste, en palabras de TREITEL en «the situation in which the aggrieved party seeks to recover from the defaulting party a benefit which the former has conferred on the latter by performing his obligations under the contract. A buyer's claim for repayment of the price on account of non-delivery would be the most obvious illustration of a claim for restitution»¹¹⁶.

Si hacemos referencia a nuestro Derecho cabe señalar que, siendo coherentes con el principio de reparación integral del daño, la protección a través de la indemnización del interés positivo encuentra su anclaje normativo en el artículo 1106, al disponer que «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, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes»; por lo que la indemnización contenida en el Código civil persigue el mismo objetivo de los PECL¹¹⁷.

En este punto resulta interesante plantearse qué papel juega, o, mejor dicho, qué extensión tiene la indemnización de daños y perjuicios cuando concurre con el remedio de la resolución del contrato, es decir, qué interés es el protegido cuando se ejercitan ambos remedios. Al respecto cabe recordar que el texto de la CISG se decanta sobre la plena compatibilidad de la resolución con la indemnización en la medida del interés positivo o interés en el cumplimiento del contrato¹¹⁸. Así se consagra en su artículo 81 y también se desprende de su interpretación sistemática con los artículos 45, 49, 61.1 y 2, 74, 75 y

¹¹⁶ TREITEL, G.H., *Remedies for Breach...*, *op. cit.*, p. 83. En el mismo sentido ATIYAH, P.S., *An Introduction...*, *op. cit.*, pp. 449 a 456. Sobre el interés de restitución en la doctrina italiana ALPA, G., DELFINO, R., «i *restitution damages*, infine, sono rappresentati dai "benefici" conferiti da una parte all'altra prima o nel corso dell'esecuzione del contratto, e in caso di *breach sufficientemente grave da dare origine ad una "total failure of consideration"* devono essere "restituiti" in natura, o per equivalente in denaro, alla parte che li ha conferiti. La loro funzione è quella di porre la parte nella posizione in cui si sarebbe trovata se il contratto non fosse stato concluso, e si differenziano dai *reliance damages* in quanto sono basati non sulla perdita risentita dal danneggiato ma sull'arricchimento indebito ricevuto dall'altra parte», *Il contratto nel...*, *op. cit.*, p. 187.

¹¹⁷ Sobre la protección del interés positivo en nuestra doctrina, *vid.*, por todos: DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II...*, *op. cit.*, pp. 787 y 788; GÓMEZ POMAR, F., «El incumplimiento contractual...», *op. cit.*, pp. 19 a 22; MONTÉS PENADÉS, V.L., «La defensa del derecho de crédito», *op. cit.*, p. 231; OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Comentario a la Sentencia de 7 de Julio de 2008...», *op. cit.*, p. 615 y SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, *op. cit.*, pp. 82 a 84. *Id.*, también FISCHER, H.A., *Los Daños Civiles...*, *op. cit.*, pp. 97 a 115.

¹¹⁸ PANTALEÓN PRIETO, F., justifica dicha compatibilidad tanto en el Derecho Uniforme como en el Comparado (resulta especialmente interesante la síntesis que realiza de la compatibilidad de ambas pretensiones en Francia, Italia, Alemania y en el Derecho anglo-americano, así como en la ULIS y la CISG), afirmando que «es porque responde adecuadamente a una justa valoración de los intereses en conflicto», «Resolución por incumplimiento e indemnización», *Anuario de Derecho Civil*, 1989, p. 1151. *Id.*, GARCÍA RUBIO, M.^oP., *La responsabilidad precontractual...*, *op. cit.*, pp. 230 a 239.

76¹¹⁹. Por lo que respecta a los PECL, en la nota de Derecho Comparado de su artículo 8:102, relativo a la acumulación de los medios de tutela, se indica que «se halla de acuerdo con el art. 45 (2) CISG y con las legislaciones de los Estados miembros con la excepción, tal vez, de ALEMANIA. Los §§ 325 y 326 BGB permiten que la parte perjudicada escoja entre la indemnización de daños y perjuicios o la renuncia o resolución (*Rücktritt*) del contrato, por lo que se afirma a menudo que el perjudicado no puede, al mismo tiempo, rescindir o resolver el contrato y reclamar daños y perjuicios con motivo del incumplimiento. Al hablar de *Rücktritt* se está haciendo referencia a que el acreedor “abandona” el contrato, por lo que al resolver el contrato no puede reclamar daños y perjuicios derivados del mismo (interés positivo). El concepto de resolución se utiliza aquí en el doble sentido de negarse a cumplir en el futuro y de reclamar la restitución de prestaciones ya efectuadas (ver notas a los artículos 9:305-9:309). No es éste el sentido en que se utiliza en los principios, ver artículo 9:305, según el cual, la extinción no necesariamente afecta a los derechos adquiridos y a la responsabilidad»¹²⁰. En consonancia con lo expuesto, el artículo 9:503 norma los efectos generales de la resolución: desvinculador y restitutorio. Dichos efectos no tienen como regla general carácter retroactivo, existiendo algunas excepciones previstas en los artículos 9:306 al 9:309. En el Comentario al artículo 9:305 se indica que «la resolución del contrato libera a ambas partes de llevar a cabo la prestación y de recibir la contraprestación. Sin embargo, equiparar un caso de resolución de contrato a los casos de nulidad o de cancelación referidos a contratos que nunca han existido, resultaría muy poco adecuado»¹²¹. Al respecto, afirman DÍEZ-PICAZO *et alli* que en los PECL «los efectos de la resolución se proyectan sobre el futuro, pero no necesariamente sobre el pasado... Es importante resaltar que los PECL no atribuyen en principio efecto retroactivo a la resolución. Consideran, incluso, que sería muy inadecuado tratar a un contrato resuelto como si nunca hubiera existido»¹²². Del tenor literal del artículo 9:503 y su Comentario queda claro que los PECL se alejan, al igual que la CISG, de la adopción de un remedio resolutorio ple-

¹¹⁹ Sobre la protección del interés contractual positivo y la resolución del contrato en la CISG, *vid.*, entre otros, HONNOLD, J.O., *Uniform Law...*, *op. cit.*, p. 441; MONTÉS PENADÉS, V.L., «Comentario al artículo 81», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), ed. Civitas, Madrid, 1998, pp. 663 y 664; PANTALEÓN PRIETO, F., «Resolución por incumplimiento...», *op. cit.*, pp. 1150 y 1151; SOLER PRESAS, A., «Comentario a los artículos 75 a 77», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), ed. Civitas, Madrid, 1998, p. 611; y TALLON, D., «Commentary Arts. 79...», *op. cit.*, p. 602.

¹²⁰ LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 532 y 533.

¹²¹ LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 618.

¹²² DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 366.

namente extintivo de la relación contractual y absolutamente retroactivo de los efectos del contrato, superando «el perjuicio de que un contrato resuelto, al perder su eficacia, no puede justificar una reclamación de daños contractuales. Los PECL rechazan la idea de que la resolución reduzca a ineficacia total el contrato y le atribuye la eficacia necesaria para justificar la indemnización»¹²³. A lo anterior debe añadirse lo previsto en los 9:502, 9:506 y 9:507 PECL. El artículo 9:502 concede la indemnización comprendiendo tanto el daño emergente como el lucro cesante. El artículo 9:506, para el supuesto de la realización de un negocio de cobertura, y el 9:507, para el precio vigente en el mercado, ponen claramente de manifiesto la compatibilidad que se viene analizando, puesto que al que sufre el incumplimiento se le permite que una vez resuelto el mismo pueda obtener una indemnización equivalente a la diferencia entre el contrato resuelto y el posterior de reemplazo, o, en caso de no realizar operación sustitutiva, la diferencia con el precio de mercado, y, en cualquier caso, la indemnización de cualquier otro daño sufrido¹²⁴.

3.3 El cálculo del interés positivo

3.3.1 LOS CRITERIOS DE CÁLCULO DEL DAÑO EN LOS PECL

Una vez afirmado que la indemnización adopta el principio de reparación integral, y que el interés protegido es el positivo o esperado, corresponde el análisis de la forma de proceder para su cálculo, para su concreción pecuniaria estrictamente reparadora de los mismos.

Los PECL no proporcionan ningún criterio general sobre cómo proceder, lo que nos plantea el interrogante de qué reglas seguir para el cálculo de los daños¹²⁵. Sin perjuicio de ello, reconocen expresamente dos fórmulas de cálculo; una concreta, en el artículo 9:506 y otra abstracta, en los artículos 9:507 y 9:508. Así, en relación al cálculo concreto del daño, el artículo 9:506, en relación a los contratos de compraventa o de prestación de servicios, tiene como presupuestos la resolución del contrato y la realización de un contrato

¹²³ DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 370.

¹²⁴ El art. 1202.2 PMCC también consagra la compatibilidad entre la resolución del contrato y el interés positivo: «Resuelto el contrato, quien haya ejercitado la acción resolutoria tiene derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios que le haya causado el incumplimiento, conforme a lo dispuesto en los artículos 1205 y siguientes». *Vid.*, GÓMEZ CALLE, E., «Los remedios ante...», *op. cit.*, pp. 96 a 98.

¹²⁵ La misma cuestión, respecto a la indemnización de daños y perjuicios en el Derecho español, se plantea DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., «¿Cuáles son los criterios normativos a seguir para el cálculo de los daños?», *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II...*, *op. cit.*, p. 788.

sustitutivo del anterior incumplido, lo que se denomina un negocio de reemplazo. En estos supuestos, el daño, siempre teniendo en consideración que el nuevo contrato se celebre en un tiempo y modo razonables, se valora en la diferencia entre el precio del contrato incumplido u originario y el del contrato de reemplazo. Por lo que respecta al cálculo abstracto, el artículo 9:507, también respecto a la aplicación del precio corriente de mercado para los contratos de compraventa o de prestación de servicios, cifra el importe de la indemnización, una vez resuelto el contrato y no realizada una operación de reemplazo, en la diferencia entre el precio pactado en el contrato y el precio de mercado de la prestación prometida e incumplida. La misma abstracción del cálculo del daño es la contenida en el artículo 9:508, relativo al retraso en el pago de una suma de dinero, al disponer que, cuando se produzca un retraso en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias, la parte perjudicada tendrá derecho a los intereses devengados desde la fecha del vencimiento hasta la del efectivo cumplimiento. Tales intereses *«se calcularán conforme al tipo medio aplicado por los bancos comerciales para grandes préstamos en operaciones a corto plazo, para la moneda de pago convenida y en el lugar en que deba procederse al pago»*. Los tres preceptos citados disponen en su parte final, como cláusula de cierre, un sistema concreto del daño, al decir que, además, los perjudicados podrán ser resarcidos por otros daños que también deriven del incumplimiento y resulten indemnizables por concurrir los requisitos exigidos por el remedio indemnizatorio¹²⁶.

Por tanto los PECL, fuera de los casos en los que el contrato ha sido resuelto, y existe un precio corriente de mercado, o se realiza una operación de reemplazo, o se trata de un retraso en el cumplimiento de una obligación pecuniaria, no ofrecen de forma lo suficientemente clara cuáles serán las pautas para el cálculo de los daños y perjuicios. Ello nos obliga a acudir a la hermenéutica del artículo 9:502 y de su comentario para extraer los criterios normativos para el cálculo de la indemnización en los demás supuestos.

Parece resultar claro que la parte perjudicada tiene derecho a una cantidad que le permita situarse en una posición lo más parecida posible a la que tendría de haberse cumplido en sus exactos términos la prestación pactada. Ello nos conduce ineludiblemente a la comparación de dos estados o situaciones; una, la actual, la que tiene el perjudicado una vez producido el incumplimiento, y otra, hipotética, la que disfrutaría de haberse realizado la prestación

¹²⁶ Sobre la medida de la indemnización, DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, pp. 374 a 377; PALAZÓN GARRIDO, M.L., *Los remedios frente ...*, *op. cit.*, pp. 197 a 200; y VAQUER ALOY, A., «La indemnización de...», *op. cit.*, pp. 12 y 13.

correctamente. De la comparación entre ambas situaciones se obtendría cuánto es la cantidad a la que tendría derecho la parte perjudicada. El comentario al artículo 9:502 pone el siguiente ejemplo: «*S vende a B un coche Renault por un importe de 5.000 £, asegurándole que se trata de un modelo del año 1990. Se trata en realidad de un modelo de 1988, cuyo valor en el mercado es de 1.500 £ menos que el modelo de 1990. El precio pagado conforme al contrato no importa a la hora de calcular los daños. B tiene derecho a una indemnización por daños de 1.500 £, que constituye la diferencia de precio entre el valor garantizado del coche y el valor del coche que se entregó*»¹²⁷.

De lo expuesto, podría afirmarse que los PECL acogen la teoría de la diferencia, que será analizada en el siguiente epígrafe.

3.3.2 LOS POSTULADOS DE LA TEORÍA DE LA DIFERENCIA

Dicha teoría consiste en la realización de una mera operación matemática, en la que la cuantificación del daño, según FISCHER «se determina mediante una operación de cálculo, comparando la situación real del patrimonio después del evento dañoso y el estado imaginario que presentaría si éste no hubiera ocurrido. La diferencia resultante indica la existencia del daño y su cuantía»¹²⁸.

¹²⁷ LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 646.

¹²⁸ FISCHER, H.A., *Los Daños Civiles...*, *op. cit.*, pp. 17 y 18. En el mismo sentido, en la doctrina alemana, VON THUR, A., *Tratado de las Obligaciones*, tomo II, traducido del alemán y concordado por W. Roces, Editorial Reus, Madrid, 1934, p. 58. En relación a la teoría de la diferencia en la doctrina italiana, MASTROPAOLO, F., afirma que «se il risarcimento mira a ristabilire l'equilibrio complessivo delle utilità, pregiudicato dall'illecito, più che dalla distruzione o alterazione di singole cose, esso deve muovere dal raffronto tra il valore attuale del patrimonio del creditore danneggiato e quello che esso presenterebbe se l'obbligazione fosse stata esattamente adempiuta o il fatto dannoso non si fosse verificato. La nozione di danno ha caratteri differenziali e il risarcimento appunto tende a colmare lo scarto tra i due valori patrimoniali», «Danno: Risarcimento del Danno», en AA. VV., *Enciclopedia Giuridica*, Instituto della Enciclopedia italiana fondata da Giovanni Treccani, Tomo X, Roma, 1988, p. 7. *Vid.*, también: DE GIORGI, M.V., «Danno: I) Teoria Generale», en AA. VV., *Enciclopedia Giuridica*, Instituto della Enciclopedia italiana fondata da Giovanni Treccani, Tomo X, Roma, 1988, p. 2 y SALVI, C., «Risarcimento...», *op. cit.*, p. 1085. En la doctrina española se han pronunciado sobre la teoría de la diferencia Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., señalando que «para resolver toda esta serie de problemas de pérdidas efectivas, gastos y ganancias frustradas, y permitir una visión de conjunto, F. MOMSEN acuñó la llamada «teoría de la diferencia», cuyo mérito mayor consistió en trasladar el punto de vista del concreto bien en el que se ha experimentado el daño al total patrimonio del perjudicado, lo que permite englobar pérdidas, gastos y ganancias no obtenidas. Lo que hay que reconstruir idealmente para medir la indemnización no es la situación concreta del bien dañado, sino la situación patrimonial del perjudicado. De esta suerte, de acuerdo con los esquemas de la teoría de la diferencia, el daño se concreta en la diferencia entre la situación, valorada económicamente, del patrimonio del dañado que éste tendría si el hecho dañoso no se hubiera producido y aquella que tiene efectivamente tras el hecho dañoso», *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, V La Responsabilidad Civil Extracontractual*, 1.ª edición, Civitas, Navarra, 2011, p. 332. También SOLER

Frente a los postulados de la teoría de la diferencia, que han sido fuertemente contestados en nuestra doctrina por DÍEZ-PICAZO¹²⁹ y PANTALEÓN PRIETO¹³⁰, pueden esgrimirse los siguientes argumentos:

– El patrimonio de la parte perjudicada por el incumplimiento es concedido por la teoría de la diferencia como un cuerpo abstracto, no teniendo en consideración que, en realidad, daños y perjuicios recaen sobre bienes concretos¹³¹. En este sentido, ha indicado DÍEZ-PICAZO que «se observa que el concepto resultante de la teoría de la diferencia conduce a una concepción abstracta del daño en la medida en que no toma en consideración las singularidades que puede ofrecer el caso concreto»¹³².

– Un segundo argumento, ya enunciado en nuestra doctrina en sede de responsabilidad civil¹³³, que tiene especial importancia en relación a los PECL,

PRESAS, A., ha afirmado que «la aplicación de la criticada Teoría de la Diferencia al ámbito contractual implica que por daño resarcible se entienda el resultado de la comparación global de la situación económica que el comportamiento ordenado del deudor habría proporcionado al acreedor y la real en la que se encuentra como consecuencia del incumplimiento», *La Valoración del...*, *op. cit.*, p. 32.

¹²⁹ DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, V...*, *op. cit.*, pp. 335 a 344.

¹³⁰ PANTALEÓN PRIETO, F., «Daño...», *op. cit.*, pp. 1897 y 1898. En el mismo sentido SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, *op. cit.*, pp. 29 a 37.

¹³¹ FISCHER, H.A., si bien se pronuncia a favor de la teoría de la diferencia, afirma que «a esta fórmula, consistente en un *cálculo abstracto*, y representada por la *teoría de la diferencia*, opónese la apreciación *concreta* del daño, la de quienes definen el daño patrimonial como «el perjuicio concreto experimentado por la persona en su patrimonio, en forma de pérdida o menoscabo de *determinados* bienes patrimoniales. Los civilistas OERTMANN y WALSMANN se han esforzado por demostrar que esta fórmula es la única admisible. A su juicio, el concepto de “interés” no es conciliable con la consagración legal de los daños morales (v. § 253 cit. Supra), los cuales no admiten tasación abstracta, ni es tampoco compatible con el sistema de reparación natural o efectiva que el Código civil (§ 249) sanciona como primordial; el daño –siempre según estos autores– sólo podría identificarse con el “interés” en defecto de reparación natural, pues el carácter absoluto que a la idea del daño abstracto se atribuye contradice a aquella fundamental norma del Código. Mas, tampoco para las reparaciones en dinero –prosiguen– tiene ese sistema práctica significación. La teoría de la diferencia –dice Walsmann–, lógicamente aplicada, nos obligaría a aquilatar, caso por caso, el estado de todo el patrimonio después de experimentar el perjuicio y el que representaría de haber seguido indemne, para que la determinación del daño no se reduzca a vagas conjeturas y tal procedimiento, tratándose de daños poco importantes, origina inútiles complicaciones», *Los Daños Civiles...*, *op. cit.*, p. 18 y 19.

¹³² DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, V...*, *op. cit.*, pp. 335.

¹³³ NAVEIRA ZARRA, M.M., señala que «la teoría de la diferencia identifica el daño únicamente con el perjuicio patrimonial, al hacerlo equivaler a la pérdida de valor que experimenta el patrimonio de una persona a consecuencia del evento dañoso. Así quedan fuera del concepto ofrecido por esta teoría los perjuicios extrapatrimoniales, los cuales, por afectar a intereses no susceptibles de valoración pecuniaria, no se manifiestan en la forma de una disminución patrimonial. Lo cierto es que esta circunstancia es fácilmente explicable si se tiene en cuenta que en la época en que la *Differenztheorie* fue formulada sólo los perjuicios irrogados al patrimonio tenían la consideración de daños en sentido jurídico... En cualquier caso, con el transcurso del tiempo y con más o menos limitaciones según el sistema jurídico de que se tratara, quedó fuera de toda duda la admisión de la reparación de los daños no patrimoniales, así como su consiguiente inclusión en el concepto de daño jurídicamente relevante, por lo que la aceptación de la teo-

se encuentra en el hecho de que la teoría de la diferencia parte de una concepción puramente patrimonial del daño, sin ofrecer una solución a los supuestos en el que el incumplimiento provoca daños en la esfera no patrimonial del perjudicado. ¿Cómo se puede calcular el valor del daño moral, si los parámetros a tener en consideración son el valor del patrimonio una vez producido el hecho dañoso y el que tendría si el mismo no hubiera acaecido?

– Una última objeción deriva de su aplicación en la práctica, ya que como indica DÍEZ-PICAZO «al exigir una comparación global del estado del patrimonio en el momento actual (se supone que es aquél en que el daño se demandó o aquél en que el juez debe dictar sentencia) con el estado que tendría de no haberse producido el evento dañoso, requiere unas operaciones que resultan sumamente complicadas cuando en el curso hipotético que se examina inciden otros factores. En este sentido, la teoría de la diferencia exige siempre la *compensatio lucri cum damno*, así como la toma en consideración del abanico de casos que usualmente se denomina como causalidad alternativa hipotética»¹³⁴.

La *compensatio lucri cum damno*¹³⁵ plantea la cuestión de si como consecuencia de producirse el incumplimiento, la parte perjudicada obtiene algún lu-

ría expuesta en la época actual estaría en clara contradicción con dicha admisión», *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, pp. 64 y 65.

¹³⁴ DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, V...*, *op. cit.*, pp. 336. En el mismo sentido afirma PANTALEÓN PRIETO, F., que «el concepto de daño de la «teoría de la diferencia» implica la aceptación de la relevancia exoneradora de las causas hipotéticas de daño que, de haber sido las causas efectivas, no hubieran podido generar la responsabilidad de un tercero, así como la más amplia admisión de la figura de la *compensatio lucri cum damno*. Y ni una ni otra premisa se cumplen en nuestro Derecho», «Daño...», *op. cit.*, p. 1897.

¹³⁵ LARENZ, K., en relación a la *compensatio lucri cum damno*, a la que denomina compensación de ventajas, manifiesta que «el principio de que la indemnización de daños no debe conducir a que el perjudicado alcance una situación más favorable que la que tendría en el supuesto de que no se hubiese dado el suceso en que se funda la responsabilidad del obligado a indemnizar, nos lleva a imponer al perjudicado la obligación de permitir la evaluación de aquellas ventajas que *haya obtenido precisamente mediante el hecho generador de la responsabilidad o en relación causal adecuada con éste*. Si, p. ej., el lesionado reclama los gastos de curación necesarios hechos para el restablecimiento de su salud, está obligado a computar lo que ha ahorrado durante ese tiempo por los gastos que hubiera hecho para su sustento diario. El que tiene derecho a reclamar una indemnización por la destrucción de un camión ha de permitir la tasación del valor de los restos del mismo que hayan pasado a su poder y a los que pueda dar alguna aplicación. Si la indemnización tiene lugar “in natura” mediante la entrega de un coche nuevo análogo al destruído, estará obligado a devolver, como compensación, lo que del destruído recibió o el dinero obtenido por su venta. ¡Si el automovilista indemniza las aves que atropelló según su valor total de venta, es natural que pueda quedarse con ellas y su asado quizá le sea agradable! También se habrán de traer a colación las ventajas que sean consecuencia del acaecimiento que crea el deber de indemnizar y que no *son adecuadas* al mismo, si así lo exige la equidad según las circunstancias del caso concreto; tal ocurre, cuando la ventaja obtenida lo fue en forma completamente imprevisible y ha resultado desproporcionadamente grande. Es necesario que en cada caso las ventajas habidas estén causalmente condicionadas por el mismo hecho productor del daño. De otra parte *no siempre han de compensarse ventajas adecuadas* al hecho. Así no son computables las prestaciones que el lesionado reciba *en virtud de un contrato de seguro por él concluido*,

cro o ventaja (por ejemplo, gastos que no hayan tenido que realizarse al suspenderse un concierto por negarse el artista a celebrarlo el día antes), debería ser descontado de la suma de los daños producidos por el incumplimiento¹³⁶. Esta reducción tendrá como finalidad que la parte perjudicada sea resarcida por los daños que efectivamente ha sufrido, y así evitar un enriquecimiento sin causa¹³⁷. Como se analizará en el siguiente apartado, la *compensatio lucri cum damno* es admitida expresamente por el comentario del artículo 9:502 PECL, pero ello no debe llevarnos como se argumentará, a una aceptación ilimitada de la figura, sino que la misma debe ser aceptada con las cautelas o matizaciones que serán expuestas.

La cuestión de la admisión de la relevancia exoneradora de las causas hipotéticas del daño, o también denominadas «causalidad alternativa hipotética»¹³⁸, plantea el problema de «si el daño debe ser resarcido, en aque-

ya que éstas representan la contraprestación por las primas que el perjudicado pagó y contradiría el sentido del contrato de seguro si aquéllas redundasen en provecho del obligado a indemnizar», *Derecho de obligaciones...*, *op. cit.*, pp. 204 y 205.

¹³⁶ Resulta interesante la matización que sobre la naturaleza de la figura de la *compensatio lucri cum damno* realiza DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., al señalar que «no se trata de establecer una compensación en sentido técnico del crédito indemnizatorio con otro crédito del obligado a indemnizar. Se trata de una pura imputación o consideración de los efectos ventajosos en el momento de llevarse a cabo la valoración del daño, por lo cual puede llamarse imputación de beneficios o computación de beneficios», *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, V...*, *op. cit.*, pp. 341.

¹³⁷ Afirma DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., que «los sostenedores de la teoría de la diferencia en materia de conceptualización del daño, no tienen más remedio que admitir la computación de beneficios. Siguiendo de nuevo a Von Tuhr, si la indemnización tiene como objeto reparar el patrimonio del perjudicado, es lógico que, al comparar el estado que dicho patrimonio tenía antes y después de producirse el daño, hayan de tenerse en cuenta también los efectos ventajosos producidos por el mismo hecho contra el cual se reclama. La admisibilidad y aún la necesidad de computación de beneficios ha sido sostenida también partiendo de la idea del carácter resarcitorio de la indemnización y de la interdicción del enriquecimiento sin causa que de otro modo se produciría si el perjudicado recibe una indemnización integral a la que han de sumarse los lucros obtenidos», *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, V...*, *op. cit.*, pp. 341 y 342. En el mismo sentido NAVEIRA ZARRA, M.M., afirma que «una determinación del daño resarcible que no tuviera en cuenta los beneficios que derivan del hecho generador de responsabilidad para reducir la cuantía del resarcimiento por medio de una compensación entre ambos conceptos, conduciría necesariamente a un enriquecimiento injusto del reclamante», *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, p. 67.

¹³⁸ La cuestión de las causas hipotéticas del daño se la plantea LARENZ, K., de forma muy gráfica en los siguientes términos «¿Reducción del daño por causas hipotéticas del mismo? El curso causal hipotético, es decir, el desarrollo de los acontecimientos tal como hubiera tenido lugar probablemente si no hubiera acaecido el hecho base de la responsabilidad, no sólo tiene relevancia para determinar la «ganancia frustrada». Cuando después del *hecho* generador del daño tiene lugar otro nuevo que hubiese producido el mismo daño en caso que el primer suceso no hubiese ocurrido, se pregunta entonces si, como consecuencia de ello, ha de ser reducido o neutralizado el daño a indemnizar derivado del primer hecho. Para resolver la cuestión exponemos dos ejemplos: A, que regresa a su casa eufórico después de pasar una tarde alegre, rompe con el bastón el cristal de la ventana de B y se declara dispuesto al siguiente día a mandar colocar a su costa un nuevo cristal; pero antes de que esto se lleve a cabo se produce en la proximidades una fuerte explosión que rompe todos los cristales de los alrededores. A sostiene entonces que B, según ahora resulta, no fue perjudicado por él, porque si A no hubiese roto el cristal éste lo hubiera sido poco después como consecuencia de la explosión. Segundo ejemplo: B queda inutilizado para el trabajo por un acciden-

llos casos en que, aun habiendo sido causado por una acción u omisión del demandado que es fuente de responsabilidad (problema de causalidad real), puede establecerse con seguridad que el mismo daño, en su misma consistencia, se habría producido igualmente por obra de un evento natural, por el hecho de un tercero o por otro hecho del mismo sujeto responsable que hubiera actuado de forma legítima que no implicara para él ningún tipo de responsabilidad o que hubiera disminuido ésta»¹³⁹.

Si, como se ha expresado, la teoría de la diferencia parte para el cálculo del daño indemnizable del estado o valor del patrimonio de la parte perjudicada, una vez producido el incumplimiento, y el que tendría de no haberse producido, resulta claro que dicha teoría admite la relevancia exoneradora de las causas hipotéticas, puesto que «al comparar el estado del patrimonio tras el daño causado por el tercero con el estado en que el mismo se encontraría de no acontecer ese hecho dañoso, resulta que la situación del acervo patrimonial es idéntica en ambos momentos, porque la lesión de los intereses del perjudicado existe, ya se tenga en cuenta la conducta ajena dañosa, ya se suprima ésta. Ello sería así porque, de no existir el hecho dañoso culpable, el perjuicio se habría producido igualmente a través de la materialización del evento constitutivo de la causa reserva, lo cual impediría apreciar cualquier diferencia patrimonial y, en consecuencia, haría negar la existencia de daño resarcible»¹⁴⁰.

Consideramos acertada la conclusión que al respecto ofrece DÍEZ-PICAZO, centrando el objeto del debate no en un problema de nexo de causalidad «porque en todos estos casos el evento dañoso y sus consecuencias están en una estricta relación causal con el hecho al cual se le imputan y no existe la denominada “interrupción de la relación causal”... sino de cuestiones de alcance del daño indemnizable»¹⁴¹.

Por último, se debe concluir que la relevancia exoneradora de las causas hipotéticas del daño, junto con la teoría de la diferencia que las ha admitido,

te del que es responsable A, que es por ello condenado al pago de una pensión alimenticia. Más tarde B es condenado a cumplir dos años de pena privativa de libertad; A sostiene no estar obligado a pagar la pensión durante el tiempo en que B cumple condena, puesto que éste, durante dicho tiempo, hubiera permanecido sin ingresos, aunque el accidente no hubiera tenido lugar», *Derecho de obligaciones...*, *op. cit.*, p. 211. Vid., también INFANTE RUIZ, F.J., *La Responsabilidad por Daños: Nexos de causalidad y «causas hipotéticas»*, Tirant Monografías, Valencia, 2002, pp. 143 y 198 a 201.

¹³⁹ DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, V...*, *op. cit.*, p. 337.

¹⁴⁰ NAVEIRA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, p. 66.

¹⁴¹ DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, V...*, *op. cit.*, p. 339.

han sido negadas por la doctrina, tanto en sede extracontractual¹⁴² como contractual¹⁴³, sobre la base, que considero plenamente de asentir, de que dichas causas hipotéticas no han sido las efectivamente productoras del daño, y que «el derecho a la reparación nace a favor del perjudicado en el mismo instante en que el daño antijurídico se manifiesta como consecuencia de la conducta del culpable, al margen, por tanto, de los acontecimientos que en el mismo instante o sucesivamente tengan lugar»¹⁴⁴.

3.3.3 LAS SOLUCIONES ADOPTADAS EN LOS PECL: EL CRITERIO GENERAL DEL CÁLCULO SUBJETIVO Y REAL-CONCRETO DE LOS DAÑOS

Una vez analizados los postulados de la teoría de la diferencia y los inconvenientes que la aceptación de la misma conlleva, procede plantearse cuál o cuáles son las soluciones adoptadas por los PECL.

Los PECL no proporcionan ningún criterio general sobre cómo proceder para concretar la reparación integral del daño en una cantidad pecuniaria, si bien, tal y como hemos visto, reconocen expresamente dos fórmulas de cálculo; una concreta, en el artículo 9:506 y otra abstracta, en los artículos 9:507 y 9:508. Los tres preceptos citados disponen en su parte final, como cláusula de cierre, un sistema concreto del daño, al decir que, además, los perjudicados podrán ser resarcidos por otros que también deriven del incumplimiento y resulten indemnizables por concurrir los requisitos exigidos por el remedio indemnizatorio.

Resulta que la parte perjudicada tiene derecho a una suma de dinero que le permita situarse en una posición lo más parecida posible a la que tendría de haberse cumplido en sus exactos términos la prestación pactada, lo que nos conduce ineludiblemente a la comparación de dos estados o situaciones; una, la actual, la que tiene el perjudicado una vez producido el incumplimiento y, otra hipotética, la que disfrutaría de haberse realizado la prestación correctamente. De la comparación entre ambas situaciones se obtendría la cantidad a la que tendría derecho la parte perjudicada. Ello podría llevarnos a la afirmación, que considero errónea, de que los PECL acogen la teoría de la diferencia. Y no la acogen por las razones siguientes:

¹⁴² DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, V..., *op. cit.*, pp. 339 y 340 y NAVEIRA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, p. 66.

¹⁴³ SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, *op. cit.*, p. 36.

¹⁴⁴ NAVEIRA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, p. 66.

– El párrafo segundo del artículo 9:501, consagra expresamente como daños cubiertos por la indemnización de daños y perjuicios, las pérdidas no pecuniarias, lo que refleja que los PECL huyen claramente de una concepción economicista del daño contractual. Por tanto, siempre resultarán indemnizables los perjuicios extrapatrimoniales, los cuales afectan a bienes o, mejor dicho, a intereses no susceptibles de cuantificación exacta en dinero y que por tanto difícilmente serán exteriorizados mediante una disminución patrimonial.

– Considero que resultaría muy forzado, y seguramente erróneo, interpretar que cuando el artículo 9:502 dispone que «*la indemnización por daños y perjuicios consiste en general en un importe que coloque a la parte perjudicada en una posición lo más próxima posible a la que hubiera disfrutado de haberse ejecutado correctamente los términos del contrato*», se esté refiriendo a una comparación en abstracto del patrimonio de la parte perjudicada una vez producido el incumplimiento y la que tendría de no haberse producido, y ello, sin tener «en consideración las circunstancias singulares del caso concreto»¹⁴⁵.

– Cuando el artículo 9:506, para los supuestos en los que se realiza un negocio de reemplazo o de sustitución, cifra la cuantía de la indemnización en la diferencia entre el precio establecido en el contrato primitivo incumplido y el pactado en el contrato de reemplazo, podría parecer que está calculando el daño en base a la teoría de la diferencia, lo que debemos negar por dos razones. Primera, la operación es mucho menos compleja, puesto que no implica una comparación de todo el patrimonio del perjudicado, sino únicamente de la diferencia entre el primitivo precio pactado y el efectivamente obtenido. Y, en segundo lugar, porque, al establecer en su inciso final que tendrá derecho a «*los daños debidos a cualquier otra pérdida*», deja a salvo la indemnización de otros posibles daños derivados del incumplimiento, entre ellos los no patrimoniales, como podía ser el descrédito profesional, los inconvenientes que tal incumplimiento le ha causado, etc. Lo mismo puede predicarse de lo establecido en los artículos 9:507 y 9:508.

– Por lo que respecta a la relevancia exoneradora de las causas hipotéticas del daño, admitidas por la teoría de la diferencia, nada parece desprenderse de la regulación de la indemnización de los daños y perjuicios de los PECL, como para entender que las mismas son admitidas. Máxime, cuando en el artículo 8:108, relativo a las causas de exoneración del incumplimiento, nada se establece al respecto. Además, lo contrario resultaría incongruente con el hecho de que la parte incumplidora, una vez constatados los daños derivados del incumplimiento injustificado, deviene inmediatamente responsable por los da-

¹⁴⁵ NAVEIRA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño...*, op. cit., p. 64.

ños, lo que va acompañado del derecho de la parte perjudicada a exigir un adecuado resarcimiento, y ello al margen de cualquier otro acontecimiento. Dejando siempre a salvo los supuestos en los que se haya producido una concurrencia de culpas en los hechos desencadenantes de los daños, ya sea en la producción del incumplimiento como de sus efectos entre incumplidor y perjudicado, y también de aquellos en los que el incumplimiento se hubiera podido producir en parte por una de las causas exoneradoras del artículo 8:108 y por hechos imputables al deudor. Además, en ambos supuestos no nos encontraríamos ante un problema de extensión de los daños indemnizables, sino en el ámbito del nexo causal.

– Por último, por lo que respecta a la *compensatio lucri cum damno*, que será objeto de análisis en el epígrafe siguiente, debe advertirse que tal compensación sí se admite en los PECL, sin que ello sea un obstáculo para continuar negando virtualidad a la teoría de la diferencia.

De lo hasta aquí expuesto, y siguiendo el planteamiento realizado para la responsabilidad extracontractual por PANTALEÓN PRIETO, considero que el criterio general adoptado por los PECL para el cálculo o medida de la indemnización es el del daño subjetivo, que implica que se «tengan siempre en cuenta las específicas circunstancias del concreto dañado»¹⁴⁶: ya que difícilmente podrá obtenerse la íntegra satisfacción del interés del acreedor lesionado, si no se tienen en cuenta las específicas circunstancias del mismo¹⁴⁷.

La concepción subjetiva supone, en comparación con la teoría de la diferencia, un giro importante; de tener como puntos de referencias dos estados del patrimonio global, uno hipotético y otro real, a hacer depender la medida del daño en la contemplación de «la realidad desde la posición del sujeto dañado, de modo que se tenga en cuenta el nuevo estado de cosas resultante del evento dañoso, pero no en sí mismo considerado, sino con relación al sujeto que resulta afectado por dicho estado de cosas»¹⁴⁸.

¹⁴⁶ PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario al artículo 1902 del Código civil», en AA. VV., *Comentarios al Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 1990 y 1991. En el mismo sentido SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, *op. cit.*, p. 36.

¹⁴⁷ En el mismo sentido, pero en relación a la responsabilidad extracontractual, NAVEIRA ZARRA, M. M., una vez rechazados los postulados de la teoría de la diferencia y una concepción objetiva del daño afirma «la adopción de una concepción subjetiva de daño que sirva como criterio general para la determinación de la medida de la reparación. De acuerdo con esta concepción, para la determinación de la medida del daño resarcible es preciso tener en cuenta el específico interés humano lesionado y esta idea del interés, que está impregnada de un eminente matiz subjetivo, nos obliga a tomar en consideración las concretas circunstancias que rodean al sujeto perjudicado», *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, p. 69.

¹⁴⁸ NAVEIRA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, p. 69. El mismo punto de partida es el tomado en consideración por RAVAZZONI, A., al afirmar que «si tratta soltanto di guardare la realtà –quel momento della realtà fermato dal processo di astrazione– dalla posizione del soggetto danneggiato.

El profesor PANTALEÓN PRIETO¹⁴⁹ no sólo se ha limitado a caracterizar el daño como subjetivo, sino también como real-concreto. Ello conlleva que, para la indemnización del daño, no sólo se tendrá en consideración el concreto interés de la parte perjudicada, sino que será indispensable, para obtener una adecuada indemnización de los daños, que se «parta de los singulares factores de daño, cada uno de ellos “daño en sí” (fenómeno real al que no pueden “sacar del mundo” acaeceres hipotéticos), en lugar de disolverlos en una diferencia matemática entre dos situaciones patrimoniales globales, una real y otra hipotética»¹⁵⁰.

Admitido el concepto de daño en sus dos perspectivas subjetiva y real-concreta, se debe advertir que ello no niega la relevancia de la *compensatio lucri cum damno* y las causas hipotéticas del daño, si bien no con la extensión propia de la teoría de la diferencia. Así, la *compensatio lucri cum damno* se admite, pero únicamente respecto de las ventajas o beneficios que se encuentran íntimamente vinculados, o derivados de la misma causa del perjuicio, por lo que no serían compensables las posibles prestaciones obtenidas por un seguro de daños, accidente o de vida, ni tampoco las prestaciones derivadas de contingencias cubiertas por la Seguridad Social¹⁵¹.

Considerare, quindi, lo stato di cose venuto a crearsi, non in se e per se, ma con riferimento al soggetto e delle entità ad esso esterne, considerata dal punto di vista del soggetto stesso. Inoltre, é opportuno notare, come questa esigenza di soggettivazione, in tema di danno, sia pacificamente riconosciuta dalla dottrina. Si è visto come uno degli appunti più gravi recati alla tesi che concepisce il danno come una mera differenza patrimoniale, derivi proprio dalla scarsa considerazione di questo dato», *La riparazione del danno non patrimoniale*, Giuffrè Editore, Milano, 1962, p. 49.

¹⁴⁹ PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario al artículo 1902...», *op. cit.*, p. 1991.

¹⁵⁰ El concepto de daño, a la vez subjetivo y real-concreto, elaborado por PANTALEÓN, también ha sido acogido por Díez-Picazo y Ponce de León, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, V..., *op. cit.*, p. 336; Naveira Zorra, M.M., *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, pp. 69 a 72; Soler Presas, A., *La Valoración del...*, *op. cit.*, pp. 36 y 37; y por Yzquierdo Tolsada, M., *Sistema de Responsabilidad Civil, Contractual y Extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, pp.144 y 145.

¹⁵¹ PANTALEÓN PRIETO, F., «Indemnización», en AA. VV., *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. III, (dir. Alfredo Montoya Melgar), Civitas, Madrid, 1995, p. 3519. Como pone de manifiesto Naveira Zorra, M.M., en relación a las cantidades derivadas de la contratación de un seguro de las prestaciones de la Seguridad Social «con la teoría de la diferencia no importaba que, en tales supuestos, las sumas recibidas tuvieran su causa en las primas satisfechas por el perjudicado a la Compañía aseguradora y a la Seguridad Social, respectivamente. Lo único relevante era la comparación entre las dos situaciones patrimoniales globales, de modo tal que si dicha comparación no arrojaba saldo negativo, se excluía la reparación, pues se consideraba que no había existido daño», *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, nota al pie núm. 79, p. 71. Sobre la compatibilidad de las indemnizaciones de la responsabilidad civil y de la Seguridad Social, afirma la STS de 23 de abril de 2009, ponente D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (RJ 2009, 4140) que ha sido «puesta reiteradamente de manifiesto por la jurisprudencia de la Sala primera del TS para fundar la competencia para el conocimiento en esta vía civil de las acciones de culpa extracontractual deducidas frente al empresario [cf. en tal sentido, con amplia cita de precedentes, las sentencias del Alto Tribunal de 1 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 8365) y 26 de abril de 2002 (RJ 2002, 4162)], lo que no implica que haya de hacerse abstracción, a la hora de cuantificar las indemnizadas en la misma, de las cantidades ya abonadas, basadas en la relación laboral y de Seguridad Social, antes al contrario, deben

Por lo que respecta a las causas hipotéticas del daño o causalidad alternativa hipotética, si bien en la teoría de la diferencia se admitía la eficacia exoneradora de responsabilidad de todo tipo de causa hipotética que se ponga de manifiesto antes de que se produzca el pago de la indemnización, PANTALEÓN PRIETO¹⁵² sólo admite tal relevancia exoneradora, cuando se trate de causas hipotéticas que se hubieran puesto de manifiesto al mismo tiempo que la causa real o adelantada, y que, sin haberse producido la misma, o incluso haberse cumplido en sus exactos términos el contrato, también hubiera producido el daño¹⁵³. En definitiva, el mismo daño se hubiera producido con independencia de la conducta del deudor. En palabras de SOLER PRESAS, su «incumplimiento no ha incrementado de forma significativa el riesgo de producción del daño –como de hecho no habrá sucedido si en caso de cumplimiento perfecto y en virtud de otro curso causal se habría producido exactamente de la misma manera–, no hay razón alguna, salvo que la norma diga

ser tomadas en consideración dado que todas ellas tienden a lograr idéntica finalidad y no otra que la total indemnidad de los perjudicados. Las acciones civiles y las derivadas de la relación laboral y de la Seguridad Social son así efectivamente compatibles. Pero compatibilidad no quiere decir que sean independientes y autónomas de forma que no pueda tomarse en consideración, a la hora de fijar la indemnización, lo ya percibido en cada uno de estos ámbitos». Para sostener esta afirmación, la sentencia recurrida, con cita de otra de la misma Audiencia y de la de esta Sala antes expresada, considera que «es necesario pasar de una indeseable situación de acumulación no coordinada de indemnizaciones sin base normativa suficiente por cuanto compatibilidad no equivale necesariamente a acumulación descoordinada, a un sistema coherente de complementariedad de las indemnizaciones hasta lograr la reparación íntegra del daño». En este mismo sentido de la complementariedad de las indemnizaciones reconocidas en la vía laboral y civil, añade la Audiencia, «se ha venido pronunciando la Sala IV del TS, a partir de su conocida sentencia de Sala General de 10 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 10501), reiterada entre otras muchas, en las más recientes de 8 de abril de 2002 (RJ 2002, 6153) y 21 de mayo de 2003 (RJ 2003, 5030), en las que partiendo de la regla general de que “el trabajador accidentado o sus causahabientes tienen, como regla, derecho a su reparación íntegra, así como que las consecuencias dañosas de los accidentes del trabajo no afectan solo al ámbito laboral y a la merma de capacidad de tal naturaleza que pueda sufrir el trabajador accidentado, sino que pueden repercutir perjudicialmente en múltiples aspectos o facetas de su vida personal, familiar o social”, proclama que “los perjudicados no deben enriquecerse injustamente percibiendo indemnizaciones por encima del límite racional de la compensación plena”, concluyendo así la necesidad de que todas las indemnizaciones reconocidas a favor del trabajador en las distintas vías jurisdiccionales “han de ser estimadas formando parte de un total indemnizatorio”. Por ello, «se tienen en consideración las indemnizaciones percibidas por el trabajador actor en la vía laboral y de la seguridad social, sin que a ello obste la circunstancia de que cuando de daños personales y morales se trata no exista en el ordenamiento jurídico un límite indemnizatorio, fuera del ámbito de los causados en accidente de circulación, pues tal ausencia de límite legal no obsta a que, a la hora de fijar la indemnización, se cuantifiquen necesariamente los daños en forma racional evitando lo que podría constituir un enriquecimiento injusto». *Vid.* también las SSTs de 4 de octubre de 1982, ponente D. Cecilio Serena Velloso (RJ 1982, 5538); de 9 de marzo de 1983, ponente D. Jaime De Castro García (RJ 1983, 1463); de 12 de abril de 1984, ponente D. Jaime Santos Briz (RJ 1984, 1960) y de 8 de octubre de 2001, ponente D. Francisco Marín Castán (RJ 2001, 7551).

¹⁵² PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario al artículo 1902...», *op. cit.*, pp. 1982 a 1992.

¹⁵³ En el mismo sentido NAVEIRA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, p. 71; y por SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, *op. cit.*, pp. 36 y 37.

otra cosa, por la que deba pechar el deudor con las consecuencias del mismo»¹⁵⁴.

De lo anteriormente expuesto podemos extraer las siguientes conclusiones:

– Los PECL adoptan como criterio general de cálculo o medida de la indemnización, en aras de obtener la plena satisfacción o reparación integral de los daños y perjuicios efectivamente producidos, el del concepto de daño subjetivo y real-concreto, por lo que siempre se tendrán en consideración para el cálculo de la indemnización las concretas circunstancias que concurren en la parte perjudicada¹⁵⁵. Ello supone que, ante un mismo tipo de incumplimiento, los daños que se le irrogen a dos sujetos no tengan necesariamente que coincidir, por no ocasionarles los mismos quebrantos o perjuicios, siempre teniendo en cuenta como límite, en los casos de deudores cuyos incumplimientos no pueden calificarse de deliberados o con negligencia grave, el test de previsibilidad¹⁵⁶.

¹⁵⁴ SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, *op. cit.*, p. 37.

¹⁵⁵ Como afirma YZQUIERDO TOLSADA, M., «la labor de medida del daño ha de ser delicada y tener siempre en cuenta la extensión del interés agredido con arreglo a los módulos objetivos y con arreglo también al interés real del sujeto que experimenta la agresión», *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, p. 145.

¹⁵⁶ En este sentido, afirma DE CUPIS, A., que «respecto al papel que desempeñan las condiciones subjetivas del perjudicado, juzgamos oportuno aducir unos ejemplos. Si ha sido dañado el fundo Corneliano, la medida del daño se obtiene prestando la atención requerida a la pericia y perspicacia de su propietario, ya que su rentabilidad puede aumentarse por el uso de estas cualidades personales por lo que la medida del interés afectado puede exceder del valor medio del mismo fundo. Si se sus trae un Stradivarius a una gran violinista, el perjuicio se mide, no según el valor corriente, aunque sea muy elevado, del Stradivarius, sino con arreglo al valor que tenía para *aquel* violinista, que, por su habilidad artística, estaba en condiciones de obtener una gran audiencia personal... De los ejemplos presentados resulta que la medida del interés puede ser *superior*, incluso de manera sensible, a la medida del bien a que el interés se refiere. Pero también puede acontecer que la medida del interés *coincida* con la medida del bien considerado objetivamente, aunque tan sólo lo sea eventualmente. Sin que se deba excluir que la medida del interés sea inferior a la medida del bien, ya que puede suceder que su dueño no estuviere en condiciones de obtener todos los beneficios que normalmente cualquier persona podría hacerle producir. El interés afectado por el daño, a efectos del resarcimiento, debe ser tomado en su integridad, con toda su consistencia. Es decir, que en el ámbito en que se ha producido el daño jurídico relevante, se debe apreciar el interés con su íntegra consistencia. Por ello debe tenerse en consideración también su *valor en venta*, o en el mercado, por cuanto completa los beneficios del bien y constituye un elemento íntegramente del respectivo interés», *El Daño. Teoría...*, *op. cit.*, pp. 348 y 349. Igualmente, en nuestro Derecho, afirma YZQUIERDO TOLSADA, M., que resulta «interesante introducir en el debate la clasificación, escasamente tratada, y siempre entre líneas, entre *daño común* y *daño propio*. Por daño común se entiende el que experimenta cualquier persona con motivo del incumplimiento de la obligación contractual o del acto dañoso extracontractual. El daño propio es en cambio el que sufre una persona determinada por circunstancias que le son particulares. La falta de entrega por el vendedor de un refrigerador traerá como daño común la diferencia de su valor de reposición si éste hubiera aumentado; pero si el comprador es un comerciante de helados, el daño propio viene determinado por la imposibilidad de realizar su negocio», *Sistema de Responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 144.

– Cuestión distinta será que, una vez establecido el criterio general de cálculo de los daños, el subjetivo y real-concreto, los PECL se sirvan, lo que resulta plenamente compatible con el criterio general descrito, en determinados tipos de incumplimientos, en atención al ejercicio del remedio de la resolución del contrato y al tipo de obligación incumplida, de una serie de mecanismos que coadyuvan a la medida del daño en el sentido indicado. Estos mecanismos de medición vienen representados en los PECL por los precitados artículos 9:506, 9:507 y 9:508, que establecen criterios de cálculo concretos y abstractos, que a la vez que exoneran a la parte perjudicada de la prueba, son reflejo del daño mínimo sufrido¹⁵⁷.

– Por lo que respecta al artículo 9:506, la medida del daño viene determinada por la diferencia entre el precio del primitivo contrato que resulta incumplido y el del segundo contrato de reemplazo. Nos encontramos ante una fórmula de cálculo concreta, puesto que responde al específico daño que ha sufrido la parte perjudicada que se encuentra ante la tesitura de tener que celebrar un nuevo contrato y, de esta forma, satisfacer su interés en la venta y en el correspondiente lucro que de ella deriva. Lógicamente, la cuantía del daño se obtiene de la diferencia, que nada tiene que ver con la denominada teoría de la diferencia, entre el precio originario del contrato incumplido y el obtenido por la venta de reemplazo. La operación que se realiza para la obtención de la indemnización supone la comparación de dos situaciones, pero no del patrimonio globalmente considerado, sino sólo en lo que respecta a un contrato en particular. Además, en virtud del inciso final del artículo, y en pro del resarcimiento integral subjetivo de todos los daños efectivamente sufridos, la parte perjudicada tendrá derecho al resarcimiento de cualquier otro daño sufrido como consecuencia del incumplimiento¹⁵⁸.

¹⁵⁷ En nuestro Derecho, Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., afirma al respecto que «en la doctrina y en la jurisprudencia se ha hablado de un sistema de “cálculo abstracto del daño”, en aquellos casos en que, dada la naturaleza del negocio y las condiciones económicas generales, puede considerarse que existe un daño mínimo, de manera que la regla general exonera al demandante de toda carga de un cálculo posterior. Como ha señalado A. CARRASCO, el cálculo abstracto exige una norma de Derecho material que, al mismo tiempo que exonera al demandante de la prueba, establezca el criterio del daño mínimo. En nuestro Derecho, es sin duda un sistema de cálculo abstracto el contenido en el art. 1108, que, para las obligaciones pecuniarias, hace equivaler la indemnización de daños y perjuicios a los de intereses», *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II...*, op. cit., p. 788.

¹⁵⁸ En relación a la operación de reemplazo como medida de la indemnización sostienen Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., que «es un daño típico en caso de resolución, que como tal está especialmente tratado en los PECL. El art. 9.506 dispone que si la parte insatisfecha ha resuelto el contrato y ha procedido a realizar una operación de reemplazo dentro de un tiempo razonable y en modo razonable, puede obtener la diferencia entre el precio del contrato originario y el del contrato de reemplazo, así como indemnización de cualquier otro daño indemnizable conforme a esta sección», op. cit., p. 375. En el mis-

– En relación al artículo 9:507, la medida del daño viene determinada por la diferencia entre el precio del contrato que resulta incumplido y el del precio corriente de mercado. Nos encontramos ante una fórmula de cálculo abstracta-objetiva, sin tener en consideración las específicas circunstancias que concurren en la parte perjudicada. Tal resultado, en desacuerdo con la concepción de daño que sostenemos, resulta plenamente paliado por el inciso final del artículo, que, al establecer que la parte perjudicada además tendrá derecho al resarcimiento de cualesquiera otros daños sufridos como consecuencia del incumplimiento, está expresamente acogiendo, en última instancia, el concepto concreto de daño.

– Lo mismo que respecto al artículo anterior, debe predicarse del artículo 9:508, relativo al retraso en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias. La cuantía de la indemnización viene determinada, en primer lugar, por los intereses generados por la suma adeudada, lo que sin duda constituye una medida abstracta del daño.

– Por último, decir que las fórmulas de cálculo establecidas en los artículos 9:506, 9:507 y 9:508, en ningún modo suponen una contradicción con el sistema de cálculo subjetivo aquí sostenido. El sistema concreto del artículo 9:506 y los sistemas de cálculo abstracto de los artículos 9:507 y 9:508, constituyen unas primeras operaciones matemáticas a realizar cuando se cumplan los supuestos de hecho por ellos contemplados, pero no tienen por qué agotar la extensión de la suma indemnizatoria; constituirán el cálculo de la primera, y posiblemente más cuantiosa partida indemnizatoria, pero, como la función básica de la indemnización es la integral satisfacción subjetiva de los daños causados, el inciso final de los tres artículos, al establecer expresamente que además serán indemnizables «*los daños debidos a cualquier otra pérdida, en tanto puedan indemnizarse con arreglo a esta sección*», está dejando perfectamente cubiertos otros daños producidos por el incumplimiento que hayan tenido una negativa repercusión en las específicas circunstancias de la parte perjudicada.

No obstante haber negado la teoría de la diferencia en estado puro, no debemos ser ajenos, a que para el cálculo del lucro cesante, sí se tendrá en cuenta la diferencia existente entre el patrimonio del deudor al haberse producido el incumplimiento y el que tendría de éste no haberse producido.

mo sentido, LANDO, O., BEALE, H., señalan que «la parte que haya incumplido puede resultar también responsable por cualquier otra pérdida que el perjudicado demuestre haber sufrido, p. ej. Los gastos de buscar y organizar un negocio de reemplazo», *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 662.

3.4 La *compensatio lucri cum damno* o computación de beneficios

La compensación de las pérdidas con las ganancias, o también denominada computación de beneficios¹⁵⁹ (*compensatio lucri cum damno*¹⁶⁰), tiene como efecto impedir que la parte perjudicada pueda obtener una ventaja o lucro del incumplimiento, y es una consecuencia de la finalidad meramente reparadora de los daños del remedio indemnizatorio¹⁶¹. La compensación encuentra su justificación en el hecho de que, llevado a sus últimas consecuencias el principio de la reparación integral del daño, y no existiendo la compensación de los lucros con los daños, la parte perjudicada que no reduce los daños sufridos con las ventajas, beneficios o gastos no realizados, obtendría un enriquecimiento sin causa, resultado éste que en modo alguno es el deseado por la indemnización¹⁶².

Debe advertirse que, ante la disyuntiva sobre si al producirse el incumplimiento del contrato éste además de producir daños también genera bene-

¹⁵⁹ Considero más adecuada la expresión «computación de beneficios» empleada por Díez-Picazo y Ponce de León, L., quien indica que «cuando el mismo hecho que produce el daño, determina a favor de la misma persona dañada un beneficio o un lucro, surge el problema de decidir si tales lucros o beneficios deben ser tomados en consideración para cuantificar el daño indemnizable. Así lo entendieron por lo general los autores en el Derecho común, que dieron a esta operación el nombre de *compensatio lucri cum damno*, aunque como señala Von Thur, no se trata de establecer una compensación en sentido técnico del crédito indemnizatorio con otro crédito del obligado a indemnizar. Se trata de una pura imputación o consideración de los efectos ventajosos en el momento de llevarse a cabo la valoración del daño, por lo cual puede llamarse imputación de beneficios o computación de beneficios», *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, V..., op. cit.*, pp. 341.

¹⁶⁰ De Cupis, A., afirma que «el cómputo de los elementos relevantes para la determinación del contenido del daño resarcible no quedaría completo si no considerásemos también la *compensatio lucri cum damno*. Con esta expresión se designa la disminución proporcional que el *daño* experimenta cuando con él concurre un *lucro* (ventaja), o con otras palabras, la reducción del montante del daño resarcible por la concurrencia de un lucro», *El Daño. Teoría..., op. cit.*, p. 327.

¹⁶¹ De forma muy gráfica indica Fischer, H.A., que «el ideal, en un régimen de reparación de daños, es que el perjudicado no resulte más pobre ni más rico de lo que sería sin el hecho dañoso. La compensación de beneficios propónese impedir que aquél se lucre indebidamente», *Los Daños Civiles..., op. cit.*, p.185. En el mismo sentido De Cupis, A., señala que «se debe resarcir nada más que el daño emergente y el lucro cesante, o sea, tan sólo el daño realmente causado y no aquel que tal vez se habría podido causar de no haber mediado una ventaja. y es que, daño no es más que el perjuicio causado a la esfera de interés de un sujeto y si esa esfera experimenta a su vez un detrimento y un incremento, la entidad del daño que realmente soporta –y que es la que jurídicamente hay que considerar–, es la resultante del detrimento e incremento», *El Daño. Teoría..., op. cit.*, p. 328.

¹⁶² En este sentido afirma Chengwei, L., que «despite the principle of full compensation for harm will lead us to the conclusion that all kinds of loss, suffered by the party and caused by the breach, are recoverable, it seems to be universally accepted that loss should be offset by the gains which the aggrieved party has made due to the non-performance. It is submitted that the second consequence of the principle that damages are compensatory is that an award of damages should not enrich the plaintiff: he cannot recover more than his loss», «Remedies for Non-performance...», *op. cit.*, p. 5. En el mismo sentido, De Cupis, A., afirma que «si las ventajas no se compensan con los daños, el resarcimiento desorbitaría su función equilibradora de los intereses perjudicados, dado que una vez producido el daño, el perjudicado quedaría restituido a una situación mejor que la que con anterioridad tenía», *El Daño. Teoría..., op. cit.*, p. 328.

ficios o ventajas a la parte perjudicada que puedan o no ser tenidos en consideración para el cálculo de la suma indemnizatoria, los PECL se han inclinado a favor de dicha compensación o computación de beneficios ¹⁶³, sin

¹⁶³ Por lo que respecta a la admisión de la figura de la *compensatio lucri cum damno* en los PECL, LANDO, O., BEALE, H., afirman que «en general parece aceptarse por todos los ordenamientos que las pérdidas deberán compensarse con las ganancias que el perjudicado haya obtenido como consecuencia del incumplimiento; v. para el Derecho Inglés y Alemán *Treitel*, Remedies §§ 149-50; Finlandia, *Sevon-Wilhelmsson & Koskelo*, 87; Derecho Francés, Cass. Req. 1 enero 1927, D. H. 27.65; Derecho Italiano, Cass. 5 abril 1990 n. 2802 in Mass. Foro It. 1990; ordenamiento Griego, *Georgiadis & Stathopoulos* II arts. 297-298 n. 87-111; ordenamiento Portugués, *Telles* 390 y *Costa*, Obrigações 688 ss.; Derecho Belga, *Ronse*, n.519 ss.; BW Neerlandés art. 6.100, y en Derecho Español, STS 17 de febrero de 1925, 19 de noviembre de 1928, 20 de junio de 1953 o 13 de mayo de 1965», *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 649. La *compensatio lucri cum damno* no es admitida expresamente en el articulado de la CISG, lo que no implica que la computación de beneficios sea desconocida en dicho texto, puesto que la indemnización de los daños y perjuicios cumplen una misma función tanto en la CISG como en los PECL, la de reparación de los daños realmente sufridos. Al regular el art. 75 la medida de la indemnización en los supuestos en que la parte perjudicada realiza un negocio de reemplazo, y cifrar la suma indemnizatoria en la diferencia entre el precio pactado en el contrato originario incumplido y el recibido en virtud del negocio de reemplazo, está realizando dicha computación, puesto que a los daños derivados del incumplimiento del primitivo contrato se le restará el lucro obtenido por la segunda venta, incluso puede ocurrir que al realizar el negocio de reemplazo por un precio más elevado que el establecido en el contrato incumplido, la parte perjudicada por el incumplimiento obtenga un mayor lucro que el primitivamente proyectado, por lo que salvo que existan otros daños y perjuicios mercedores de resarcimiento, la parte perjudicada habrá sido beneficiada por el incumplimiento, por lo que no existiría daño alguno que resarcir. Lo mismo debe predicarse de lo establecido en el art. 76 respecto del precio corriente de mercado. Por el contrario los PICC sí han regulado expresamente la cuestión de la compensación de las pérdidas con las ganancias en el inciso final del apartado primero del art. 7.4.2. al decir que «este daño comprende cualquier pérdida sufrida y cualquier ganancia de la que fue privada, teniendo en cuenta cualquier ganancia que la parte perjudicada haya obtenido al evitar gastos o daños y perjuicios». Los PICC parten del mismo principio que inspira a la CISG y los PECL: el remedio indemnizatorio tiene una función indemnizatoria y por tanto, en modo alguno se puede tolerar que la parte perjudicada obtenga un enriquecimiento derivado del resarcimiento por el incumplimiento. El comentario al art. 7.4.2 PICC, de forma especular al comentario del art. 9:502 PECL, establece que «la parte perjudicada no debe enriquecerse con el resarcimiento por el incumplimiento. Esta es la razón por la que el parágrafo (1) también prevé que el resarcimiento debe tomar en consideración cualquier ganancia que la parte perjudicada hubiera podido obtener por el incumplimiento, ya sea por los gastos que ha evitado (v. gr. al no tener que pagar el costo del alojamiento para el artista que no se presenta a escena), o las pérdidas que evitó gracias al incumplimiento (v. gr. en el supuesto de incumplimiento de un negocio que hubiera ocasionado pérdidas a la parte perjudicada). Ejemplo 5. “A” alquila una máquina excavadora a “B” por dos años, a una renta mensual de 50,000 francos franceses. El contrato se resuelve a los seis meses por falta de pago del alquiler. Seis meses después, “A” logra alquilar la misma maquinaria por 55,000 francos franceses mensuales. La ganancia de 60,000 francos franceses obtenida por “A”, como resultado del nuevo alquiler durante el tiempo que resta del contrato con “B”, o sea un año, deberá ser deducida del monto de la indemnización adeudada por “B”», UNIDROIT, *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, (segunda impresión corregida por el Profesor A. M. Garro), Roma, 2001, p. 202. Considerando acertado en líneas generales el comentario oficial al art. 7.4.2, no obstante, estimo que cuando alude a «las pérdidas que evitó gracias al incumplimiento (v. gr. en el supuesto de incumplimiento de un negocio que hubiera ocasionado pérdidas a la parte perjudicada)», el ejemplo que pone puede resultar un poco vago, y si no es entendido de forma razonable puede ocasionar una gran inseguridad. Que la parte perjudicada tenga que compensar los daños que ha sufrido con la ventaja, o las no pérdidas que le hubiera supuesto la celebración de un contrato ruinoso, lo considero entrar en la apreciación del *aleas* que todo contratante debe asumir cuando se anima a contratar. Además, ¿qué criterios se deben seguir para calificar a un negocio como ruinoso? ¿Qué tiempo habrá que esperar para apreciar

que ello sea un obstáculo para continuar negando virtualidad a la teoría de la diferencia, puesto que tal admisión, como se justificará, no se realiza con la amplitud que le es atribuida por dicha teoría¹⁶⁴. Aunque nada se establece al respecto en el articulado de los PECL, la *compensatio lucri cum damno* es admitida expresamente en el comentario al artículo 9:502, que literalmente dispone que «al calcular los daños y para reducir su importe, la parte perjudicada debe incluir en el cómputo todos aquellos beneficios que permitan disminuir las pérdidas; sólo se pueden recuperar las pérdidas netas, una vez compensadas. Del mismo modo, al calcular los beneficios que no ha recibido el perjudicado, se deben deducir los gastos que hubiera supuesto obtener ese beneficio, a modo de compensación por un ahorro o un dinero que no se ha gastado. Estos beneficios de compensación derivan casi siempre de un negocio sustitutivo celebrado por la parte perjudicada. En cualquier caso, la parte que ha incumplido es quien debe demostrar que el negocio que ha generado beneficios fue en realidad un negocio de sustitución, diferente a un negocio o transacción celebrado con independencia del incumplimiento. Y, por otro lado, estamos ante un gasto o ahorro compensado (en el sentido de dinero que no se ha gastado y que por tanto se ahorra la parte perjudicada), cuando la prestación de la que se ha liberado la parte perjudicada como consecuencia del incumplimiento de la otra parte hubiera supuesto gastos para la primera»¹⁶⁵.

El comentario al artículo 9:502 pone como ejemplo de compensación de los daños sufridos con los beneficios obtenidos por el incumplimiento, para así obtener el importe neto de las pérdidas efectivamente sufridas, el siguiente: «O, una empresa constructora que posee unos aparatos que de momento no necesita, decide alquilárselos a H durante un año contra el pago de 1.000

que tal negocio es ruinoso? Entiendo que tal ejemplo es desafortunado por su imprecisión e inseguridad. Cuestión distinta será que una vez producido el incumplimiento, no habiendo realizado una operación de reemplazo y obtenido la correspondiente indemnización, la parte perjudicada realice una venta a un precio más ventajoso que el establecido en el contrato incumplido. *Vid.*, MCKENDRICK, E., «Commentary Arts. 7.4.1...», *op. cit.*, p. 876.

¹⁶⁴ Al respecto, PANTALEÓN PRIETO, F., sostiene que «el concepto de daño de la teoría de la diferencia implica la más amplia admisión de la figura de la *compensatio lucri cum damno*. Ahora bien, una vez que aquel concepto de daño deja de considerarse como algo “obvio” o “natural”, y puesto que el ordenamiento debe partir del principio de que todo lucro (como todo daño) debe dejarse en el patrimonio donde se ha producido, salvo que exista una buena razón (no el simple hecho de que haya sido causado por otro) para trasladarlo a un patrimonio ajeno, deja de ser algo “evidente” que, de no admitirse tal *compensatio*, el dañado vendría a enriquecerse injustamente a costa del dañante; y comienza a serlo que el sólo hecho de haber sido causado por una conducta ajena dolosa o negligentemente dañosa, no es “buena razón” para “trasladar todo o parte (si el daño es menor) del lucro al patrimonio del dañante”», «Comentario al artículo 1902...», *op. cit.*, p. 1989.

¹⁶⁵ LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 647.

DM al mes. Al cabo de tres meses, como H no paga la renta, O resuelve el acuerdo y recupera los aparatos. Dos meses después, O tiene ocasión de volver a alquilar esos aparatos durante siete meses por una renta de 1200 DM mensuales. O tiene derecho a obtener la renta que se le debía en el momento en que resolvió el primer acuerdo y a una indemnización por daños por los ingresos futuros de rentas no percibidas; pero su demanda respecto de los dos meses de renta perdidos desde la resolución del contrato, i. E. 2.000 DM, se verá reducida en 1.400 DM, que constituyen la renta añadida que percibirá respecto de los siete meses que faltaban por cumplir en el contrato original»¹⁶⁶. Y sobre la necesidad de que sea la parte que ha incumplido la que tenga que demostrar que el contrato que ha producido beneficios realmente es un contrato de reemplazo, el mismo comentario pone como ejemplo el de: «S, un negociante al por mayor, acuerda vender a B cincuenta toneladas de soja al precio de 300.000 liras la tonelada, a entregar el uno de agosto. En esa fecha, el precio de la tonelada de soja ha bajado a 250.000 liras la tonelada; B incumple su obligación de recoger y pagar la mercancía. Una semana más tarde, S vende a C cincuenta toneladas de soja al precio de 375.000 liras la tonelada. Aunque no se aplicara la regla del precio de mercado (es decir, que los daños respecto de mercancías genéricas disponibles en el mercado se calculan en función de la diferencia entre el precio del contrato y el precio del mercado), salvo que se demostrara que su segundo negocio era un negocio sustitutivo del primero, en su demanda contra B, S no necesitaría computar el beneficio extra obtenido de su venta a C»¹⁶⁷.

Del comentario al artículo 9:502, se extraen dos supuestos básicos de compensación, siempre con el horizonte puesto en la obtención de una suma indemnizatoria neta, en la que a la cuantía de los daños se le hayan descontado los beneficios o ventajas obtenidos. Uno, en el que al importe de los daños se les descuenta el de los gastos no realizados o ahorrados; y otro, en el que se les deduzca el lucro obtenido por la realización de una operación de reemplazo, teniendo siempre presente que la carga de la prueba de que el segundo negocio celebrado es de reemplazo y no consecuencia normal del tráfico económico corresponde al deudor. Y ello, sin que con dichos supuestos se entienda que se agotan las posibilidades de que cualquier otro beneficio obtenido por la parte perjudicada pueda ser también compensado con el del daño. En definitiva, el principio fundamental que se extrae de ambos supuestos es que la parte perjudicada tiene derecho a ser resarcida íntegramente, pero por el valor neto del

¹⁶⁶ LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, op. cit., pp. 647 y 648.

¹⁶⁷ *Ult. op. cit.*, p. 648.

daño¹⁶⁸ o daño efectivamente producido, es decir, descontándole los posibles beneficios, ventajas y lucros.

Consideramos, que aun en el supuesto de que no existiera esta referencia expresa a la *compensatio lucri cum damno* en los PECL, la misma es admitida implícitamente por dos motivos principales:

– De la afirmación de que la función del remedio indemnizatorio es meramente reparadora, deriva que el daño resarcido debe ser estrictamente el efectivo, sin que quede ninguna fisura a la posibilidad del enriquecimiento sin causa.

– De la contemplación en los artículos 9:506 y 9:507, de que la medida del daño se cifra en la diferencia con el negocio de sustitución, y con el precio corriente de mercado, difícilmente puede encontrarse justificación a tales preceptos, sino partiendo de que implícitamente se están compensando las posibles ventajas obtenidas por tales operaciones con los daños sufridos por el incumplimiento.

Antes de emitir una apresurada conclusión sobre cuál es el alcance de la *compensatio lucri cum damno* en los PECL, si bien ya hemos referido que dicho alcance no es ilimitado, lo que lógicamente exige una mayor concreción, considero indispensable acudir al DCFR para estudiar cómo ha contemplado la cuestión¹⁶⁹.

El DCFR, en la misma línea seguida por los PECL, no contempla en su articulado la compensación de las pérdidas con las ganancias, pero en el comentario de su artículo III– 3:702¹⁷⁰, de forma especular a los PECL, dispone que, mediante la indemnización de daños y perjuicios, se persigue la obtención

¹⁶⁸ Al respecto afirma SOLER PRESAS, A., que «los sistemas latinos, por su parte, no han dado a la *compensatio* mayor contenido que la exigencia de un cómputo neto del daño que evite la sobrecompensación del acreedor. Salvo en una lamentable ocasión, nuestros tribunales no han considerado que el hecho de haber sido favorecido por el incumplimiento constituya una razón suficiente para desplazar un lucro obtenido por el acreedor al deudor, descontándolo de la indemnización», «La indemnización por resolución...», *op. cit.*, pp. 12 y 13.

¹⁶⁹ En este sentido SOLER PRESAS, A., afirma que «convendría que en el desarrollo de los PECL que pretende el DCFR se explicitara este limitado alcance de la “compensación de ventajas” evitando así el riesgo de que en la práctica se le otorgue una eficacia mayor», «La indemnización por resolución...», *op. cit.*, p. 13.

¹⁷⁰ STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and...*, *op. cit.*, p. 925: «the creditor must bring into account in reduction of damages any compensating gains which offset the loss; only the balance, the net loss, is recoverable. Similarly, in computing gains of which the creditor has been deprived, the cost which would have been incurred in making those gains is a compensating saving which must be deducted to produce a net gain. Compensating gains typically arise as the result of a cover transaction concluded by the creditor. But it is for the debtor to show that the transaction generating the gains was indeed a substitute transaction, as opposed to a transaction concluded independently of the default. A compensating saving occurs where the

de una suma resarcitoria equivalente al daño o a las pérdidas netas y a los beneficios o lucros netos dejados de percibir, lo que conlleva la realización de dos operaciones. La primera, dirigida a deducir de las pérdidas sufridas por el incumplimiento los beneficios obtenidos por el mismo. Y la segunda, al calcular los beneficios que el acreedor ha dejado de percibir, se le deben deducir los costes que habrían originado la obtención de los mismos y que no se han tenido que satisfacer. En definitiva, se configuran los gastos que hubieran supuesto obtener esas ganancias como un ahorro que debe ser compensado con las ganancias frustradas.

De la comparación del tratamiento otorgado por ambos textos a la *compensatio lucri cum damno*, se aprecia cómo el DCFR ni ha desarrollado ni añadido nada nuevo a lo ya previsto por los PECL.

Si, como se ha dicho, el concepto de daño adoptado por los PECL no se adecua a los postulados de la teoría de la diferencia¹⁷¹, la admisión en el comentario del artículo 9:502 de la *compensatio lucri cum damno* hasta sus últimas consecuencias, podría parecer una contradicción. Por ello, estimo que a dicha compensación debe atribuirse una eficacia limitada; sólo podrán ser compensadas cuando entre perjuicios y ventajas exista un estrecho vínculo causal, o, como indica DÍEZ-PICAZO, en sede de derecho de daños, «cuando daño e incremento patrimonial dependen del mismo hecho ilícito y se presenten como efectos de un mismo hecho que tenga por sí solo idoneidad suficiente para determinarlos»¹⁷². Considero que dicha inclusión en el comentario de dicho precepto es innecesaria. Si el propósito de la Comisión con la referencia a la *compensatio* es que el ejercicio del remedio indemnizatorio no conlleve aparejado un enriquecimiento de la parte perjudicada, y sólo la obtención del daño efectivamente producido, tal objetivo se consigue sobradamente desde el mismo momento en que se afirma como principio básico de la indemnización el meramente resarcitorio. Además, si, como se ha sostenido, sólo pueden ser indemnizables los daños que sean ciertos y efectivos, a ello sólo se podrá llegar deduciendo a los producidos las ventajas que el incumplimiento haya reportado al acreedor, sin que ello pueda llevarnos a la aceptación de una ilimitada

future performance from which the creditor has been discharged as the result of the non-performance would have involved the creditor in expenditure».

¹⁷¹ Como indica SOLER PRESAS, A., «la exigencia de la compensación de cualquier posible ventaja que hubiera obtenido el acreedor con ocasión del incumplimiento es consecuente con un concepto de daño ya superado: el preconizado por la Teoría de la Diferencia de F. MOmmsen», «La indemnización por resolución...», *op. cit.*, p. 11.

¹⁷² DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, V..., *op. cit.*, p. 342.

compensación de todos los beneficios más o menos remotos causalmente con los daños ¹⁷³.

Por otro lado, resulta por lo menos llamativo que en el comentario del artículo 9:502 se utilice la expresión *computation of loss and gains*, y en las notas la de *compensatio lucri cum damno* ¹⁷⁴. Estimo que una correcta interpretación de tal dualidad de expresiones puede obedecer a que los PECL, en su comentario, quieren hacer referencia a que la suma indemnizatoria debe referirse única y exclusivamente a los daños efectivamente producidos y a las ganancias netas dejadas de obtener como consecuencia del incumplimiento y, en modo alguno, están refiriéndose a la *compensatio lucri cum damno* tal y como ha sido tradicionalmente concebida por los defensores de la teoría de la diferencia. Lo que, insisto, no es más que la necesidad de calcular un montante indemnizatorio que sea fiel reflejo de los daños ciertos y efectivamente producidos. En cambio, la referencia en las notas a la *compensatio lucri cum damno*, no es más que una expresión identificadora de cómo se ha tratado la cuestión en los Derechos tomados como referencia.

Por último, debe advertirse que en nuestro Derecho la figura de la *compensatio lucri cum damno* ha sido fuertemente criticada por un amplio sector doctrinal ¹⁷⁵, y su refrendo jurisprudencial se ha limitado, en sede de responsabilidad extracontractual, a la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1981, que permitió la compensación de los daños ocasionados por la ruina provocada en un edificio, como consecuencia de la colisión de un camión, con el lucro obtenido por la posterior venta del solar tras la demolición del edificio a un tercero, calculado en el 25% del valor del edificio si hubiera sido reconstruido ¹⁷⁶.

¹⁷³ Así ha sido puesto de manifiesto para nuestro Derecho por ROCES, W., al afirmar que «si el daño, como dicho queda, ha de ser real y efectivo, claro es que sólo podrá apreciarse deduciendo el valor patrimonial de las ventajas que el propio acto dañoso acarree a la persona interesada. Sólo la diferencia podrá considerarse en Derecho «pérdida sufrida» o «ganancia dejada de obtener». No necesitaba la ley, en este punto, más explícitas normas. Es este uno de tantos corolarios que la doctrina y la práctica judicial han de encargarse de desprender de los preceptos de principio que el Código estatuye», «Breves acotaciones sobre el régimen de reparación de daños en el Derecho español», a la obra de FISCHER, H.A., *Los Daños Civiles y su reparación*, Traducido del alemán con concordancias y un Apéndice sobre el Derecho español por W. Rocés, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1928, p. 292.

¹⁷⁴ No ocurre lo mismo en el DCFR, que en el comentario al artículo III-3:702 emplea la expresión *computation of losses and gains*, y en sus notas de Derecho comparado la de *loss to be offset by gains*.

¹⁷⁵ *Vid.*, por todos DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, V..., *op. cit.*, pp. 341 a 344; PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario al artículo 1902...», *op. cit.*, p. 1991 y SOLER PRESAS, A., «La indemnización por resolución...», *op. cit.*, pp. 11 a 13.

¹⁷⁶ SSTS de 15 de diciembre de 1981, ponente D. Carlos de la Vega Benayas (RJ 1981, 5157), que declara no haber lugar al recurso interpuesto, confirmando la sentencia de la Audiencia, con la siguiente argumentación: «...la demolición del inmueble afectado por el accidente, lejos de irrogar perjuicios a los demandantes, les ha supuesto muy sustanciosos beneficios significados por la compensación de la venta

4. LOS TIPOS DE DAÑOS Y PERJUICIOS QUE SE INTEGRAN DENTRO DEL CONCEPTO DE DAÑO INDEMNIZABLE: EL ÁMBITO DEL RESARCIMIENTO

4.1 Introducción: los tipos de daños indemnizables

La cuestión que abordamos en este epígrafe es la determinación del daño resarcible, su comprensión. Es decir, cuáles son los tipos o clases de pérdidas que se comprenden dentro del concepto de daños y perjuicios en los PECL.

Con carácter previo al análisis de las distintas partidas que se integran dentro del daño indemnizable, debemos hacer hincapié en el significado conjunto de los párrafos segundos de los artículos 9:501 y 9:502, con el artículo 9:503, relativo al test de previsibilidad¹⁷⁷. Los párrafos citados, junto a la inclusión, vía comentario al artículo 9:502 de los daños indirectos, establecen cuáles son los tipos de pérdidas que pueden ser indemnizadas al perjudicado, abordando el problema de la comprensión, del contenido y de la determinación de qué daños son los indemnizables. Por su parte, el artículo 9:503 responde a la cuestión de la extensión de los daños indemnizables, de cuáles de las pérdidas sufridas se encuentran en relación causal con el incumplimiento, o lo que es lo mismo, hasta qué perjuicios debe responder el que incumple el contrato, dependiendo dicha extensión de actuar el incumplidor de forma deliberada o

del inmueble solar a un tercer constructor, calculados en un 25 % del valor del nuevo edificio ya construido (72.300.000 ptas), del que recibieron dos viviendas nuevas y otras sumas complementarias, que las actoras no niegan, lo cual le lleva a la conclusión de valorar el real perjuicio sufrido en los términos que la sentencia indica, en cantidad notablemente inferior a la solicitada. Que si se tiene en cuenta, como es natural y correcto, que la finalidad de la reparación que al perjudicado concede el art. 1902 del C. Civ. es la de que aquél quede justamente resarcido, acercándose la indemnización, dentro de lo posible, a restaurar el estado de las cosas a la situación anterior al evento dañoso –SS. De 6 de diciembre 1912, 9 abril 1913, 26 junio 1913, etc–, habrá que concluir, como lógico corolario, que el perjudicado no podrá recibir más que el equivalente del daño efectivo y que, en su caso, de haber obtenido alguna ventaja ésta habrá de tenerse en cuenta al cuantificar aquel resarcimiento (“compensatio lucri cum damno”), siempre, que por supuesto, que exista relación entre el daño y la ventaja, según la opinión de autorizada doctrina, lo cual, en definitiva, no es más que la aplicación del tradicional y siempre vigente principio de la prohibición de enriquecimiento injusto». *Vid.*, CARRASCO PERERA, A., *Derecho de...*, *op. cit.*, pp. 1168 y 1169.

¹⁷⁷ La estrecha relación entre lo regulado por los arts. 1106 y 1107 del CC se pone de manifiesto en la CISG, cuyo art. 74 al disponer que «*la indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debería haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato*» concede una redacción conjunta a la cuestión de la descripción de las partidas del daño indemnizable y de la delimitación de la serie causal de los mismos, si bien no contemplan en su articulado las cuestiones de los daños morales y los futuros.

gravemente negligente o no. Siguiendo las reflexiones de CARRASCO PERERA respecto de los artículos 1106 y 1107 CC¹⁷⁸, el artículo 9:503 establecería una concreción de la serie de daños que resultarían imputables al incumplimiento del deudor, y dentro de la serie de daños imputables al deudor es donde operan los párrafos segundos de los artículos 9:501 y 9:502, estableciendo el principio de reparación integral del daño. Éstos dibujan las partidas que se integran dentro del daño resarcible y aquél limita las que resultan imputables al deudor incumplidor. De ello deriva que el artículo 9:503 deba ser comprendido con carácter previo a los párrafos que venimos comentado¹⁷⁹.

Los PECL no se conforman con establecer el principio de reparación integral del daño, sino que en su propio articulado descienden a la concreción de qué tipos de pérdidas serán resarcidas como daños indemnizables, lo que sin duda aporta una mayor claridad al principio de partida enunciado, delimitando el contenido propio de la indemnización. Una vez afirmado el criterio general de cálculo de los daños y perjuicios en el párrafo primero de su artículo 9:502, el párrafo segundo dispone que «*la indemnización por daños comprende las pérdidas efectivamente sufridas por la parte perjudicada y las ganancias que haya dejado de obtener*». Pero, tal concreción no se agota aquí, ya que también el párrafo segundo del artículo 9:501 dispone

¹⁷⁸ Esta misma relación es puesta de manifiesto en nuestro Derecho, respecto de los arts 1106 y 1107 del CC. Señala DE ÁNGEL YÁGUEZ, R., que «lo que ocurre es que el 1.106 se refiere a la determinación de qué daños son los indemnizables, mientras que el 1.107 responde a la pregunta de cuál es el límite causal de los daños objeto de indemnización, es decir, hasta qué consecuencias dañosas responde el deudor, habida cuenta que entre el incumplimiento, el cumplimiento defectuoso o el tardío y las últimas consecuencias lesivas sufridas por el acreedor puede existir un encadenamiento o curso causal que obliga a plantearse la cuestión de la extensión del daño resarcible», «Comentario a los artículos 1.106 y 1.107 del Código Civil», en AA. VV., *Jurisprudencia Civil Comentada, Código Civil*, Tomo II, (dirigido Miquel Pasquau Liaño), Comares, Granada, 2000, p. 45. También, al respecto, se pronuncia CARRASCO PERERA, A., afirmando que «el art. 1106 CC determina cuáles son las partidas del daño resarcible, a saber “no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor”. El art. 1107 CC describe el ámbito material de los daños resarcibles que se han de imputar al deudor, y comprenderse en el resarcimiento debido, distinguiendo entre el deudor no doloso, el cual responde de los daños “previstos o que hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento”, y el deudor doloso, que estará sujeto a resarcir “todos (los daños) que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación”», *Derecho de..., op. cit.*, p. 1163.

¹⁷⁹ CARRASCO PERERA, A., afirma en relación a los arts. 1106 y 1107 que «la duplicidad de normas que hoy constituyen los arts. 1106 y 1107 CC puede llevar a algún equívoco si se aceptara sin más la expresión textual del artículo 1106, *in fine*, de que el artículo 1107 es una “salvedad” a lo dispuesto en aquél. No hay tal cosa. El art. 1107 CC es una determinación de la serie de daños imputables al deudor. Dentro de esta serie de daños es donde actúa el art. 1106 CC, y establece que, dentro del límite del daño imputable, rige la regla de indemnización de todo daño emergente y todo lucro cesante (*full damages rule*). Mientras el art. 1106 CC describe las partidas del daño resarcible, el art. 1107 CC delimita la serie de los mismos que estarán a cargo del deudor. La norma del art. 1107 CC es, lógicamente, de comprensión previa a la del art. 1106 CC», *Derecho de..., op. cit.*, p. 1164.

que «*las pérdidas que cubre esta indemnización incluyen: (a) Pérdidas no pecuniarias. (b) futuras pérdidas que se darán previsible y razonablemente*». Consideramos que tal vez hubiera sido más acertado desde un punto de vista sistemático, que el artículo 9:501 se hubiera limitado sólo a establecer los presupuestos del derecho a la indemnización y concentrar en el artículo siguiente, el 9:502, junto al principio de reparación integral, las distintas partidas que se integran dentro del daño indemnizable. Así, el tenor literal que estimo más adecuado: «*la indemnización por daños y perjuicios consiste en general en un importe que coloque a la parte perjudicada en una posición lo más próxima posible a la que hubiera disfrutado de haberse ejecutado correctamente los términos del contrato. La indemnización por daños comprende las pérdidas efectivamente sufridas por la parte perjudicada y las ganancias que haya dejado de obtener. Así como las pérdidas no pecuniarias y futuras pérdidas que se darán previsible y razonablemente*»¹⁸⁰. Y ello, sin olvidar que en el comentario al artículo 9:502 se establece expresa-

¹⁸⁰ La misma crítica sistemática puede realizarse de los arts. III-3:701 y III-3:702 DCFR. Así, el primero de ellos dispone que «(1) *The creditor is entitled to damages for loss caused by the debtor's non-performance of an obligation, unless the non-performance is excused. (2) The loss for which damages are recoverable includes future loss which is reasonably likely to occur. (3) "Loss" includes economic and non-economic loss. "Economic loss" includes loss of income or profit, burdens incurred and a reduction in the value of property. "Non-economic loss" includes pain and suffering and impairment of the quality of life*». Siendo el tenor literal del III-3:702 que «*the general measure of damages for loss caused by non-performance of an obligation is such sum as will put the creditor as nearly as possible into the position in which the creditor would have been if the obligation had been duly performed. Such damages cover loss which the creditor has suffered and gain of which the creditor has been deprived*». Pero, además, duplica el DCFR en ambos arts. la referencia al carácter indemnizatorio del daño emergente y el lucro cesante. Igualmente puede predicarse de los PICC, cuyo art. 7.4.2 dispone que «(1) *La parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral del daño causado por el incumplimiento. Este daño comprende cualquier pérdida sufrida y cualquier ganancia de la que fue privada, teniendo en cuenta cualquier ganancia que la parte perjudicada haya obtenido al evitar gastos o daños y perjuicios. (2) Tal daño puede ser no pecuniario e incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico y la angustia emocional*» y el 7.4.3 que establece que «(1) *La compensación sólo se debe por el daño, incluyendo el daño futuro, que pueda establecerse con un grado razonable de certeza. (2) La compensación puede deberse por la pérdida de una expectativa en proporción a la probabilidad de que acontezca. (3) Cuando la cuantía de la indemnización de los daños y perjuicios no puede establecerse con suficiente grado de certeza, queda a discreción del tribunal fijar el monto del resarcimiento*». La recientemente aprobada CESL, claramente inspirada en los principios ya consagrados en los PECL y en el DCFR, dispone en su art. 159 que «1. *El acreedor tendrá derecho a percibir una indemnización por las pérdidas derivadas del incumplimiento de una obligación por parte del deudor, salvo que pueda justificarse el incumplimiento. 2. Las pérdidas futuras que el deudor puede esperar también darán derecho a una indemnización por daños y perjuicios*», siendo el tenor literal del artículo 160 que «*el cálculo de la indemnización por pérdidas ocasionadas por el incumplimiento de una obligación se hará de forma que el acreedor quede en la posición en la que se habría encontrado si se hubiera cumplido debidamente la obligación, o de no ser posible, en una posición lo más parecida posible. La indemnización cubrirá las pérdidas que el acreedor haya sufrido y las ganancias que haya dejado de obtener*». Tal vez resulte prematuro realizar una valoración de la aportación y transcendencia que en la práctica de la Unión Europea tendrá dicha normativa, pero lo considero un paso hacia atrás, habiendo tenido como guías a los PECL y al DCFR, es la no inclusión en su articulado de la referencia al daño no patrimonial.

mente que «*el perjudicado puede percibir el importe de aquellas pérdidas que resulten de determinadas circunstancias particulares, siempre que sean previsibles en el sentido del artículo 9:503. En la práctica anglo-americana esas pérdidas se denominan “consequential loss” (pérdidas subsiguientes o consiguientes o pérdidas derivadas)*». En definitiva, los PECL¹⁸¹ otorgan naturaleza resarcitoria a lo que en nuestro Derecho se denominan los «daños indirectos» o «daños de rebote»¹⁸².

De lo anteriormente dicho, y apoyándonos en el concepto de daño que hemos adoptado, cabría ampliarlo definiéndolo como cualquier tipo de consecuencia perjudicial, menoscabo o detrimento, ya sea patrimonial o no patrimonial, presente o futuro, directo o indirecto, que sufre una parte contratante derivada de un incumplimiento injustificado del contrato¹⁸³. Por tanto –y repetimos– el concepto de daños y perjuicios que acogen los PECL es omnicompreensivo.

De todo ello se colige que de las partidas que se integran dentro del daño indemnizable, pueda realizarse una triple clasificación, dependiendo del criterio que se tenga en consideración.

a) Atendiendo a la naturaleza del interés protegido, se distingue entre daños patrimoniales y no patrimoniales¹⁸⁴. Los primeros (también denominados daños materiales) son los que ocasionan detrimentos o menos-

¹⁸¹ El mismo método de extensión de la naturaleza resarcitoria a los daños indirectos es el empleado por el DCFR, que expresamente en el comentario del art. III-3:702, de forma especular a la del art. 9:502 PECL, dispone que «in addition to the primary claim for loss of what was due (that is, the loss which any creditor would be likely to suffer the non-performance) the creditor can recover for foreseeable loss resulting from the particular circumstances. Such loss is sometimes termed “consequential loss”», STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and...*, *op. cit.*, p. 924.

¹⁸² Los daños indirectos serán estudiados en el epígrafe: 4.6. «Los daños directos e indirectos».

¹⁸³ En nuestro Derecho, por lo que respecta a las partidas integrantes del daño resarcible, el art. 1106 disponiendo 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, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes» hace alusión exclusivamente a la naturaleza resarcitoria del daño emergente y del lucro cesante. Considero que la Comisión de Codificación al disponer en el art. 1207 PMCC que «la indemnización de daños y perjuicios comprende no solo el valor de la pérdida que haya sufrido el acreedor, sino también de la ganancia que haya dejado de obtener» ha dejado pasar la oportunidad de consagrar normativamente, lo que es reiterada jurisprudencia, el carácter indemnizatorio de los daños morales y los indirectos. No obstante, debe aplaudirse a la Comisión la novedad, desde un punto de vista normativo, de concretar que «para la estimación del lucro cesante se atenderá a la probabilidad de su obtención según el curso normal de los hechos y circunstancias», lo que es consecuencia de la interpretación aperturista de la apreciación del lucro cesante que viene realizando nuestro Tribunal Supremo, y que será abordada en el epígrafe «d) La doctrina jurisprudencial en torno al lucro cesante». Sobre el art. 1207 PMCC, *vid.*, GÓMEZ CALLE, E., «Los remedios ante...», *op. cit.*, p. 85.

¹⁸⁴ Sobre la justificación del empleo de la expresión «daño no patrimonial», *vid.* posteriormente el epígrafe «g) La superación de la expresión daño moral por la de daño no patrimonial».

cabos en los intereses patrimoniales del perjudicado. Por contra, los segundos (también denominados daños inmateriales) son los que afectan a su esfera personal.

b) Tomando como criterio delimitador el espacio temporal en el que se manifiestan los resultados o consecuencias perjudiciales para el acreedor, ya patrimoniales o no patrimoniales, se distingue entre daños presentes y futuros.

c) Por último, la clasificación entre daños directos e indirectos se realiza tomando como punto de referencia que se produzcan en la estricta esfera o ámbito del objeto del contrato o no. También podría definirse el daño directo como el daño inmediato al incumplimiento del contrato, y el indirecto como el mediato o remoto al mismo; y ello sin olvidar que ambos tipos de daños se encuentran vinculados con el incumplimiento por el nexo causal.

Debe advertirse, como ya se analizará, que las distintas clasificaciones de los daños son predicables de cualquiera de ellos, así, por ejemplo, un daño patrimonial puede ser presente o futuro y directo o indirecto, lo que de forma especular es atribuible al no patrimonial. Lo mismo puede afirmarse de las dos partidas (daño emergente y lucro cesante) que se integran en el daño patrimonial.

De las distintas clasificaciones, la relativa a los patrimoniales y no patrimoniales es la que ha sido objeto de un estudio más detenido por la doctrina¹⁸⁵, ya que la mayoría acomete el estudio de la indemnización de los daños contractuales partiendo de tal distinción, obviando, o tratando de manera superficial, ya sea en sede de responsabilidad contractual o extracontractual, las otras formas de clasificar los daños¹⁸⁶.

¹⁸⁵ Entre los autores que han abordado el estudio de los daños patrimoniales y no patrimoniales, *vid.*, entre otros: CARRASCO PERERA, A., *Derecho de...*, *op. cit.*, pp. 1199 a 1219 y 1230 a 1240; DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II...*, *op. cit.*, pp. 791 y 794 y DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, V...*, *op. cit.*, pp. 116 a 123 y 344 a 348; LARENZ, K., *Derecho de obligaciones...*, *op. cit.*, pp. 194, 195, 207 a 211 y 231 a 233; NAVEIRA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, pp. 77 a 166; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, pp. 150 a 166.

¹⁸⁶ Ya sea en sede de responsabilidad contractual o extracontractual, han tratado el tema de los daños directos e indirectos: LARENZ, K., *Derecho de obligaciones...*, *op. cit.*, pp. 194 y 195; NAVEIRA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, pp. 170 a 182; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, pp. 148 y 149. En la mismas sedes, el problema de los daños presentes y futuros ha sido objeto de estudio por: MOISSET DE ESPANES, L., «Reflexiones sobre el “daño actual” y el “daño futuro”, con relación al “daño emergente” y al “lucro cesante”», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1975, pp. 195 a 204; NAVEIRA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, pp. 166 a 169; OTERO CRESPO, M., *La Responsabilidad Civil del Auditor de Cuentas*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 57 y 58; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, pp. 149 y 150.

4.2 La distinción entre daños patrimoniales y no patrimoniales

Antes de abordar el análisis de las partidas que se incluyen dentro de los daños patrimoniales y no patrimoniales¹⁸⁷, estimo necesario profundizar en la diferenciación entre unos y otros tipos de daños¹⁸⁸.

¹⁸⁷ Estimo más correcta la expresión daños no patrimoniales que la de daños morales, si bien ésta última fue la adoptada por nuestro Derecho por influencia de la expresión «*dommage moral*» del Código francés, no sólo por ser más fiel a la expresión «*non-pecuniary loss*» empleada por la versión en inglés de los PECL, correctamente traducida en la versión en castellano como *pérdidas no pecuniarias*, e incluso a la de *non-economic loss* empleada por el DCFR, sino fundamentalmente por ser más descriptiva y englobar mejor los diferentes menoscabos o detrimentos a los que hacen alusión. Recuérdese que en el comentario al artículo 9:501 se establece expresamente que «*las pérdidas reparables no se limitan a las pérdidas pecuniarias, sino que pueden cubrir también, por ejemplo, daños o sufrimientos, molestias o la carga psicológica o “daños morales” que el incumplimiento de la prestación suponga para la otra parte*». LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, op. cit., p. 641. Una adecuada interpretación del comentario debe ser realizada en el sentido de que su enumeración claramente ejemplificativa de a qué se refieren bajo la denominación de daños no patrimoniales, deja abierta la posibilidad de considerar como daño no patrimonial digno de tutela todos los daños y perjuicios que incidan sobre la esfera personal del perjudicado, por lo que es una descripción *numerus apertus* del daño moral. Con mayor contundencia sobre los daños no patrimoniales se muestra el DCFR. El párr. tercero del art. III-3:701 comprende, con mayor extensión que la contenida en el art. 9:501 de los PECL, como daños no patrimoniales el dolor, el sufrimiento y el deterioro en la calidad de vida. Además, en el comentario de dicho artículo se prevé como indemnizables de forma meramente ejemplificativa que «*recoverable loss is not confined to economic or pecuniary loss but may cover, for example, pain and suffering, inconvenience, mental distress and any other impairment of the quality of life resulting from the failure to perform*», STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and...*, op. cit., p. 917. En la misma línea aquí sostenida se manifestó DE CUPIS, A., al afirma que «los daños no patrimoniales se llaman frecuentemente “*morales*”; con lo que se traduce la expresión empleada por la doctrina francesa de “*dommage moral*”. Nuestro legislador, sin embargo, prefiere emplear “daño no patrimonial” (art. 2.059 C. C., 185 C. P.); con lo que ha continuado el ejemplo del Código civil alemán que habla del daño “*der nicht Vermögensschaden ist*” (parágrafo 253, 847, 1.300). Tal expresión es, en efecto, preferible en cuanto sirve mejor para representar íntegramente la categoría a que nos estamos refiriendo», *El Daño. Teoría...*, op. cit., p. 124.

¹⁸⁸ Como ya hemos advertido, tal ha sido la clasificación objeto de mayor atención por nuestra doctrina, justificándose con acierto por NAVEIRA ZARRA, M.M, quien expone que «esta circunstancia guarda relación con la trascendencia práctica que la aludida clasificación presenta frente a las otras, puesto que de la calificación de un daño como patrimonial o no patrimonial va a depender, en gran medida, el recurso a una o a otra forma de reparación, así como los criterios empleados para llevar a cabo la valoración pecuniaria del perjuicio a los efectos de la reparación por equivalente. En efecto, la reparación en forma específica o *in natura* cumple su función primordialmente en el campo de los daños patrimoniales, resultando menos adecuada por lo que a los perjuicios inmateriales se refiere. Ello se explica en razón de la diversa naturaleza de los intereses que constituyen el objeto de una y otra clase de daños. En efecto, consistiendo esta forma de reparación en la compostura, reposición o sustitución del bien o derecho dañado, no hay duda que la misma será mucho más adecuada frente a los perjuicios patrimoniales que frente a los inmateriales, ya que éstos últimos afectan, por lo general, a intereses o derechos pertenecientes al intimismo de la persona que los sufre y, por tal razón, suelen resultar irreparables e insustituibles. Por su parte, la reparación por equivalente se admite sin problemas en relación con los daños patrimoniales, mientras que su admisión con respecto a los extrapatrimoniales fue el resultado de una compleja evolución doctrinal y jurisprudencial y, aunque aceptada hoy de modo prácticamente unánime, sigue suscitando cuestiones, como la relativa al modo de proceder a su valoración. La razón de ese inicial rechazo de la reparación pecuniaria de los perjuicios no patrimoniales se basaba en la circunstancia de que, frente los perjuicios materiales, que son susceptibles de una valoración objetiva sobre la base de criterios de mercado, los daños extrapatrimoniales escapan de una valoración directa, ya que los intereses afectados no son, en principio y directamente, traducibles a términos pecuniarios», *El resarcimiento del daño...*, op. cit., pp. 78 y 79.

Hemos definido el daño como cualquier tipo de consecuencia perjudicial, menoscabo o detrimento, ya sea patrimonial o no patrimonial, presente o futuro, directo e indirecto, que sufre una parte contratante derivada de un incumplimiento injustificado del contrato. Debemos centrarnos, pues, en delimitar cuándo se entiende que se ha sufrido un daño patrimonial o no patrimonial.

Resulta necesario conectar el menoscabo o detrimento con el carácter patrimonial o no del interés insatisfecho, es decir, con lo que es objeto del perjuicio. Cuando se produce el incumplimiento de un contrato decimos que se ha lesionado el interés del perjudicado, que debe ser tutelado ante las vulneraciones y quebrantos de sus intereses¹⁸⁹. Cuando hacemos referencia al interés de un contratante, nos estamos situando en la esfera de la satisfacción que una persona espera obtener, satisfacción que se obtiene respecto de algo, y ese algo puede ser un bien material o inmaterial, pero el bien es un mero instrumento para obtener satisfacciones, el bien sirve al interés como presupuesto necesario. Por lo que, ante un menoscabo o perjuicio que produce un daño en la parte perjudicada, tenemos que calificar el tipo de interés. En función de que el interés que sufre el perjuicio sea material o inmaterial, estaremos en presencia de un daño patrimonial o no. Debe quedar claro que lo que otorga carta de naturaleza al daño patrimonial o no patrimonial no es el objeto sobre el que recae el interés, sino en el interés mismo. Estaremos en presencia de un daño patrimonial cuando se haya perjudicado un interés de tal naturaleza y, por el contrario, estaremos ante un daño no patrimonial, cuando el interés vulnerado sea inmaterial y ello con independencia de cuál sea el objeto que produce la satisfacción del interés¹⁹⁰.

¹⁸⁹ En tal sentido afirma NAVEIRA ZARRA, M.M., que «la alusión a los intereses tiene una explicación sencilla, que se desprende de la consideración de que el Derecho no tutela bienes, sino intereses. Por ello, solamente la lesión de un interés ajeno jurídicamente protegido puede llegar a constituir un daño en sentido jurídico. En este punto, se hace preciso señalar que –como ya dejamos apuntado– cuando hablamos de intereses tutelados o protegidos por el Derecho, no sólo aludimos a aquellos que se presentan bajo la forma de derechos subjetivos, sino también a los denominados intereses legítimos e, incluso a las expectativas ciertas y legítimas», *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, pp. 79 y 80.

¹⁹⁰ Es la idea sostenida por DE CUPIS, A., quien afirma que «...El objeto del daño se identifica con el objeto de la *tutela jurídica* y consiguientemente, es siempre un *interés humano*... el objeto del daño en sentido jurídico se configura como *más limitado* respecto al objeto del daño entendido genéricamente; pues que, mientras el objeto del daño genéricamente entendido es *cualquier situación favorable*, que se refiera o no a seres humanos, objeto del daño en sentido jurídico no puede ser más que un *interés humano* jurídicamente tutelado... Reconocido en el interés humano el objeto del daño en sentido jurídico, importa ahora determinar el concepto de interés. Este concepto no se puede concebir si no se explica precedentemente la noción de *bien*, en relación a la cual deviene *complementario* (pues que el bien, de hecho, constituye el *presupuesto* del mismo interés). El concepto de *bien* puede ser fácticamente determinado, considerando que se identifica con todo lo que puede satisfacer una *necesidad*. La *necesidad*, a su vez, es una exigencia, un menester, que proviene de la falta de ciertas cosas por lo que tiende a la propia satisfacción y postula, consiguientemente, al *bien*», *El Daño. Teoría...*, *op. cit.*, pp. 107 a 109. La anterior concepción, del daño como patrimonial o no en función de la naturaleza del interés dañado, ha sido también acogida por NAVEIRA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, pp. 79 y 80.

Como se ha afirmado, siguiendo a DE CUPIS, el objeto del daño es el interés vulnerado, y éste, pudiendo ser tanto patrimonial como no patrimonial, obliga a delimitar a qué nos estamos refiriendo con el adjetivo patrimonial, qué notas o características cualifican la patrimonialidad del interés. Describe dicho autor la patrimonialidad como «una necesidad económica, por lo que patrimonial es, precisando más, cualquier bien exterior respecto al sujeto, que sea capaz de clasificarse en el orden de la riqueza material –y por esto mismo valorable, por su naturaleza y tradicionalmente, en dinero–, idóneo para satisfacer una necesidad económica»¹⁹¹. De la anterior descripción se extraen los presupuestos o caracteres que lo configuran, a saber: exterioridad en relación al sujeto que lo padece, valorable en dinero y susceptible de satisfacer una necesidad económica. Si, como ya se ha afirmado, el bien sirve de presupuesto al interés, el patrimonial «consiste en la utilidad que a un determinado individuo puede suministrar un bien patrimonial, es decir, en el beneficio patrimonial considerado en relación a un sujeto. Y daño patrimonial es el daño que tiene por objeto tal interés»¹⁹². Por el contrario, se configuran como bienes extrapatrimoniales aquellos que adolezcan de ser valorables en dinero y no sean susceptibles de satisfacer una necesidad económica, con independencia de que sean exteriores o interiores a una persona. Al respecto, indica NAVIERA ZARRA, siguiendo los postulados de DE CUPIS, que «serán bienes extrapatrimoniales aquellos otros que carezcan de las notas apuntadas, es decir, los que no sean susceptibles de valorabilidad pecuniaria y que no respondan a una necesidad económica. No es preciso, en cambio, que se trate de bienes interiores o inherentes al sujeto, ya que, al contrario, existen bienes exteriores a la persona que sirven a la satisfacción de intereses extrapatrimoniales (*v. gr.*, la obra de ingenio, el animal de compañía por el que se siente cariño, etc.). El interés extrapatrimonial estará constituido así por la utilidad no económica (física, espiritual, intelectual, emocional...) que un bien puede reportar a una persona, de lo cual se desprende que la lesión inferida a este tipo de intereses integrará la categoría de los daños extrapatrimoniales»¹⁹³.

Una vez definidos los conceptos de daño patrimonial y no patrimonial, debemos afirmar que, al no estar vinculados necesariamente con un perjuicio en un bien patrimonial o no patrimonial, sino en la naturaleza que el interés representa para la parte que lo sufre, de un incumplimiento que cause un detrimento en un bien patrimonial pueden derivar a la vez un daño patrimonial y no patrimonial¹⁹⁴. Por ejemplo, pensemos en una prestigiosa empresa de ordenadores

¹⁹¹ DE CUPIS, A., *El Daño. Teoría...*, *op. cit.*, p. 121.

¹⁹² DE CUPIS, A., *El Daño. Teoría...*, *op. cit.*, p. 122.

¹⁹³ NAVIERA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, p. 81.

¹⁹⁴ DE CUPIS, A., *El Daño. Teoría...*, *op. cit.*, pp. 124 y 125.

que como consecuencia de una partida defectuosa de software realizada por su proveedor pone a la venta unos ordenadores que pronto resultan inoperantes y defectuosos para su uso. Junto a la pérdida de ventas que le puede producir tales defectos, lo que constituiría una sensible pérdida de beneficios y, por tanto, un daño patrimonial, podría producirse una pérdida de prestigio y de nombre comercial, lo que nos situaría en la esfera de los daños no patrimoniales. Un único hecho, los defectos de los materiales del proveedor, provocan la lesión de los dos intereses, el patrimonial y no patrimonial¹⁹⁵. También podría ocurrir a la inversa, un detrimento o menoscabo en un bien no patrimonial puede conllevar la producción de daños no sólo no patrimoniales, sino también patrimoniales. Como ejemplo, podríamos pensar en una modelo de prestigio internacional que durante los preparativos para una sesión de pasarela sufre un corte de tijera por el peluquero que le provoca la pérdida de un ojo. Además de la lesión del interés no patrimonial que le ocasiona la pérdida de visión, podría ocurrir que, como consecuencia del desgraciado accidente de la modelo, no pudiera desempeñar en lo sucesivo su profesión, lo que sin duda le reportará un daño patrimonial, al verse privada de la obtención de los beneficios económicos que su trabajo le permitía.

Al hilo de los ejemplos descritos, la solución del interés de la persona como objeto del daño, calificándolo como patrimonial o no patrimonial en sentido estricto, soluciona el problema de los denominados daños patrimoniales indirectos y daños morales impropios¹⁹⁶. Como daños patrimoniales indirectos se denominan las lesiones que, si bien tenían por objeto intereses no patrimoniales, repercutían a la vez en su patrimonio: el supuesto de la modelo que como consecuencia de sufrir un daño corporal, por la pérdida de un ojo, no puede seguir desarrollando su trabajo. Por el contrario, se habla de daños morales impropios cuando afectando directamente al patrimonio también provocan daños inmateriales. Un ejemplo podría ser el sufrimiento y desánimo que padece el señor que tiene un especial cariño por un álbum de fotos con retratos de varias generaciones de todos sus familiares y, al acordar una nueva encuadernación del mismo, se destruye como consecuencia de un incendio produci-

¹⁹⁵ Lo que ha sido confirmado por la STS de 3 de junio de 1991, ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1991, 4407), como consecuencia de los desperfectos producidos en unos cuadros cedidos por su prestigio autor, manifestando que «en consecuencia, el problema se centra en que, a partir de un mismo hecho, pueden producirse simultáneamente, daños materiales que repercuten en el patrimonio del perjudicado y son susceptibles de evaluación patrimonial y un daño moral, relacionado o derivado de aquél, que alcanza a otras realidades extrapatrimoniales, bien de naturaleza afectiva, como son los sentimientos, bien referida al aspecto social de la repercusión creadora, y también abarca, en proyección de heterogeneidad, otras situaciones motivadoras de efectivos y trascendentales daños morales».

¹⁹⁶ Rechazan, en coherencia con los argumentos expuestos, los denominados daños patrimoniales indirectos y daños morales impropios, GARCÍA LÓPEZ, R., Responsabilidad civil por daño moral, Bosch, Barcelona, 1990, p. 80 y NAVEIRA ZARRA, M.M., El resarcimiento del daño..., *op. cit.*, p. 80.

do en el taller del profesional que lo estaba arreglando, por una negligencia del mismo¹⁹⁷.

Por todo lo anterior, debemos concluir, como ha señalado NAVEIRA ZARRA, que «tanto los daños patrimoniales como los extrapatrimoniales pueden estar ligados indistintamente a bienes de una u otra naturaleza porque lo decisivo es el interés afectado, no el bien sobre el que recae directamente el hecho dañoso»¹⁹⁸.

4.3 Las partidas que se integran dentro del daño patrimonial

4.3.1 DAÑO EMERGENTE, LUCRO CESANTE Y VALOR DE LA PRESTACIÓN

Las partidas indemnizatorias que se integran dentro del concepto de daño patrimonial, que serán objeto de estudio a continuación, son el daño emergente, constituido por las pérdidas sufridas en el patrimonio de la parte perjudicada, y el lucro cesante, que aglutina los ingresos o ganancias de las que dicha parte ha sido privada. No obstante lo anterior, debe advertirse que ambas partidas indemnizatorias no tienen por qué concurrir en todos los tipos de incumplimientos, pudiendo darse tres situaciones: que bien exista sólo daño emergente, o bien lucro cesante, o que concurren ambas partidas indemnizatorias.

Hemos considerado adecuado analizar previamente la cuestión de la integración en el concepto de daño indemnizable del valor de la prestación incumplida, que como se analizará constituye la primera y más elemental de las partidas que se integran dentro del daño emergente¹⁹⁹. Como ya hemos anticipado prece-

¹⁹⁷ El rechazo de los daños patrimoniales indirectos y daños morales impropios ha obtenido su ratificación jurisprudencial en la STS de 25 de noviembre de 2002, ponente D. Antonio Gullón Ballesteros (RJ 2002, 10274), sosteniendo, en el litigio surgido entre una modelo y dos entidades mercantiles, como consecuencia de la publicación en una conocida revista de unas fotografías de la actora, la tesis ya defendida por GARCÍA LÓPEZ y NAVEIRA ZARRA, de que «carece de toda consistencia –que no se la puede dar el adverbio– tal obligación de reparar que se quiere cobijar al parecer bajo el concepto de “daños morales impropios”, pues no hay más daño moral que el que resulte para el estado personal de la víctima la intromisión ilícita en sus derechos de la personalidad. Si esa intromisión tiene repercusiones en su patrimonio, las disminuciones que sufra son daños patrimoniales y como tal han de ser tratados. La moderna doctrina jurídica abandonó hace tiempo la distinción entre daños con repercusión sólo en la persona física o psíquica de la víctima, y con repercusión también en su patrimonio. La más autorizada sostiene que el daño moral debe reducirse al sufrimiento o perturbación de carácter psicofísico en el ámbito de la persona a consecuencia de lesiones de derechos de la personalidad». Este razonamiento del TS ha sido acogido literalmente por la SAP de Madrid (sección 19.ª) de 19 de enero de 2004, ponente D. Ramón Ruiz Jiménez (JUR 2004, 251552) y por la del Juzgado de Primera Instancia Número 40 de Madrid de 9 de enero de 2009, magistrado D. Juan José Escalonilla Morales (AC 2011, 556).

¹⁹⁸ NAVEIRA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño...*, op. cit., p. 82.

¹⁹⁹ MESSINEO, F., en relación a la valoración del daño directo, ha afirmado que «el concepto de «daño emergente» es concepto fácil de comprender; es el elemento constituido por la prestación que falta, tomada en sí misma», *Manual de Derecho Civil y Comercial, tomo IV, Derecho de las Obligaciones, Parte General*, traducción de Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1970, p. 248.

dentamente y desarrollaremos a continuación, ello ha sido objeto en nuestro Derecho de dos posturas contrapuestas: autores que sostienen que el valor de la prestación incumplida o *aestimatio rei* discurre por un camino diferente del propio de la indemnización de daños y perjuicios del artículo 1101 CC, y aquellos otros, que entienden no constituye un valor independiente de tal indemnización.

4.3.2 LA INTEGRACIÓN EN EL CONCEPTO DE DAÑO INDEMNIZABLE DEL VALOR DE LA PRESTACIÓN INCUMPLIDA

Anteriormente, han sido objeto de análisis las cuestiones relativas a si tiene cabida en nuestro Derecho la doctrina del daño *in re ipsa* y si existe o no un doble sistema de responsabilidad contractual. Si bien ya se ha adelantado cuál es la postura que entendemos adoptada por los PECL, trataremos ahora de ofrecer una respuesta convincente a los dos interrogantes siguientes: ¿Tiene cabida en los PECL la doctrina del daño *in re ipsa*? ¿Existen en ellos un doble sistema de responsabilidad, uno para la prestación debida y otro para los ulteriores daños, o, por el contrario, existe un único régimen aglutinador de todas las partidas indemnizatorias?

Acudamos al sistema de remedios articulado por los PECL. Ante un incumplimiento injustificado del contrato, la parte que lo sufre tiene derecho a ejercitar la pretensión de cumplimiento, suspender el cumplimiento, la resolución del contrato, la reducción del precio de la prestación y la indemnización de los daños y perjuicios. En los Capítulos 8 y 9 de los PECL no se establece una jerarquía entre los diferentes remedios; la parte que sufre el incumplimiento podrá acudir a cualquier remedio sin que exista un orden preestablecido, y ello siempre y cuando se den los presupuestos necesarios para poder ejercitarlos. Siendo cierto que los diferentes remedios se encuentran situados en un mismo plano, sin que exista una jerarquía entre ellos, también debe tenerse presente que la parte perjudicada por el incumplimiento en la elección y ejercicio de los remedios debe actuar de conformidad con el principio de la buena fe.

Pongamos un ejemplo: un fabricante de lavadoras celebra un contrato el día 5 de enero con el propietario de una tienda de electrodomésticos, en virtud

También CRISTÓBAL MONTES, A., sostiene que «la pérdida del acreedor es clara, ya que se ha producido la ruptura del *statu quo* por el hecho de que un derecho existente y nítidamente caracterizado ve impedida su actuación en virtud de circunstancias atribuibles al deudor. El resarcimiento del daño consecuente tiene que contemplar en primer término esta realidad, porque la misma constituye el impacto directo que experimenta el acreedor al tener lugar el incumplimiento del vínculo. La pérdida que con más evidencia sufre el titular del crédito viene dada por el hecho de la irrealización del mismo y está constituida genéricamente, escribe Bianca, por la violación del interés del acreedor a la consecución del bien debido y a la consecución de los otros bienes que integran actualmente su patrimonio», *El incumplimiento de..., op. cit.*, p. 235.

del cual el día 31 de enero deberían entregarse 100 lavadoras al precio de 90 euros la unidad y el pago se efectuaría el día 15 de enero, habiéndole manifestado el comprador al fabricante su interés en disponer en dicha fecha de las lavadoras, ya que las tiene todas reservadas para su adquisición por unos clientes al precio de 180 euros y tiene que ponerlas a su disposición el día 15 de febrero. Llegado el día del pago, la tienda de electrodomésticos cumple con su obligación, y posteriormente, el día 31, el fabricante no realiza la entrega de las lavadoras como se había acordado. Tal entrega tampoco se lleva a cabo el día 15 de febrero, lo que le supone la pérdida de las reservas. Ante tal incumplimiento del contrato, el propietario de la tienda de electrodomésticos acude a su abogado y somete a su consideración la situación en la que se encuentra. Su abogado le informa del abanico de remedios que los PECL le ofrecen ante tal situación. ¿Cómo tendría que proceder el letrado? Si su cliente le manifiesta que ya no le interesan las lavadoras, lo normal sería ejercitar la resolución del contrato, siempre que concurra un incumplimiento esencial y de forma cumulativa la indemnización de los daños y perjuicios. En tal caso la suma resarcitoria sólo sería comprensiva de los ulteriores daños que el incumplimiento le ha provocado, es decir, el daño emergente constituido por los gastos satisfechos al despacho del abogado y el lucro frustrado comprensivo de los 90 euros de ganancia que le reportarían la venta de cada lavadora, lo que haría un total por lucro frustrado de 9.000 euros, pero en ningún caso el equivalente pecuniario de la prestación incumplida. Otra opción sería que aún le interese la entrega de las lavadoras, por lo que ejercitaría la pretensión de cumplimiento y de forma cumulativa la indemnización de daños por los ulteriores daños, por lo que el valor de la prestación no sería una partida indemnizable, siempre y cuando la acción de cumplimiento haya devenido eficaz. Si al pretender el cumplimiento el acreedor no obtiene las lavadoras, bienes fungibles que «en el tráfico se tratan como cosas homogéneas y equivalentes, por lo que son perfectamente sustituibles entre sí»²⁰⁰, ¿se integraría su valor como una partida indemnizable más? Otra posibilidad sería, puesto que de los PECL no parece desprenderse lo contrario, que la parte acreedora acuda directamente a la indemnización de los daños y perjuicios, lo que tendría que ser conforme al ya indicado principio de buena fe, en cuyo caso, ¿el valor de la prestación incumplida sería una partida indemnizatoria más?

Consideramos que la respuesta a tales interrogantes vendría determinada por el hecho de que en los PECL el daño es comprensivo de todos los menos-

²⁰⁰ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I, duodécima edición, Tecnos, Madrid, 2012, p. 395.

cabos sufridos por el acreedor, incluyendo, por tanto, el consistente en la no percepción de la prestación debida, como de los ulteriores daños sufridos por el acreedor. Por tanto, la indemnización de daños tiene que comprender, en primer término, el daño *propter rem ipsam nom habitam*, o lo que es lo mismo, el valor de la prestación incumplida, así como los ulteriores producidos²⁰¹.

De la anterior afirmación derivará que sólo cuando la prestación no haya podido ser satisfecha mediante el ejercicio del cumplimiento específico, y la parte acreedora no haya optado por la resolución contractual, el mero hecho del incumplimiento y su prueba serán suficientes para que el acreedor tenga derecho al equivalente pecuniario de la prestación incumplida.

DÍEZ-PICAZO *et alii* manifiestan, en relación a los PECL, que «el incumplimiento en sí mismo no constituye daño resarcible»²⁰². Si bien, posteriormente, añaden que «cuando se incumple una obligación de dar o de restituir el acreedor, en la medida en que se mantiene el vínculo, tiene derecho al valor de la cosa o *aestimatio rei*. El contenido primario o básico del crédito reside en la propia cosa o, sustitutoriamente, su valor. En los PECL la *aestimatio rei* no se enmarca en una figura diferente de la propia indemnización; sino que constituye una posible partida en la indemnización de los daños. Como partida indemnizatoria, sólo será oportuno aplicarla en algunos casos. Exige el que no se haya optado por la resolución, que el contenido de la obligación esté estrechamente ligado a la adquisición o restitución de un bien, y no a otra finalidad distinta, en la que el bien sea un mero instrumento»²⁰³. Considero que una adecuada interpretación de tales afirmaciones no puede llevarnos a la conclu-

²⁰¹ LACRUZ BERDEJO, J.L., *et alii*, afirman que «la pérdida sufrida comprende, en primer lugar, el daño *propter rem ipsam nom habitam*, es decir, el valor de la prestación no realizada (o el complemento en la realizada defectuosamente), así como el producido por destrucción o deterioro de la cosa propiedad del acreedor objeto de la obligación de conservar o restituir; pero también los gastos hechos por el acreedor que el incumplimiento torna inútiles», *Elementos de Derecho Civil II...*, *op. cit.*, p. 207. Al respecto CRISTÓBAL MONTES, A., manifiesta que «el acreedor no recibe la prestación a que tiene derecho porque la misma ya no es susceptible de verificación, y ello determina, como es natural, la producción de una pérdida patrimonial que debe ser resarcida precisamente porque semejante acontecer es imputable al deudor. El daño emergente naturalmente en razón de que algo que existía se esfuma, de que algo con lo que se contaba se frustra, de que algo que se tenía se pierde, esto es, en cuanto constituye, según Barassi, la disminución de una utilidad que ya estaba adquirida por el patrimonio. La pérdida del acreedor es clara, ya que se ha producido la ruptura del *statu quo* por el hecho de que un derecho existente y nítidamente caracterizado ve impedida su actuación en virtud de circunstancias atribuibles al deudor. El resarcimiento del daño consecuente tiene que contemplar en primer término esta realidad, porque la misma constituye el impacto directo que experimenta el acreedor al tener lugar el incumplimiento del vínculo. La pérdida que con más evidencia sufre el titular del crédito viene dada por el hecho de la irrealización del mismo y está constituida genéricamente, escribe Bianca, por la violación del interés del acreedor a la consecución del bien debido y a la consecución de los otros bienes que integran actualmente su patrimonio», *El incumplimiento de...*, *op. cit.*, p. 235. *Vid.*, PALAZÓN GARRIDO, M.L., *Los remedios frente ...*, *op. cit.*, pp. 193 y 194.

²⁰² DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 375.

²⁰³ DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 375.

sión de que estemos ante manifestaciones contradictorias, sino todo lo contrario. Debemos extraer las siguientes conclusiones, que estimo correctas:

1) Que el incumplimiento no genera por sí mismo daños, se refiere a los daños ulteriores, a los que son consecuencia del incumplimiento distintos de la prestación debida, y de los que deben predicarse siempre los requisitos de ser ciertos y reales y que el mero hecho del incumplimiento no los presume.

2) Por lo que respecta a la prestación debida o *aestimatio rei*, no es que se trate propiamente –siempre en el entendimiento de que nos estamos refiriendo a los supuestos en que no es posible obtener el cumplimiento específico–, de un daño incierto o sin prueba, sino que estaríamos ante un daño que no exige el mismo tipo de certeza y prueba que los ulteriores. O mejor dicho, que su certeza y prueba deriva de la misma acreditación por parte del acreedor perjudicado de que el contrato ha sido incumplido.

3) De lo anterior se debe concluir que en los PECL el cumplimiento por equivalente o *aestimatio rei* no constituye un sistema de responsabilidad contractual paralelo al del *id quod interest*, sino que aquél se encuentra incluido como una partida más en la indemnización del *id quod interest*.

En virtud de lo expuesto, a los interrogantes antes suscitados debe responderse que los PECL se manifiestan a favor de la doctrina del daño *in re ipsa*, limitada al valor de la prestación y sólo en los casos posibles. Igualmente, sólo existe un sistema de responsabilidad contractual²⁰⁴.

Lo anteriormente afirmado nos plantea una duda ulterior acerca de qué función cumple la indemnización de daños y perjuicios en los PECL. O, en otros términos cabe preguntarse si cumple la indemnización más de una función; ¿más en concreto, podría pensarse que la indemnización, en los supuestos en los que el valor de la prestación incumplida es una partida indemnizatoria más, tiene una función de reintegración, de cumplimiento por equivalente? Considero acertada la respuesta dada en relación a nuestro Derecho por PANTALEÓN PRIETO²⁰⁵, que estimo también predicable de los PECL, al sostener que «la función de la responsabilidad contractual es puramente indemnizatoria. No tiene una función preventivo-punitiva: no trata de castigar los incumplimientos para así desincentivarlos. Tampoco tiene, ni siquiera en los casos de imposibilidad sobrevenida de la prestación, una función de “reintegración por equivalente, del derecho de crédito lesionado” (*rechtsverfolgende Funktion*): la indemnización a pagar por el deudor responsable no es, ni en todo (*id quod*

²⁰⁴ En este sentido MORALES MORENO, A.M., *La Modernización...*, *op. cit.*, p. 51 y nota al pie núm. 100.

²⁰⁵ PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 1020 y 1021

interest) ni en parte (*aestimatio rei*), un subrogado de la prestación devenida imposible; el pago de aquélla al acreedor no es un “cumplimiento por equivalente” de la obligación originaria –a la que la lógica (¿y el art. 1.156. II CC?) exige considerar extinguida–, sino cumplimiento, sin más de la obligación de resarcir (en su caso, *in natura*) los daños causados al acreedor, nacida *ex novo* del supuesto de hecho de la responsabilidad contractual»²⁰⁶.

4.3.3 EL DAÑO EMERGENTE Y EL LUCRO CESANTE

a) *Las partidas incluidas en el artículo 9:502*

En el párrafo segundo del artículo 9:502 se dispone que «*la indemnización por daños comprende las pérdidas efectivamente sufridas por la parte*

²⁰⁶ En el mismo sentido de considerar el valor de la prestación incumplida como una partida más integrada en el monto indemnizatorio, se manifiesta CARRASCO PERERA, A., si bien le otorga a la indemnización de daños la posibilidad de que cumpla más de una función, indicando que «respecto a una obligación incumplida, no puede atribuirse a la indemnización del daño en todo caso una única función. Precisamente debe rechazarse una vinculación tal entre el resarcimiento y el cumplimiento que lleve a calificar a la acción del artículo 1.101 como un «sustituto» o «subrogado» de la prestación incumplida. Expresión en ocasiones utilizada cuando se piensa en la indemnización del daño contractual como un «cumplimiento por equivalente». La función que desempeñe la acción indemnizatoria dependerá en cada caso de como haya resultado afectado el interés o intereses contractuales del acreedor por obra de un incumplimiento. La tradicional disputa sobre si la acción de indemnización del daño se estructura normativamente como una acción de «reintegración» de un derecho lesionado (*Rechtsforsetzungsgedanke*), o si, por el contrario, únicamente desempeña una función «compensatoria» del daño injusto sufrido por el acreedor (*Ausgleichgedanke*), no puede resolverse de una manera unilateral optando por una u otra concepción. Desde luego me parece falso que la reparación del daño sea de modo institucional en nuestro Derecho un «cumplimiento equivalente» de la prestación debida. Pero esto no implica que circunstancialmente pueda también entrañar el régimen indemnizatorio una finalidad de reintegración del derecho lesionado a la prestación. El daño moratorio es siempre compatible con la acción de cumplimiento, cualquiera que sea la forma en que ésta se articule. El daño moratorio no sustituye ni subroga nunca a la prestación debida. En las deudas de dinero todo el daño al acreedor es institucionalmente moratorio; la indemnización no es subrogado de la prestación debida, ya que ésta es ejecutable *siempre*. El daño resarcible no es nunca subrogatorio ni equivalente a ninguna prestación originaria cuando se trata de daño a un *interés de indemnidad*, en el sentido que más arriba ha quedado definido este interés: daño a la salud del comprador, coste de sustitución de la alfombra echada a perder por culpa de un limpiado defectuoso, incendio en la casa del acreedor por hecho del deudor que arrendó sus servicios para pintarla, etc. El daño de indemnidad es compatible con cualquier otro que haya sufrido el acreedor, y por supuesto, compatible con el cumplimiento correcto. El problema se plantea necesariamente en otros términos cuando el daño indemnizable tiene que cubrir el *total interés* de prestación del acreedor, por ser ésta imposible o inútil para satisfacer el interés creditorio. Creo que el *id quod interest* indemnizatorio es *entonces* subrogado o sustituto de la prestación originaria perdida, la «*quantitas obligationis*» o, con términos más propios, la *aestimatio rei*. Lo que no quiere decir que la obligación indemnizatoria no pueda ser más amplia, excediendo normalmente este valor de la prestación debida», «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, pp. 407 a 409. Tal atribución de diferentes funciones a la indemnización de daños la justifica con acierto MORALES MORENO, A.M., señalando que «debemos separar el aspecto puramente técnico jurídico, en el que se mueve el razonamiento de PANTALEÓN, de otros razonamientos económicos, sobre el significado que puede tener la *aestimatio rei*, en el caso de falta de realización de ese bien económico que es el derecho de crédito», *La Modernización...*, *op. cit.*, p. 48.

perjudicada y las ganancias que haya dejado de obtener», y en su Comentario establece que tal regla no es más que la manifestación de «*la tradicional norma, originaria del Derecho romano, del “damnum emergens” y el “lucrum cessans”*», y a continuación reitera que «*el importe que se puede recuperar en concepto de daños abarca tanto los gastos producidos como los beneficios no percibidos*»²⁰⁷. La indemnización del daño emergente y del lucro cesante también es una regla propia de todos los sistemas europeos²⁰⁸ y de los textos uniformes²⁰⁹.

²⁰⁷ LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, op. cit., p. 646. De forma similar al Comentario al art. 9:502, en el Comentario del art. III-3:702 del DCFR se indica que «*this Article combines the widely accepted «expectation interest» basis of damages for non-performance of an obligation and the traditional rule of «damnum emergens» and «lucrum cessans» of Roman law, namely that the creditor is entitled to compensation of such amount as will provide the value of the defeated expectation. In a contract for the sale of goods or supply of services this is usually measured by the difference between the contract price and the market or current price; but where the creditor has made a cover transaction then in the conditions set out in III.-3:706 (Substitute transaction) the creditor can elect to claim the difference between the contract price and the cover price. The sums recoverable as general damages embrace both expenditure incurred and gains not made. Damages under this Article are not intended to provide restitution of benefits received; this remedy may however be available on termination of a contract in the circumstances described in III.-3:510 (Restitution of benefits received by performance)*», STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and...*, op. cit., p. 924.

²⁰⁸ De las notas de Derecho comparado del art. 9:502 queda claro como la comprensión del daño emergente y el lucro cesante en la indemnización de los daños y perjuicios no supone ninguna novedad, puesto que se haya en consonancia con lo vigente en los países de la Unión Europea. Expresamente se afirma que «*la indemnización por daños y perjuicios comprende, en general, las pérdidas sufridas por la parte perjudicada y la ganancia que haya dejado de obtener. Así lo prevén expresamente, el CC Francés, Belga y Luxemburgués, art. 1149, art. 298 CC Griego, § 252 BGB Alemán, art. 1223 CC Italiano, BW 6:96 Neerlandés, art. 564 (1) cc portugués, y art. 1106 CC Español*», LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, op. cit., p. 649. Así, el art. 1149 del *Code Civil* «*les dommages et intérêt dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications c-après*»; 252 del BGB: «*Der zu ersetzende Schaden umfasst auch den entgangenen Gewinn. Als entgangen gilt der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte*»; y el 1223 del *Codice Civile*: «*Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta*». Vid., sobre el origen de la distinción entre *damnum emergens* y *lucrum cessans* en el Derecho romano y su adopción por los Códigos civiles, MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, op. cit., pp. 22 y 23.

²⁰⁹ El carácter indemnizable del daño emergente y del lucro cesante en el ámbito de los textos uniformes ya se consagraba en el art. 82 ULIS al establecer que «*cuando el contrato no sea resuelto, los daños y perjuicios por una violación cometida por una de las partes, serán iguales a la pérdida y a la falta de ganancia sufrida por la otra parte*». En similares términos, el art. 74 CISG dispone que «*la indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento*», y de forma especular el art. 7.4.2 PICC establece que «*la parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral del daño causado por el incumplimiento. Este daño comprende cualquier pérdida sufrida y cualquier ganancia de la que fue privada*». En el DCFR también están presentes el daño emergente y el lucro cesante; el art. III-3:702 se manifiesta en los mismos términos que los PECL al disponer que «*such damages cover loss which the creditor has suffered and gain of which the creditor has been deprived*». Lo que sí resulta una novedad del DCFR, respecto de los PECL, es que en su párr. tercero del art. III-3:701 define al

b) *Concepto: la integración en el patrimonio como criterio diferenciador*

Los PECL, con la expresión «*las pérdidas efectivamente sufridas por la parte perjudicada*», se están refiriendo al daño emergente, y, con «*las ganancias que haya dejado de obtener*», al lucro cesante. En términos muy similares a los anteriores se pronuncia el artículo 1106 de nuestro Código civil: «*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*»²¹⁰.

De lo expuesto no parece que los PECL introduzcan ninguna novedad en comparación con nuestro Derecho, por lo que abordamos su estudio tomando como punto de partida la doctrina y jurisprudencia existente en la materia.

Una vez afirmada la comprensión dentro de los daños patrimoniales en los PECL del daño emergente y del lucro cesante, corresponde delimitar ambos conceptos; es decir, los perjuicios o menoscabos que se encuentran amparados bajo tales expresiones. Partiendo de la base de que ambos tienen como sustrato común el recaer sobre intereses patrimoniales, el daño emergente, en el contexto de la CISG, ha sido definido ampliamente por PANTALEÓN PRIETO, para quien «junto a la destrucción o deterioro de la propiedad del acreedor, incluye los gastos provocados o aumentados por el incumplimiento, y entre ellos, los que quepa considerar adecuados para evitar o disminuir los daños de los que el deudor ha

daño patrimonial como «*loss of income or profit, burdens incurred and a reduction in the value of property*». Si bien de dicho párrafo pudiera parecer que la omisión a toda referencia al daño emergente lo excluye de la indemnización, considero que de una lectura conjunta de ambas reglas se deduce que en el DCFR resultan comprendidos en el daño patrimonial toda pérdida sufrida, ingreso o ganancia no obtenidos, así como los gastos realizados a consecuencia del incumplimiento y la reducción en el valor de los bienes. Por lo que respecta a la CESL, la parte final de su art. 160 dispone que «*la indemnización cubrirá las pérdidas que el acreedor haya sufrido y las ganancias que haya dejado de obtener*». Por último, el art. 1207 del PMCC, de forma especular al art. 1106 de nuestro CC, indica que «*la indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido el acreedor, sino también de la ganancia que haya dejado de obtener*». En nuestra doctrina, sobre el daño emergente y el lucro cesante, tanto en el Derecho comparado como en los modernos textos uniformes y la PMCC, *vid.*, GÓMEZ CALLE, E., «Los remedios ante...», *op. cit.*, p. 85; MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, pp. 22 y ss.; OTERO CRESPO, M., *La Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, pp. 52 a 57; PALAZÓN GARRIDO, M.L., *Los remedios frente...*, *op. cit.*, pp. 193 a 196; y VAQUER ALOY, A., «La indemnización de...», *op. cit.*, pp. 6 y 7.

²¹⁰ El antecedente de nuestro art. 1106 lo encontramos en el art. 1015 del Proyecto de García Goyena, que disponía «se reputan 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». Respecto de éste artículo, señala el mismo autor que «daños é menoscabos, dicen las Leyes de Partidas: Quantum mihi abest (daño) quantumque lucrari potui (menoscabo), ley 13, título 8, libro 46 del Digesto: es una palabra lo que vulgarmente se entiende por daño emergente y lucro cesante: pero la estimación de este daño y lucro in facto, non in jure consistit, 24 de regulis juris, y nunca deberá entraren ella el precio de afección particular, sino el común y corriente de la cosa, á menos que la responsabilidad proceda de delito, artículo 117 del Código Penal, por cuyo título 4, libro 1, deberá regirse la responsabilidad civil en aquella materia», GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1974, p. 543.

de responder, o para la defensa extrajudicial de los derechos contractuales; en cambio, los gastos frustrados que se habrían efectuado igualmente en caso de cumplimiento fiel no son indemnizables junto con el interés en el cumplimiento, sino sólo cuando se opta por la indemnización en la medida del interés de confianza». Dicho autor describe al lucro cesante como «la ganancia ya dejada de obtener o que previsiblemente se dejará de obtener en el futuro»²¹¹.

En nuestro Derecho se han ocupado de definir al daño emergente y al lucro cesante, entre otros, DÍEZ-PICAZO, afirmando que «una antigua tradición escolástica que ha llegado hasta nosotros estableció, para medir el alcance del daño patrimonial indemnizable, los conceptos de *damnum emergens* y *lucrum cessans*. En el primer capítulo, se comprenden todas las partidas efectivamente sufridas y los desembolsos realizados en atención al daño. En el llamado daño emergente, se comprenden las pérdidas efectivamente sufridas que deben medirse en el valor común del mercado del bien sobre el que recaigan y las disminuciones de valor económico que por vía refleja se puedan producir... El segundo capítulo de la indemnización lo constituye el lucro frustrado o las ganancias dejadas de obtener»²¹². CRISTÓBAL MONTES describe el daño emergente como «de que algo que exista se esfuma, de que algo con lo que se contaba se frustra, de que algo que se tenía se pierde, esto es, en cuanto constituye, según advierte Barassi, la disminución de una utilidad que ya estaba adquirida por el patrimonio». Sobre el lucro cesante indica que se origina «por no lograr alcanzar el acreedor aquello que previsiblemente y consecencialmente habría obtenido caso de haberse cumplido la obligación ahora incumplida»²¹³. DE PABLO CONTRERAS define el daño emergente como aquel que «abarca todos los gastos realizados por razón de la obligación incumplida, y también las pérdidas o menoscabos producidos en los bienes del acreedor a causa de la falta de prestación o de la prestación defectuosa», y al lucro cesante como «los beneficios o ventajas que el acreedor habría obtenido si el deudor hubiere cumplido exacta y oportunamente su obligación»²¹⁴. Por su parte, MOISSET DE ESPANES afirma que «“daño emergente”, a nuestro entender, es el perjuicio efectivo sufrido en el patrimonio de la víctima, que ha perdido un bien o un derecho que ya estaban incorporados

²¹¹ PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario artículo 74...», *op. cit.*, p. 594.

²¹² DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, V...*, *op. cit.*, pp. 344 y 345. Resulta muy interesante la casuística relativa a la fijación del daño emergente realizada por dicho autor en *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II...*, *op. cit.*, p. 789 a 791. *Vid.*, también sobre la misma cuestión LLAMAS POMBO, E., «Comentario a los artículos 1.096...», *op. cit.*, p. 1853.

²¹³ CRISTÓBAL MONTES, A., *El incumplimiento de...*, *op. cit.*, pp. 235 y 249.

²¹⁴ DE PABLO CONTRERAS, P., «Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual», en AA. VV., *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones*, (coord. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz), Editorial Colex, Madrid, 2000, p. 198.

a ese patrimonio. El “lucro cesante”, en cambio, contempla la ganancia frustrada, es decir, los daños que se producen por la falta de ingreso de determinados bienes o derechos al patrimonio de la víctima, que se ve privada de beneficios que hubiera obtenido, de no mediar el hecho dañoso»²¹⁵. Por último, CARRASCO PERERA, una vez que define el daño emergente como «la pérdida económica que el acreedor sufre como consecuencia de una contingencia patrimonial negativa»²¹⁶, realiza una interesante clasificación de las diferentes circunstancias de las que puede proceder dicha contingencia negativa y que «sintetiza en tres categorías: los *desembolsos efectivos* (*out-of-pockets costs*), las *pérdidas de valor* y el *daño material o de indemnidad*»²¹⁷.

En definitiva, el fundamento del carácter indemnizable del lucro cesante deriva del principio de reparación integral del daño, de la necesidad de que el perjudicado sea situado en la misma posición en la que se encontraría si el daño no se hubiera producido.

Por lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la mayoría de sus pronunciamientos se han detenido en los problemas relativos a la determinación de la existencia y cuantía del lucro cesante; no obstante, no faltan sentencias en relación al concepto de ambas partidas indemnizatorias. Así, la sentencia de 28 de noviembre de 1983²¹⁸ dice: «ha de tenerse en cuenta, que el art. 1106 del C. Civ. distingue dos categorías de daños: el propiamente dicho o “*damnum emergens*”, y el representado por la ganancia perdida o perjuicio “*stricto sensu*”». La de 8 de julio de 1996²¹⁹, en relación al lucro cesante, se pronuncia señalando que: «el referido precepto civil 1106, contempla la indemnización de las ganancias que se hayan dejado de obtener, en cuanto actúan como frustración de un aumento del patrimonio de quien resulta perjudicado, teniendo aplicación general». La de 22 de febrero de 1997²²⁰, dictada como consecuencia de una defectuosa construcción y montaje en bodegas de unos específicos depósitos con determinadas características técnicas, declara no haber lugar al recurso de casación, confirmando la condena a la parte demandada al pago del daño emergente y del lucro cesante, en los siguientes términos: «se condena a la demandada “Artynde, SA” a que abone a la actora dos millones cincuenta y una mil ochocientas cuarenta (2.051.840) pesetas por la factura de reparación de tres de los depósitos instalados; quinientas treinta y

²¹⁵ MOISSET DE ESPANES, L., «Reflexiones sobre el «daño actual...», *op. cit.*, p. 197.

²¹⁶ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de...*, *op. cit.*, p. 1199.

²¹⁷ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de...*, *op. cit.*, p. 1200.

²¹⁸ STS de 28 de noviembre de 1983, ponente D. Mariano Martín-Granizo Fernández (RJ 1983, 6681).

²¹⁹ STS de 8 de julio de 1996, ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1996, 5662).

²²⁰ STS de 22 de febrero de 1997, ponente D. Francisco Morales Morales (RJ 1997, 1189).

siete mil setecientas noventa y siete (537.797) pesetas por gastos de transporte y refrigeración del vino en otras bodegas; tres millones (3.000.000) pesetas por lucro cesante; la cantidad que se acredite en ejecución de sentencia por 40.000 litros de mosto-uva perdidos; la cantidad que se acredite por la reparación de otros dos depósitos y que no podrá sobrepasar la de 2.800.000 pesetas establecida por el perito; todo ello más intereses legales». El importe que se establece para la indemnización del lucro cesante deriva de la «imposibilidad de utilización de los depósitos isoterms y autovaciantes objeto del contrato, entre la fecha en que debían haber sido entregados, 1 de septiembre de 1989, y la fecha que hayan sido, o sean, debidamente reparados». La de 24 de abril de 1997²²¹: «el daño estricto o “damnum emergens” supone un menoscabo real o desperfecto producido en la cosa o intereses del perjudicado, en cuanto al «lucrum cessans» que, en puridad, aduce a la ganancia dejada de obtener por el ilícito, siempre y cuando se haya acreditado que esa ganancia obedece a un suceso futuro, sí, pero con causa o generación constatada o demostrada». Por último, la de 27 de mayo de 2011²²², afirma que: «el concepto de lucro cesante se refiere a las ganancias frustradas o dejadas de percibir. Un incremento patrimonial que el acreedor esperaba obtener (lucro cesante positivo, en el que el perjuicio equivale a lo que se iba a ganar si no hubiese acontecido el evento dañoso), o bien unos gastos en los que no se iba a incurrir (lucro cesante negativo, equivale a los gastos originados por el propio contrato, como pueden ser costes, transportes, seguros, etcétera)». En esta última sentencia, la referencia al lucro cesante negativo plantea la siguiente duda: se está calificando así al daño emergente, o considera que existen dos vertientes del lucro cesante, una positiva y otra negativa. En cualquier caso, estimo que la referencia como tal a «los gastos originados por el propio contrato, como pueden ser costes, transportes, seguros, etcétera» no puede ser entendida más que en el sentido de partidas integrantes del daño emergente, y ello, en razón a la distinción entre daño emergente y lucro cesante que exponemos a continuación.

De las anteriores concepciones doctrinales y jurisprudenciales deviene que la nota esencial que distingue el daño emergente del lucro cesante se halla en la situación respecto al patrimonio del perjudicado del bien sobre el que recae el interés, de manera que el daño emergente se produce cuando se lesiona o vulnera un interés que recae sobre un bien que ya formaba parte del patrimonio del perjudicado. Por ejemplo, los gastos de reparación de los depósitos de vino constituyen un daño emergente, y por el contrario, el lucro cesante acontece cuando

²²¹ STS de 24 de abril de 1997, ponente D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez (RJ 1997, 3396).

²²² STS de 27 de mayo de 2011, ponente D. Rafael Jesús Fernández-Porto García (RJ 2011, 224344).

el interés lesionado se produce sobre un bien que, de no ser por el incumplimiento del contrato, se hubiera integrado en el patrimonio del sujeto. Un ejemplo de lucro cesante sería la pérdida de ganancias que un fabricante de embutidos sufre como consecuencia de la muerte de todos los cerdos que compró enfermos y no pudo utilizarlos en su proceso de fabricación, y ello, independientemente del daño emergente como consecuencia del fallecimiento de los animales. En definitiva, la calificación del perjuicio como un daño emergente o un lucro cesante nos debe situar en el patrimonio del afectado; daño emergente es la «resta» que sufre el patrimonio como consecuencia del incumplimiento, y el lucro cesante lo que no se ha «incrementado» el mismo y que hubiera sido previsible según el cauce normal de los hechos, es decir de un cabal cumplimiento del contrato. El punto de inflexión lo supone la pertenencia o no al patrimonio.

La distinción expuesta ya fue formulada por DE CUPIS, sosteniendo que «su justificación se hace coincidir con el interés y el momento en el que se considera: Si el objeto del daño es un interés actual, o sea, el interés relativo a un bien que ya corresponde a una persona en el instante en que el daño se ha ocasionado, se tiene un daño emergente; pero, si por el contrario, el objeto del daño es un interés futuro, es decir, el interés relativo a un bien que todavía no corresponde a una persona, se tiene un lucro cesante»²²³.

¿Podrían interpretarse las anteriores afirmaciones de DE CUPIS en el sentido de identificar el daño emergente con el daño presente y el lucro cesante con el daño futuro?²²⁴ A favor de dicha identificación se ha manifestado CERDÁ OLMEDO, que sostiene que «De Cupis ve el fundamento de la distinción entre daño emergente y lucro cesante según que el interés afectado sea o no actual: si el objeto del daño es un interés actual o relativo a un bien perteneciente a una persona ya en el momento en que el daño mismo se ocasiona, tendremos el daño emergente; a la inversa, si el objeto del daño es un interés futuro, o bien se refiere a una cosa aún no perteneciente al perjudicado, estare-

²²³ DE CUPIS, A., *El Daño. Teoría...*, op. cit., pp. 312 y 313. También ha sido la postulada para la responsabilidad civil por NAVEIRA ZARRA, M.M., al afirmar que «la realidad pone de manifiesto que el hecho del responsable puede dar lugar, no sólo al menoscabo o destrucción de un bien que ya pertenecía al perjudicado, sino que puede implicar, igualmente, la falta de consecución o de materialización de una ganancia que habría ingresado en su patrimonio de no haber tenido lugar el hecho lesivo», *El resarcimiento del daño...*, op. cit., p. 86.

²²⁴ Sobre el peligro de identificar, de una parte, al daño emergente con el daño presente, y de otra, al lucro cesante con el daño futuro, ya advierte, con acierto, NAVEIRA ZARRA, M.M., para quien «se podría caer en el error de identificar el daño emergente –relativo a la pérdida de un bien ya existente en el patrimonio del perjudicado– con el daño presente o actual y el lucro cesante –por hacer referencia a la pérdida de una ganancia todavía no incorporada a ese patrimonio pero que habría ingresado en él si el hecho dañoso no hubiera tenido lugar– con el daño futuro. Sin embargo, tal identificación, en el que incurrían ciertos autores, debe, en nuestra opinión, ser evitada», *El resarcimiento del daño...*, op. cit., pp. 86 y 87.

mos en presencia del lucro cesante, o sea, la distinción entre daño presente o pasado y daño futuro se corresponden con daño emergente y lucro cesante, comprendiendo aquél todo lo que empobrece indebidamente a la víctima y éste todo con lo que no se enriquece y representa una esperanza frustrada, dando lugar a otra manifestación del daño futuro»²²⁵. Considero que la anterior identificación no es acertada, puesto que confunde dos criterios distintos; uno, el relativo a la pertenencia o no del bien al patrimonio de la parte perjudicada en el momento de producirse el incumplimiento, que, como se ha dicho, es el propio de la distinción entre daño emergente y lucro cesante; y otro, que toma como punto de referencia el momento en el que los daños se ponen de manifiesto en relación con el litigio donde se dirime su existencia, y que es el que determina que nos encontremos ante un daño presente y actual. Tal vez haya llevado a CERDÁ OLMEDO a tales conclusiones el empleo por DE CUPIS de los términos «interés actual» e «interés futuro», pero tales expresiones entiendo que se refieren a la actualidad respecto de su integración en el patrimonio del sujeto, respecto al daño emergente, y de su integración futura en caso de no haberse producido el incumplimiento, en relación al lucro cesante. En el mismo sentido de la interpretación por nosotros sostenida ya se manifestó NAVEIRA ZARRA, para quien «su criterio diferenciador se refiere únicamente a la situación del bien en el momento en que se daña el interés al que aquél responde, esto es, según que dicho bien se halle o no en el patrimonio del sujeto perjudicado en el momento de la producción del perjuicio, lo cual, obviamente, no es lo mismo que tomar en consideración el momento en que se manifiestan los resultados o consecuencias dañosas de la acción—criterio aplicable para la clasificación de los daños en presentes y futuros—»²²⁶. También sostiene que no debe identificarse el daño emergente con el presente y el lucro cesante con el daño futuro MOISSET DE ESPANES, al afirmar que «no deben de ninguna manera superponerse las categorías de daño emergente y lucro cesante, con las de daño actual y daño futuro. Tanto el daño actual como el daño futuro pueden estar integrados por un daño emergente y por un lucro cesante y, en cada caso, será menester probar con exactitud la existencia de uno y otro rubro»²²⁷. Además, para despejar cualquier género de dudas, el propio DE CUPIS incide en el problema afirmando que «no debe confundirse con la distinción entre *damnum emergens* y *lucrum cessans*, la clasificación de daño *presente* y daño *futuro*, la

²²⁵ CERDÁ OLMEDO, M., «Responsabilidad civil por daños futuros», *Anuario de Derecho Civil*, 1985, pp. 628 y 629.

²²⁶ NAVEIRA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, p. 87.

²²⁷ MOISSET DE ESPANES, L., «Reflexiones sobre el “daño actual...”», *op. cit.*, p. 204. En el mismo sentido YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, p. 150.

cual no aparece recogida expresamente en la ley. Sin embargo, entre ambas, pueden apreciarse diferencias. Por daño *presente* se entiende el daño que ya se ha producido, y que, por tanto, existe en el acto, en el instante en que se considera el nacimiento de la responsabilidad. Por daño *futuro*, se comprende aquel que aún no se ha llegado a producir, considerado en tal momento. La distinción adquiere su propio significado en relación con el momento del juicio sobre el daño»²²⁸. De lo expuesto, si bien la distinción entre daños presentes y futuros será objeto de estudio en otro apartado, debe afirmarse que el daño emergente puede manifestarse tanto en un momento presente como futuro, e igualmente debe predicarse del lucro cesante.

Por último, podría surgir la siguiente contradicción. Si se ha afirmado que el valor de la prestación incumplida puede ser parte integrante de la indemnización de los daños y perjuicios, y la hemos calificado como daño emergente, ¿cómo puede ser un daño emergente un bien que no forma parte de nuestro patrimonio en el momento de producirse el incumplimiento? Si acudimos a la definición de daño emergente ofrecida por MOISSET DE ESPANES, en la misma se hace referencia a los bienes o derechos que se encontraban en el patrimonio del sujeto perjudicado. Luego, aunque el bien objeto de nuestro interés no se encuentra físicamente en nuestro patrimonio, sí se halla en el mismo la titularidad de un derecho de crédito mediante la que se pretende la obtención del objeto que constituye la prestación, y mediante la cual queda satisfecho dicho derecho de crédito.

c) *Los problemas relativos a su existencia y cuantificación: el lucro cesante*

Una vez expuestos los conceptos de daño emergente y lucro cesante, procede analizar las cuestiones relativas a su existencia y cuantificación.

De las dos partidas integrantes del daño patrimonial, la que presenta mayores dificultades respecto a su existencia y cuantificación es el lucro cesante. Señala MORALES MORENO que «en el lucro cesante se plantean, de modo distinto que en el daño emergente, las dos cuestiones básicas de la indemnización de los daños: la de determinar su existencia (cuestión de prueba) y la de establecer límites a su indemnización (cuestión de imputación objetiva)²²⁹.

Tales dificultades derivan del hecho de que el daño emergente, como ya se ha dicho, afecta a unos bienes que ya se encontraban en el patrimonio del perjudicado, por lo que su constatación y alcance resulta menos complejo, ya

²²⁸ DE CUPIS, A., *El Daño. Teoría...*, op. cit., p. 320.

²²⁹ MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, op. cit., p. 23. En el mismo sentido, OTERO CRESPO, M., *La Responsabilidad Civil...*, op. cit., p. 54.

que supone comparar el valor de lo bienes antes de producirse el daño, con el que resulta una vez producido éste. En cambio, el lucro cesante plantea la complejidad de tener que indemnizar el daño en función de unas ganancias que no se han obtenido a consecuencia del incumplimiento, pero que de no haberse producido hubieran ingresado en el patrimonio del perjudicado, lo que nos sitúa irremediamente en el ámbito de lo futurible²³⁰. Al respecto, indica FISCHER²³¹, identificando el daño emergente con el daño positivo, y el lucro cesante con el lucro frustrado, que es esencial establecer mediante un criterio exterior el límite del alcance del lucro cesante, y ello por el hecho de que «mientras que el concepto de daño positivo tiene una base firme, pues se refiere a hechos pasados, el del lucro cesante participa de todas las vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios»²³².

Por tanto, la determinación de la existencia como de la cuantía del lucro cesante exigen la realización de una operación imaginaria, o de una reconstrucción de lo que hubiera sucedido si no se hubiera producido el incumplimiento generador de los daños²³³. Esta reconstrucción entraña el peligro advertido por FISCHER de «que las demandas de indemnización más exageradas y desmedidas tienen su asiento en este concepto imaginario de las ganancias no realizadas. Incumbe al Derecho separar cuidadosamente estos “sueños de ganancia”, como los llama DERNBURG, de la verdadera idea de daño»²³⁴.

Para realizar dicha reconstrucción, nuestra doctrina²³⁵ se ha mostrado partidaria de fijar como criterio exterior del límite del lucro frustrado el establecido

²³⁰ Afirma YZQUIERDO TOLSADA, M., que «la dificultad de evaluación del lucro cesante es obvia, como siempre que se desea acometer la recomposición de un futurible, y es que no otra cosa es averiguar cuál habría sido el aumento patrimonial que habría tenido lugar si no se hubiese producido el hecho dañoso», *Sistema de Responsabilidad Civil...*, op. cit., p. 150.

²³¹ FISCHER, H.A., *Los Daños Civiles...*, op. cit., p. 42. En el mismo sentido Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, V...*, op. cit., p. 345.

²³² FISCHER, H.A., *Los Daños Civiles...*, op. cit., p. 43. En el mismo sentido NAVEIRA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño...*, op. cit., pp. 88 y 89.

²³³ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., afirma que «de lo que se trata es de excluir como lucro cesante las hipotéticas e imaginativas ganancias que el acreedor pudiera alegar ante el incumplimiento del deudor. Es tradicional en este sentido señalar que las demandas más exageradas tienen su asiento en ese concepto imaginario de ganancias no realizadas, situación en la que incumbe al Derecho separar minuciosamente “los sueños de ganancia”», «Comentario a los artículos 1.106 y 1.107...», op. cit., p. 50. En similares términos DE CUPIS, A., indica que «sólo los beneficios ciertos son los tutelados por el derecho, ninguna reacción jurídica puede conectarse al daño que afecta a un interés incierto, ya que el derecho no puede considerar las fantasías e ilusiones de eventuales ventajas», *El Daño. Teoría...*, op. cit., p. 315.

²³⁴ FISCHER, H. A., *Los Daños Civiles...*, op. cit., p. 44. En el mismo sentido Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, V...*, op. cit., p. 345.

²³⁵ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., sostiene que «el problema de la estimación y el cálculo del lucro cesante radica en acreditar una ganancia que se podía esperar con verosimilitud, según el curso normal de las cosas o según las circunstancias del caso, en especial según las medidas y previsiones adoptadas, siguiendo el buen criterio del CC alemán», «Comentario a los artículos 1.106 y 1.107...», op. cit., p. 50; Díez-PICAZO

en el apartado segundo del párrafo 252 del BGB que establece que «*Als entgangen gilt der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte*»²³⁶. De dicho artículo FISCHER extrae las siguientes conclusiones: «no basta, pues, la simple *posibilidad* de realizar la ganancia, como no se exige tampoco la absoluta *seguridad* de que ésta se habría verificado sin la intromisión del hecho dañoso. Ha de existir una cierta probabilidad *objetiva*, que resulte del “curso normal de las cosas” y de las “circunstancias especiales del caso concreto”. El Derecho no toma en cuenta como lucro frustrado para los efectos de la indemnización, las meras coyunturas. La posibilidad de importantes ganancias, abonada por una exigua probabilidad, y la de ganancias insignificantes, relacionada con una gran verosimilitud, pueden adoptar una relación de económica equivalencia. Sin embargo, la ley sólo aprecia como lucro frustrado la segunda»²³⁷.

Debemos concluir que la indemnización del lucro cesante dependerá de que, una vez reconstruida la situación de los hechos haciendo abstracción del incumplimiento que generó el daño, quede suficientemente demostrado que se habría obtenido el aumento patrimonial. Además quedaría por resolver la cuestión de qué certeza debe exigirse en la apreciación de la existencia de las ganancias dejadas de obtener. Si se adoptara la simple posibilidad de que se hubiera obtenido un ganancia, que se ha frustrado, se daría vía libre a que pudieran ser objeto de indemnización lucros cesantes que responden a unos meros sueños de ganancias, lo que podría producir enriquecimientos sin causa. Por otro lado, si lo exigible fuera una certeza absoluta, difícilmente se obtendrían indemnizaciones por lucro cesante, dado que estamos en un ámbito de lo futuro, y resultará muy complejo y, en algunos supuestos, imposible probar cómo se hubieran producido realmente los acontecimientos, lo que sin duda dejaría desamparada a la parte perjudicada que ve frustradas sus expectativas de ganancias. Por ello, el núcleo de la indemnización del lucro cesante requie-

y PONCE DE LEÓN, L., afirma que «para resolver este problema, el único criterio utilizable es el del juicio de probabilidad o verosimilitud atendiendo un curso normal de las cosas», *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, V..., *op. cit.*, p. 345; y NAVEIRA ZARRA, M. M., señala que «esta reconstrucción de los acontecimientos realizada por el Juez o por un perito imparcial y dirigida a determinar la realidad de la frustración de una ganancia ha de realizarse atendiendo al que sería el curso normal de los acontecimientos en el caso concreto», *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, p. 89.

²³⁶ «*Considérase frustrada la ganancia que con cierta probabilidad fuese de esperar, atendiendo al curso normal de las cosas o a las especiales circunstancias del caso concreto, y particularmente a las medidas y providencias adoptadas*».

²³⁷ FISCHER, H. A., *Los Daños Civiles...*, *op. cit.*, p. 45.

re la realización de un juicio de probabilidad²³⁸. Resultarán indemnizables aquellas ganancias no obtenidas que, de no producirse el incumplimiento dañoso, hubieran sido probablemente obtenidas por la parte perjudicada²³⁹. La última nota definitoria del lucro cesante vendría determinada por el hecho de que el Derecho sólo tutela intereses dignos de protección, por lo que, en palabras de Díez-Picazo, «no se indemnizan como lucros cesantes las ganancias obtenidas por el ejercicio de actividades que deban considerarse ilegales».²⁴⁰

d) *La doctrina jurisprudencial en torno al lucro cesante*

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo no ha sido ajena a las dificultades que plantea la determinación de la existencia y de la cuantía de la indemnización del lucro cesante. Tradicionalmente se ha mostrado restrictiva en la estimación del lucro cesante²⁴¹, si bien puede apreciarse en la segunda

²³⁸ Así lo afirman, entre otros: DE CUPIS, A., indica que «teniendo en cuenta las circunstancias y las actitudes del perjudicado, es como debe valorarse el juez si una determinada ventaja se habría o no realizado a su favor. Aunque debe entenderse bien que la certidumbre, dentro del campo de lo hipotético, no puede ser absoluta, por lo que hay que conformarse con una certeza relativa, o sea, con una consideración fundada y razonable», *El Daño. Teoría...*, *op. cit.*, p. 315; LARENZ, K., «si la ganancia podía esperarse con probabilidad según el curso normal de las cosas o las especiales circunstancias, etc., entonces, o sea, en el momento de la causación del daño, se presumirá que aquélla había sido ya obtenida, y al obligado a indemnizar le incumbe probar que (según los hechos efectivamente ocurridos después o por otras circunstancias) aquélla no hubiese tenido lugar», *Derecho de obligaciones...*, *op. cit.*, pp. 209 y 210; NAVEIRA ZARRA, M.M., señala que «debe concluirse que será posible la determinación del lucro cesante sin que sea necesario acreditar una certeza absoluta en cuanto a la realización de las ganancias, certeza, por lo demás inalcanzable, pero sin que, al mismo tiempo, se entienda comprendido en tal concepto lo que Dernburg calificó, a la vista de su improbabilidad e inverosimilitud, con la gráfica expresión “sueños de ganancia”», *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, pp. 89 y 90; SANTOS BRIZ, J., «no se puede exigir al perjudicado que demuestre una certeza absoluta de que las ganancias esperadas se habrían realizado en caso de no realización del hecho dañoso, y tampoco es suficiente un interés inseguro e incierto. Entre un extremo y otro cabe una graduación que habrá de hacerse, en cada caso, con criterio equitativo, distinguiendo la mera “posibilidad” de la “probabilidad”, y teniendo en cuenta que tal vez en algún caso sea indemnizable la mera “posibilidad”, si bien en menor cantidad que la “probabilidad”, base de los lucros cesantes propiamente dichos», *La Responsabilidad Civil*, Montecorvo, 7.^a edición, Madrid, 1993, p. 292.

²³⁹ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., caracteriza la concreción del lucro cesante «como una operación intelectual basada, a la luz de las circunstancias de cada caso, en la razonable verosimilitud de que, de haber cumplido el deudor, el acreedor se habría beneficiado patrimonialmente en tal o cual medida», «Comentario a los artículos 1.106 y 1.107...», *op. cit.*, pp. 50 y 51.

²⁴⁰ Díez-Picazo y Ponce de León, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, V...*, *op. cit.*, p. 346. En el mismo sentido, afirma FISCHER, H.A., que «no se puede considerar “daño”, en sentido jurídico, la ganancia frustrada que hubiera debido provenir de adquisiciones inmorales o reprobadas en algún modo por el Derecho», *Los Daños Civiles...*, *op. cit.*, p. 52.

²⁴¹ Así lo han puesto de manifiesto: CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, 14 edición, Tomo III, (revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero), Reus, Madrid, 1986, p. 244; DE PABLO CONTRERAS, P., «Incumplimiento de las obligaciones...», *op. cit.*, pp. 198 y 199; LLAMAS POMBO, E., «Comentario a los artículos 1.096...», *op. cit.*, pp. 1854 y 1855; MORALES MORENO, A.M., *Incumpli-*

mitad de los años 90 la existencia de sentencias²⁴² que adoptan un criterio menos rigorista²⁴³.

En un sentido excesivamente restrictivo en orden a la estimación del lucro cesante, se ha pronunciado la sentencia de 30 de junio de 1993 afirmando que «si bien es verdad, que la indemnización por daños causados por el incumplimiento contractual, alcanza, junto al valor de las pérdidas sufridas el de las ganancias dejadas de obtener, no lo es menos que la doctrina jurisprudencial es constante en exigir para la indemnizabilidad de perjuicios el que sean ciertos y probados y por lo que, en concreto, hace al lucro cesante, su acreditamiento con rigor al menos razonable, sin que baste la consideración de pérdidas dudosas o contingentes»²⁴⁴. La sentencia de 29 de septiembre de 1994, sostiene que el «expresado concepto como así se tiene reconocido en consolidada jurisprudencia de la Sala, también de general conocimiento, es cuestión de hecho y de estimación restrictiva puesto que las ganancias perdidas han de probarse con rigor, sin ser dudosas o no fundadas o fundadas sólo en esperanza»²⁴⁵. La tradicional jurisprudencia restrictiva se resume de forma detallada en la sentencia de 8 de junio de 1996, en la que el Tribunal Supremo declara que «el lucro cesante o ganancias frustradas ofrece muchas dificultades para su determinación y límites, por participar de todas las vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios, y para tratar de resolverlas el derecho científico sostiene que no basta la simple posibilidad de realizar la ganancia, sino que ha de existir una cierta probabilidad objetiva que resulte del curso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto, y nuestra jurisprudencia se orienta en un prudente criterio restrictivo de la estimación del lucro cesante, declarando con reiteración que ha de probarse rigurosamente que se dejaron de obtener las ventajas, sin que éstas sean dudosas o contingentes y sólo fundadas en esperanzas (Sentencia de 22 junio 1967 [RJ 1967/2926], que resume anterior jurisprudencia y ha servido de base para la posterior); ante la tajante afirmación de la sentencia de instancia de que el lucro cesante, como

miento del contrato..., op. cit., p. 25; NAVEIRA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño...*, op. cit., p. 95; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil...*, op. cit., pp. 151 y 152.

²⁴² SSTs de 8 de julio de 1996, ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1996, 5662); de 21 de octubre de 1996, ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1996, 7235); de 14 de julio de 2003, ponente D. Pedro González Poveda (RJ 2003, 4629); y de 30 de octubre de 2007, ponente D. Clemente Auger Liñán (RJ 2007, 1139).

²⁴³ Como afirman, entre otros, YZQUIERDO TOLSADA, M., «en los últimos tiempos se han podido comprobar algunos cambios de orientación bastante reconfortantes», *Sistema de Responsabilidad Civil...*, op. cit., pp. 152. En el mismo sentido NAVEIRA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño...*, op. cit., p. 95.

²⁴⁴ STS de 30 de junio de 1993, ponente D. Rafael Casares Córdoba (RJ 1993, 5340).

²⁴⁵ STS de 29 de septiembre de 1994, ponente D. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa (RJ 1994, 7026).

ganancia dejada de obtener, no se ha acreditado, es incuestionable, a la luz de la citada doctrina jurisprudencial, el rechazo de esta segunda alegación»²⁴⁶.

La jurisprudencia más reciente atenúa el rigor en la estimación del lucro cesante. Tal orientación se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1996, en la que la entidad mercantil «Computer Center Dos, SA» interpuso una demanda contra la Comunidad de Propietarios donde se ubicaba el local en el que ejercía su actividad profesional de venta y distribución de ordenadores, en reclamación dineraria por el lucro cesante por los daños sufridos como consecuencia de unas filtraciones de agua producidas por la rotura de las tuberías de conducción pertenecientes a la parte demandada y que discurrían por el techo del local afectado. El Tribunal Supremo sostiene que en relación al artículo 1106 del Código civil, «la jurisprudencia civil en esta cuestión se ha mostrado restrictiva, pues excluye del ámbito de ganancias las futuribles, que son simples expectativas pero no consolidadas por presentarse dudosas, al responder a supuestos carentes de realidad y de resultado inseguro por estar desprovistos de constatada certidumbre. Las ganancias que pueden reclamarse son aquellas en las que concurren verosimilitud suficiente para poder ser reputadas como muy probables, en la mayor aproximación a su certeza efectiva. En todo caso, es preciso que se haya practicado prueba suficiente, respecto a la relación de causalidad entre el evento y las consecuencias negativas derivadas del mismo, con relación a la pérdida de provecho económico»²⁴⁷. Si bien el recurso de casación es desestimado por no acreditarse la relación de causalidad entre los daños producidos por las filtraciones de agua y la disminución de las ventas, lo relevante de la sentencia es el giro producido. Esto es, de exigirse tradicionalmente una rigurosa prueba de la certeza de las ganancias dejadas de obtener, se pasa a exigirse ahora la prueba de una «verosimilitud suficiente para poder ser reputadas como muy probables, en la mayor aproximación a su certeza efectiva», lo que resulta conforme con lo establecido por la doctrina científica. En definitiva, la evolución jurisprudencial se encuentra en el paso de exigir rigurosamente una certeza absoluta de las ganancias frustradas, a la realización de un juicio de la probabilidad de la obtención de las ganancias²⁴⁸.

La doctrina establecida por la anterior sentencia ha sido adoptada por los posteriores pronunciamientos jurisprudenciales; así la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1996, que afirma que «resulta probada la existen-

²⁴⁶ STS de 8 de junio de 1996, ponente D. Pedro González Poveda (RJ 1996, 4831). En el mismo sentido la STS de 30 de noviembre de 1993, ponente D. Jaime Santos Briz (RJ 1993, 9222).

²⁴⁷ STS de 8 de julio de 1996, ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1996, 5662).

²⁴⁸ La sentencia indicada también ha sido citada por LLAMAS POMBO, E., «Comentario a los artículos 1.096...», *op. cit.*, p. 1855 y NAVEIRA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, p. 95.

cia de las pérdidas reclamadas, con lo que el problema se concreta a su cuantificación económica, que ha de ser objeto de apreciación ponderada, al moverse el juzgador en un campo hipotético y hace como más adecuado aplicar criterios de razonable probabilidad, de forma que el juicio de valor obtenido sea lo más próximo a lo que podría resultar realidad cierta y comprobada, de acuerdo con el desarrollo normal que corresponden a los acontecimientos»²⁴⁹.

Muy ilustrativa es la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2007, que «sintetiza la Sentencia de esta Sala de 29 de diciembre de 2000 (RJ 2001, 1474) la doctrina jurisprudencial sobre el lucro cesante en los siguientes términos: “dice la de 30 de diciembre de 1977 [RJ 1977, 4897] (con alusión a las de 17 noviembre 1954 [RJ 1954, 2870] y 6 de mayo 1960 [RJ 1960, 1716]) que la exigencia del lucro cesante no puede ampararse sin más y exclusivamente en la dicción genérica del art. 1106 CC, sino que es preciso probar que realmente se han dejado unas ganancias concretas que no han de ser dudosas y contingentes. Y señala la de 22 de junio de 1967 (RJ1967, 2926) que el lucro cesante o ganancia frustrada ofrece muchas dificultades para su determinación y límites, por participar de todas las vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios, y para tratar de resolverlas el Derecho científico sostiene que no basta la simple posibilidad de realizar la ganancia, sino que ha de existir una cierta probabilidad objetiva, que resulte del decurso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto, y nuestra jurisprudencia se orienta en un prudente sentido restrictivo de la estimación del lucro cesante, declarando con reiteración que ha de probarse rigurosamente que se dejaron de obtener las ganancias, sin que éstas sean dudosas o contingentes y sólo fundadas en esperanzas, pues no pueden privarse de supuestos meramente posibles pero de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, por lo que esas pretendidas ganancias han de ser acreditadas y probadas mediante la justificación de la realidad de tal lucro cesante. La doctrina expuesta se recoge y desarrolla en la moderna jurisprudencia..., que resalta la apreciación restrictiva o ponderada y la necesidad de probar con rigor (‘al menos razonable’ dicen las Sentencias de 30 de junio de 1993 [RJ 1993, 5340] y 21 de octubre de 1996 [RJ 1996, 7235]) la realidad o existencia (‘aplicando criterios de probabilidad de acuerdo con el curso normal de los acontecimientos’,...), pues el lucro no puede ser dudoso o incierto, de ahí que se deban rechazar las ganancias contingentes o fundadas en meras esperanzas, o expectativas sin sustento real..., y que no se pueda fijar subjetivamente por el juzgador con fundamento en la equidad (S. 6 septiembre 1991). También se pone de relieve la necesidad de existencia de un nexo causal (Sentencias 17 diciembre 1990 y 5 noviembre 1998, entre otras) que

²⁴⁹ STS de 21 de octubre de 1996, ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1996, 7235).

en realidad no es otra cosa que la posibilidad de haber podido obtener las ganancias en caso de no haberse producido el evento"... el lucro cesante "no incluye los hipotéticos beneficios o imaginarios sueños de fortuna"»²⁵⁰.

Resulta interesante, por resumir la orientación doctrinal vigente, la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2007, que declara que «el quantum [cuantía] de la indemnización por lucro cesante se refiere a beneficios futuros y debe obtenerse mediante apreciaciones prospectivas (juicio de probabilidad, según la STS de 14 de julio de 2003, rec. 3427/1997), 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 la ponderación de las circunstancias de cada asunto; pero la existencia del perjuicio por este concepto, según se reclama, la jurisprudencia, debe ser probada con una razonable verosimilitud, cosa que no ocurre cuando la ganancia o beneficio futuro se presenta como meramente posible o hipotético, pero existen dudas sobre su producción o no se aprecia existencia en el marco de una lógica presunción sobre cómo se habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso... Este canon jurisprudencial tampoco permite revisar el importe de la indemnización concedida en el caso que enjuiciamos en casación, puesto que la denegación del lucro cesante no se efectúa en la sentencia recurrida por considerar que dicho tipo de perjuicio no sea susceptible de indemnización en el caso de haberse producido (con arreglo a la jurisprudencia que la parte recurrente cita), sino que la sentencia, partiendo de entender probada la existencia de una recuperación de la facturación en el cuarto trimestre de 1994, a la que acaba de hacerse referencia, y de que la parte demandante y ahora recurrente, pudiendo hacerlo, no aportó datos sobre el volumen de facturación u otros datos de mercado susceptibles de ser obtenidos durante los primeros meses del año 1995 anteriores a la interposición de la demanda –que hubieran permitido un cálculo prospectivo fundado en la proyección sobre el expresado ejercicio en su totalidad y el siguiente– considera que dicho lucro cesante correspondiente a los 1995 y 1996 no ha sido probado en cuanto a su misma existencia. Paladínamente afirma que "pese a ser presentada la demanda el 16 de junio de 1995, no se ha aportado ningún documento que permita apreciar el nivel de operacio-

²⁵⁰ STS de 30 de octubre de 2007, ponente D. Clemente Auger Liñán (RJ 2007, 1139). En el mismo sentido las SSTS de 5 de noviembre de 1998, ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 1998, 8404); 2 de marzo de 2001, ponente D. Pedro González Poveda (RJ 2001, 2590); de 8 de junio de 2001, ponente D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2001, 5538); de 14 de julio de 2003, ponente D. Pedro González Poveda (RJ 2003, 4629); de 28 de octubre de 2004, ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 2004, 7208); de 4 de febrero de 2005, ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 2005, 945) y de 7 de julio de 2005, ponente D. Pedro González Poveda (RJ 2005, 9545).

nes comerciales de la actora en ese período, haciendo una previsión de perjuicios que se extiende a dicho daño y al siguiente, sin ninguna prospección de mercado o corroboración apreciable por datos reales”»²⁵¹.

De acuerdo con lo anteriormente estudiado, debemos extraer las siguientes conclusiones:

1) En un sentido negativo del lucro cesante indemnizable, no serán resarcidas aquellas ganancias frustradas fundadas en meros sueños o esperanzas. Tampoco aquellas que sean dudosas o contingentes; no basta con la simple posibilidad de que, de no haberse producido el incumplimiento, la ganancia hubiera ingresado en el patrimonio del perjudicado.

2) El Tribunal Supremo consciente de que nos situamos en un ámbito que participa de todas las vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios, ha suavizado el rigor que supondría exigir una certeza absoluta de su existencia y cuantía, afirmando que serán indemnizables cuando quede constatado que concurre verosimilitud suficiente para poder ser reputadas como muy probables, en la mayor aproximación a su certeza efectiva, que resulte del curso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso²⁵².

3) Por lo que respecta a su cuantía, deberá ser calculado en virtud de los criterios objetivos de la 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.

4) La persona que reclame la indemnización del lucro cesante deberá probar el incumplimiento del contrato, que, de no haberse producido el mismo, las ganancias se hubieran obtenido, es decir, un vínculo causal entre el incumplimiento y el lucro frustrado, la probabilidad más cercana posible a la certeza absoluta de la existencia del lucro, así como los medios objetivos idóneos que reflejen el importe del lucro frustrado.

²⁵¹ STS de 31 de octubre de 2007, ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2007, 8515). En el mismo sentido, las SSTS de 21 de abril de 2008, ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2008, 4606); de 5 de mayo de 2009, ponente D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2009, 2907); de 1 de junio de 2009, ponente D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2009, 3191); y de 9 de abril de 2012, ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2012, 8986).

²⁵² Expresamente, el TS, mediante la sentencia de 6 de septiembre de 1991, ponente D. Antonio Gullón Ballesteros (RJ 1991, 6045), en coherencia con el dogma en materia de indemnización del lucro cesante de que debe concurrir un verosímil grado de certeza, declara en recurso de casación planteado en virtud de un litigio entre dos entidades mercantiles que suscribieron un contrato de obra que «si no ha podido [de]terminarse en el pleito cuál era la obra en cuestión y su volumen, faltan datos firmes para valorar un lucro cesante, sin que el auxilio a la equidad consienta su sustitución por un criterio meramente subjetivo, tanto más cuanto que es doctrina reiteradísima de esta Sala que el lucro cesante no puede ser dudoso o incierto».

Considero que en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo late lo establecido en la afortunada redacción del apartado segundo el párrafo 252 del BGB, a saber: «*Consideráse frustrada la ganancia que con cierta probabilidad fuese de esperar, atendiendo al curso normal de las cosas o a las especiales circunstancias del caso concreto, y particularmente a las medidas y providencias adoptadas*». Estimo de alabar que la Comisión de Codificación, siendo sensible a los criterios de la probabilidad y del curso normal de las cosas, de forma especular a nuestra reiterada jurisprudencia y al citado artículo del BGB, en el párrafo segundo del artículo 1207 de la PMCC, disponga que «*para la estimación del lucro cesante se atenderá a la probabilidad de su obtención según el curso normal de los hechos y circunstancias*»²⁵³.

Finalmente, del estudio jurisprudencial, nos resulta positivo observar cómo nuestros tribunales se están haciendo eco de los postulados de los PECL; así, la sentencia de 16 de abril de 2009 declara que «la denuncia de la infracción del Art. 1106 CC carece de fundamento a la vista de la sentencia recurrida. Según el Art. 1106 CC, este lucro cesante debe acordarse cuando se haya dejado de obtener una ganancia por parte del acreedor y, aunque es cierto que la jurisprudencia española ha sido restrictiva al señalar que no debe concederse indemnización en los casos de ganancias dudosas, sí se ha reconocido que, aplicando criterios de probabilidad, debe indemnizarse aquella “pérdida futura que razonablemente se prevea que puede ocurrir” (artículo 9:501 (2) PECL), criterio aplicado en la reciente doctrina de esta Sala con relación a las reclamaciones del lucro cesante»²⁵⁴. Tal vez, de una lectura superficial de la sentencia citada pudiera parecer que se está identificando el lucro cesante con el daño futuro, cuestión que hemos rechazado y que será objeto de análisis en el epígrafe siguiente. Considero que la correcta interpretación que debe realizarse de la comparación entre el lucro cesante y el daño futuro, es la referida a la forma de determinarse su existencia, es decir, que ambos serán indemnizables siempre que superen un juicio objetivo de probabilidad o razonabilidad en cuanto a su producción. La coincidencia entre las interpretaciones del artículo 1106 del Código civil y del 9:501(2) de los PECL realizada por el Alto Tribunal, reafirma la importancia práctica de la atenuación del rigor en la estimación del lucro cesante que tradicionalmente venía declarando dicho tribunal. También debe destacarse en mérito de la citada sentencia el efecto permeable que está teniendo y que, seguramente, se acrecentará en lo sucesivo, respecto de futuros pronunciamientos

²⁵³ Vid., GÓMEZ CALLE, E., «Los remedios ante...», *op. cit.*, p. 85.

²⁵⁴ STS de 16 de diciembre de 2009, ponente D. Encarnación Roca Trías (RJ 2010, 859).

jurisprudenciales, no sólo del Supremo, sino también de la jurisprudencia menor, lo que ya acreditan las sentencias de 6 de abril de 2011 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9.^a)²⁵⁵ y de 27 de mayo de 2011 de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 3.^a)²⁵⁶.

²⁵⁵ Sentencia de 6 de abril de 2011 de la AP de Madrid (Sección 9.^a), ponente D. Juan Ángel Moreno García (JUR 2011, 186877), que afirma que «como se recoge en la sentencia apelada y en el escrito de apelación, es doctrina legal reiterada recogida entre otras muchas en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009» el lucro cesante debe acordarse cuando se haya dejado de obtener una ganancia por parte del acreedor y aunque es cierto que la jurisprudencia española ha sido restrictiva al señalar que no debe concederse indemnización en los casos de ganancias dudosas, sí se ha reconocido que aplicando criterios de probabilidad, debe indemnizarse aquella «pérdida futura que razonablemente se prevea que puede ocurrir», criterio aplicado en la reciente doctrina de esta Sala con relación a las reclamaciones por lucro cesante. Así la sentencia de 5 de mayo 2009, al analizar la postura de la jurisprudencia de esta Sala, dice que, «En cuanto a la alusión a la doctrina jurisprudencial debe responderse señalando que, si bien es cierto que en la misma se mantiene un criterio restrictivo en la materia, y se resalta que la existencia del perjuicio por el concepto de lucro cesante debe ser probada con una razonable verosimilitud, cosa que no ocurre (Sentencia 21 de abril de 2008) “cuando la ganancia o beneficio futuro se presenta como meramente posible o hipotético, existen dudas sobre su producción o no se aprecia su existencia en el marco de una lógica presunción sobre cómo habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso”, por lo cual, obviamente, no se produce la automatidad a que alude la parte recurrente, sin embargo el artículo 1.106 del Código Civil, señala 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 (Sentencia 16 de marzo de 2.009), cuya 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 (Sentencia de 21 de abril de 2.008); y esta doctrina no ha sido desconocida en el caso». En el mismo sentido, la sentencia de 21 de abril 2008 señala que «En cuanto a los conceptos que se reclaman por lucro cesante, esta Sala tiene declarado que el quantum (cuantía) de la indemnización por lucro cesante, cuando éste se refiere a beneficios futuros, debe obtenerse mediante apreciaciones prospectivas (juicio de probabilidad, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2003, recurso 3427/1997), 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; pero la existencia del perjuicio por este concepto debe ser probada con una razonable verosimilitud, cosa que no ocurre cuando la ganancia o beneficio futuro se presenta como meramente posible o hipotético, existen dudas sobre su producción o no se aprecia su existencia en el marco de una lógica presunción sobre como habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso (Sentencias Tribunal Supremo 31 de mayo 2007, 2007/40208, 18 de septiembre de 2007, recurso 4426/2000). Como consecuencia de ello se impone a la parte actora la carga de ofrecer los datos que, a tenor de la situación existente al presentar la demanda o en el momento de practicar la prueba, mediante su proyección sobre el período futuro objeto de la reclamación, permitan un cálculo prospectivo del lucro cesante (Sentencia Tribunal Supremo 31 de octubre de 2007). En el presente caso aplicando dicha doctrina, debe entenderse que la cantidad que se reclama en la demanda reconventional de 4.500.000 # en concepto de lucro cesante está huérfana de toda probabilidad o prueba de su efectividad; teniendo en cuenta que dicha petición se hace en base al contrato suscrito entre PUBLISCREEN y PUBLISEIS, en fecha 27 de noviembre de 2006, folios 342 a 345 de los autos, en el que en su estipulación 2.1 se recoge que PUBLISEIS garantizaba a la parte esos ingresos netos de 900.000 # al año».

²⁵⁶ Sentencia de 27 de mayo de 2011 de la AP de A Coruña (Sección 3.^a), ponente D. Rafael Jesús Fernández-Porto García (JUR 2011, 224344).

4.4 Los daños no patrimoniales

4.4.1 CONCEPTO

El daño no patrimonial contractual ya ha sido definido como la lesión o vulneración del interés no patrimonial que sufre una de las partes contractuales como consecuencia del incumplimiento del contrato, interés que es reflejo de la utilidad, de la satisfacción no patrimonial o inmaterial que la misma tiene en el correcto cumplimiento del contrato. El daño no patrimonial supone una agresión a la esfera personal del perjudicado²⁵⁷.

Previamente al análisis del alcance de la indemnización del daño no patrimonial en los PECL y a sus posibles límites, estimo necesario abordar su inclusión en los mismos y su estudio en otros textos uniformes del Derecho de la contratación.

4.4.2 EL DAÑO NO PATRIMONIAL EN LOS PECL Y EN OTROS TEXTOS UNIFORMES

a) *La inclusión del daño no patrimonial en los PECL*

Los PECL admiten sin ningún género de duda la indemnización de los daños no patrimoniales²⁵⁸. Expresamente el párrafo segundo de su artículo 9:501 dispone que «*las pérdidas que cubre esta indemnización incluyen: (a) Pérdidas no pecuniarias*»²⁵⁹. En su Comentario, con mayor amplitud que la mera referencia a los daños no patrimoniales del precepto, se afirma que «las

²⁵⁷ Como indican ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., «el incumplimiento contractual puede causar daños no sólo pecuniarios, sino también no pecuniarios o morales. Mientras que la indemnización de los primeros no ha suscitado duda, sí la ha suscitado la indemnización de los segundos en el ámbito de responsabilidad contractual», *op. cit.*, p. 372.

²⁵⁸ Sobre el daño no patrimonial en los PECL, *vid.*: CHENGWEI, L., «Remedies for Non-performance...», *op. cit.*, pp. 4 y 5; Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 372 y 373; MARI, A., «Commentary Arts. 9:501...», *op. cit.*, pp. 443 y 446; NAVAS NAVARRO, S., «El resarcimiento...», *op. cit.*, pp. 1241 y 1242; PALAZÓN GARRIDO, M.L., «El nuevo derecho...», *op. cit.*, pp. 89 y 90 y RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., «La reparación del daño moral en el marco del futuro Derecho contractual europeo», en AA. VV., *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, (coordinadores Josefina Alventosa del Río y Rosa Moliner Navarro), Volumen II, Publicacions Universitat de València, Valencia, 2008, pp. 963 a 967.

²⁵⁹ Como ya habían sostenido MAZEAUD, H.L. y J., «exigir un daño no significa exigir una pérdida pecuniaria. El hombre no sólo sufre cuando es lesionado en sus intereses materiales; un atentado contra sus intereses morales le puede resultar todavía más sensible. Eso quiere decir que la víctima de un *perjuicio moral* tiene el derecho de pedir reparación, igual que la víctima de un *perjuicio material*», *Lecciones de Derecho Civil, Parte Segunda, Volumen II. La responsabilidad Civil. Los cuasicontratos*, traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, p. 60.

pérdidas reparables no se limitan a las pérdidas pecuniarias, sino que pueden cubrir también, por ejemplo, daños o sufrimientos, molestias o la carga psicológica o “daños morales” que el incumplimiento de la prestación suponga para la otra parte»²⁶⁰. A ello debe añadirse que, en las Notas de Derecho Comparado, de forma detallada se prevén como causas de los daños no patrimoniales el «daño y los inconvenientes subsiguientes al daño físico, a la vergüenza o a la vejación, o pueden derivar del ataque al honor, la reputación o la personalidad de un determinado sujeto, o por la muerte de un cónyuge o de otra persona próxima»²⁶¹.

Por tanto los PECL no sólo incluyen como una partida indemnizatoria el daño no patrimonial, sino que adoptan un concepto amplio del mismo²⁶², lo que supone una importante diferencia respecto al silencio o limitada admisión del daño no patrimonial en los Códigos civiles europeos, que han motivado un importante esfuerzo jurisprudencial²⁶³, ya para admitirlos, ya para delimitar su ámbito de aplicación²⁶⁴. Dicha amplitud se pone de manifiesto no sólo en la extensión objetiva del daño no patrimonial, sino también en la subjetiva.

²⁶⁰ LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 641.

²⁶¹ LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 643 y 644.

²⁶² Coincidimos con RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M., quien, al referirse al daño moral en los PECL (si bien estimo más acertado como ya se ha justificado el empleo de las expresiones daño no patrimonial o pérdidas no pecuniarias), sostiene que «se adopta un concepto amplio de tal clase de daño. En qué consiste un concepto amplio de daño moral. Por una parte, tal concepto aparece desligado del ataque o lesión dirigidos a bienes o derechos extrapatrimoniales o de la personalidad. En segundo lugar, se define el perjuicio moral como el impacto o el sufrimiento psíquico o espiritual que resulta de la lesión de cualquier interés jurídico, también en los casos en que el interés primariamente lesionado posee naturaleza patrimonial», «La reparación del daño moral...», *op. cit.*, p. 964.

²⁶³ Como afirma RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M., «la regla de la reparación del daño moral contractual introducida en los distintos trabajos de unificación del Derecho Privado Contractual europeo es innovadora, y en absoluto se limita a sancionar soluciones ya largamente asumidas en los diversos sistemas jurídicos nacionales. Todo lo contrario, tal admisión generalizada no está presente en la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales, produciéndose en este punto una confrontación clara entre las reglas de derecho privado europeo y las reglas nacionales, aunque bien es cierto que la jurisprudencia de muchos países mantiene en la actualidad una postura cada vez más favorable a la reparación de tal daño», «La reparación del daño moral...», *op. cit.*, p. 938.

²⁶⁴ Tal y como afirman LANDO, O., BEALE, H., «los ordenamientos jurídicos se diferencian en el alcance de las reclamaciones por daños y perjuicios, así como en el tipo de daños concretos que se pueden compensar. a) Daños morales. En FRANCIA y BÉLGICA ha habido importantes avances. Antiguamente era muy poco frecuente conceder indemnizaciones por daños morales, pero en la actualidad sí se permite su reparación en dicho concepto (“*préjudice moral*”), lo que incluye los daños por ataques a la reputación o el honor de una persona, la pérdida de un pariente o amigo próximo, algunos daños físicos que no implican pérdida económica (pérdida del sentido del olfato, cicatrices que desfiguran el físico) y la decepción. V. *Viney*, *Conditions* n 253 ss y *Treitel*, *Remedies* § 156. El Derecho PORTUGUÉS también dispone normas sobre daños en el caso de pérdidas no pecuniarias, ver *Telles* 383, *Jorge* 597 y *Costa*, *Obrigações* 505 ss. Igual ocurre en el Derecho ESPAÑOL, STS 9 mayo 1984, 13 diciembre 1986, 3 junio 1991 (*Lacruz-Delgado*, II, 1, § 27, 211-212; *Díez-Picazo* II 688). b) Diferencia entre daños, sufrimientos y decepción. En el Derecho INGLÉS se pueden reparar en caso de incumplimiento, daños por pérdidas no pecuniarias como el dolor, el sufrimiento y las molestias físicas: e.g. *Godley v. Perry* [1960] 1 W. L. R. 9, Q. B.: *Hobbs*

Por lo que respecta a la extensión o ámbito objetivo del daño no patrimonial, las referencias a los sufrimientos, molestias, la carga psicológica o daños morales, así como los inconvenientes subsiguientes al daño físico, a la vergüenza o a la vejación, al ataque al honor, a la reputación o a la personalidad y a la muerte, nos describen un daño no patrimonial amplio, que engloba todas las posibles perturbaciones o lesiones que afecten a la esfera personal de los contratantes. Considero que la enumeración que realizan los PECL no debe entenderse como *numerus clausus*, no sólo porque expresamente la dispone a modo de ejemplo, sino porque de la filosofía que subyace en la misma se desprende que tienen cabida bajo el concepto de daño no patrimonial todas las posibles lesiones que sufran las partes en su esfera personal. De lo expuesto se colige que la concepción de la esfera personal que realizan los PECL es integral.

En relación a la extensión o ámbito subjetivo del daño no patrimonial, las referencias a un determinado sujeto, o por la muerte de un cónyuge o de otra persona próxima, reflejan que el daño no patrimonial abarca no sólo a la parte contratante en sí misma considerada, sino también los efectos perjudiciales

v. *L. S. W. R.* (1875) Lr 10 Q. B. 111, C. A. Sin embargo, no se otorga indemnización por daños ante vejación o decepción, salvo en casos en que el contrato tuviera que facilitar entretenimiento (e.g. un contrato de vacaciones con todo incluido: *Jarvis v. Swan Tours Ltd.* [1973] Q. B. 233, C. A.) o reposos y tranquilidad (*Heywood v. Wellers* [1976] Q. B. 446, C. A.): ver *Bliss v. SETRHA* [1985] I. C. R. 700, C. A. Estas decisiones judiciales se consideran vinculantes en IRLANDA, v. *Clark* 461. En el Derecho escocés resulta similar al Derecho INGLÉS, ver e.g. *Diesen v. Samson* 1971 s.l.t. (Sh. Ct.) 49. En el Derecho AUSTRÍACO, se pueden recuperar daños por dolor y sufrimiento, tanto por vía contractual como por vía penal (AGBG § 1325; v. también § 1331). No se restringe la reparación general por pérdidas no pecuniarias, v. (c) *infra*. c) Límites a la reparación de pérdidas no pecuniarias. Los ordenamientos ITALIANO, ALEMÁN, DANÉS, FINLANDÉS, GRIEGO y NEERLANDÉS sólo admiten la indemnización por daños respecto de pérdidas no pecuniarias si así se ha previsto por la ley; p.ej., v. BGB ALEMÁN, § 253; *Treitel*, Remedies § 157; el art. 2059 cc italiano limita la indemnización en las acciones penales a casos en que la conducta del demandado tenga carácter delictual; esto excluye los daños no pecuniarios debidos al incumplimiento del contrato, v. *Cian & Trabucchi*, arts. 1223 y 2059. En ALEMANIA se ha aplicado la regla de los procesos civiles por daños contenida en el § 847 BGB, respecto de daños distintos a los monetarios o pecuniarios por daños físicos y detenciones ilegales, a casos que daban origen tanto a responsabilidad civil contractual como a responsabilidad penal, pero no a casos en los que la demanda se basaba exclusivamente en el contrato. Sin embargo, el § 651 BGB da derecho a que los clientes reciban una compensación razonable como consecuencia de unas vacaciones perdidas ya que, al incumplirse el contrato por parte de la agencia, se ha impedido o se ha perjudicado seriamente el viaje del cliente, v. § 253 BGB, etc. *Treitel* Remedies § 157. En AUSTRIA un prestigioso autor defiende que si ha habido negligencia grave se pueden recuperar cualesquiera pérdidas no pecuniarias: *Bydlinsky* Jbl 1965, 173, 237. En DINAMARCA y en los PAÍSES BAJOS las pérdidas o daños no pecuniarios suelen poder reclamarse en vía penal, y en ciertos casos, también se aplican a los contratos normas como las del art. 6:106 del BW neerlandés y los §§ 3 y 26 de la *Danish Damages act* 1984; v. en el ordenamiento NEERLANDÉS art 6:95 y 6:106 del BW y en el ordenamiento DANÉS, *Vinding Kruse* 345 ss.; en similar sentido, en el ordenamiento SUECO, ver *Hellner*, *Skadestandsrätt* 357 ss. y en el ordenamiento FINLANDÉS, v. *Taxell*, *Skadestånd* 183. En el ordenamiento GRIEGO, v. art 299 CC (únicamente para supuestos civiles en los que se hayan violado derechos de la personalidad) y *Ligeropoulos*, Erm. AK art. Vol II/1 299 nos. 2-4, 8 (1994), que critica dicha norma», *Principios de Derecho...*, op. cit., pp. 643 y 644. *Vid.*, PALAZÓN GARRIDO, M.L., *Los remedios frente ...*, op. cit., pp. 204 a 207.

que los daños sufridos por las personas próximas a las partes contratantes tengan en el mismo.

Resulta muy ilustrativo de la concepción del daño no patrimonial en los PECL el propio ejemplo que cita el Comentario, de manera que si «A hace una reserva de vacaciones en la empresa B, que es una agencia de viajes. El paquete de las vacaciones reservadas incluye una semana en lo que se describe como una habitación espaciosa en un hotel de lujo con cocina excelente. En realidad, la habitación es un tugurio sucio, y la comida es espantosa. A tiene derecho a una indemnización por los inconvenientes sufridos y por aquello de lo que no ha podido disfrutar»²⁶⁵.

En la actualidad, los problemas relativos al daño moral contractual ya no giran en torno a su carácter indemnizable²⁶⁶, sino en relación a su alcance, a la amplitud del mismo²⁶⁷.

b) *El daño no patrimonial en la CISG*

Por lo que respecta a la CISG, su artículo 74 establece el principio general de la reparación de los daños y perjuicios en los siguientes términos: «*la indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en*

²⁶⁵ LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, op. cit., p. 641. Sobre las vacaciones *mal gastadas, frustradas o arruinadas* como supuestos clásicos de daño moral contractual, *vid.*, en nuestra doctrina, GARCÍA RUBIO, M.ªP., *La responsabilidad contractual de las agencias de viaje*, Montecorvo, 1999, Madrid, pp. 220 a 235; y GÓMEZ CALLE, E., *El contrato de viaje combinado*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 244 a 251.

²⁶⁶ Como afirma MARTÍN PÉREZ, J.A., «ya no tiene sentido plantearse si el daño moral ha de ser indemnizado; hoy es una realidad fruto de una evolución difícil de cuestionar. En cambio, sí tiene sentido aún plantearse si es oportuno definir el daño moral y qué funciones cumple su resarcimiento, en cuanto que ello puede proporcionar pautas sobre el alcance de los supuestos indemnizables...el gran problema que plantea actualmente el daño no patrimonial es el de su cuantificación y la arbitrariedad que genera la falta de criterios que den uniformidad, dado que se hace preciso compensar económicamente sentimientos que no tienen un valor pecuniario», «Prólogo», a la obra de BARRIENTOS ZAMORANO, M., *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2007, p. 21.

²⁶⁷ Al respecto, señala RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M., que «cuando se estudia la regulación de cada uno de los textos, base de un futuro Derecho europeo de Contratos, se comprueba cómo el problema hoy en día no radica ya en la admisión de la reparación del daño moral contractual sino sobre todo en el alcance de ese reconocimiento. Así, el Código de Pavía adopta un concepto estricto de daño moral (muy ligado a la lesión de derechos de la personalidad) que tiene como consecuencia la restricción de las hipótesis de relaciones contractuales en que puede repararse el daño moral. Por el contrario, la adopción de un concepto amplio de daño no patrimonial en los citados Principios *Unidroit* o en los Principios de Derecho Contractual Europeo (identificado con el dolor, las molestias o el sufrimiento) tiene la indudable ventaja de ser una fórmula flexible, pero puede conducir, por una parte, a una apertura peligrosa a la reparación de tal daño en todos los casos de incumplimiento de contrato y, por otra, a la necesidad consiguiente de poner límites a tal indemnización», «La reparación del daño moral...», op. cit., p. 939.

que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato». Tal precepto, al disponer dicha regla general, alude al daño emergente y al lucro cesante y establece como límite de su indemnización el *test* de previsibilidad, omitiendo cualquier tipo de referencia expresa a la exclusión o inclusión del daño no patrimonial²⁶⁸. Difícilmente puede justificarse que tal omisión responda a una mera preterición no intencional, ya que, como señala PANTALEÓN PRIETO, la cuestión del daño no patrimonial ya fue discutida en la elaboración de la ULIS²⁶⁹.

Algunos autores han entendido que en la CISG el daño no patrimonial constituye una partida indemnizatoria más. Al respecto han indicado ILLESCAS ORTIZ y PERALES VISCASILLAS, que «el texto oficial en inglés utiliza la expresión “sum” (suma), es decir, la compensación es monetaria, pero ello no quiere decir que no encuentre cabida dentro del artículo 74 daños que no tengan una traducción monetaria inmediata (daño abstracto, por ejemplo, pérdida de reputación, sino que necesitan de una estimación por parte del tribunal»²⁷⁰. La referencia al *valor de la pérdida sufrida* ¿tiene que ser obligatoriamente interpretada como valor de una pérdida patrimonial?, ¿podría tener cabida la valoración en dinero de pérdidas sufridas en intereses no patrimoniales? Por mi parte, estimo precipitada la exclusión de forma radical de la indemnización del daño no patrimonial en la CISG con base sólo en el artículo 74.

Pero antes de pronunciarnos sobre si la CISG incluye o no como daños indemnizables los no patrimoniales, debemos acudir a otros preceptos del mis-

²⁶⁸ GARRO, A.M., ZUPPI, A.L., *Compraventa internacional...*, *op. cit.*, p. 208.

²⁶⁹ Sostiene PANTALEÓN PRIETO, F., que «la tentación de resolver en sentido negativo la cuestión de la resarcibilidad en la Convención del *daño no patrimonial* sin más argumento que el del «acento patrimonial» de la expresión «el valor de la pérdida sufrida y de la ganancia dejada de obtener» en el inciso primero del artículo comentado debe ser resistida. Dichas palabras de la versión española de la Convención se corresponden con locuciones de las versiones inglesa («*the loss, including loss profit*») y francesa («*à la partie subie et au ain manqué*») iguales a las utilizadas con idéntica finalidad en los artículos 82 y 86 LUVI, donde ciertamente no bastaron para evitar una polémica sobre resarcibilidad del daño no patrimonial en la Ley Uniforme, que la opinión dominante resolvió afirmativamente», «Comentario artículo 74...», *op. cit.*, p. 593.

²⁷⁰ ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., *Derecho Mercantil...*, *op. cit.*, p. 223. En el mismo sentido RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., «La reparación del daño moral...», *op. cit.*, p. 951.

mo cuerpo legal. El artículo 2 enumera una serie de contratos de compraventa que quedan fuera del ámbito de aplicación de la Convención; concretamente su apartado a) hace referencia a las «*mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico*»²⁷¹; el artículo 5 dispone que «*la presente Convención no se aplicará a la responsabilidad del vendedor por la muerte o las lesiones corporales causadas a una persona por las mercaderías*»²⁷², y el artículo 7.2 se refiere al método de integración de las lagunas señalando que «*las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la Ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado*»²⁷³.

De la lectura de los tres artículos enunciados se pueden sacar las siguientes conclusiones:

– Cuando en el apartado a) del artículo 2 de la CISG se excluyen expresamente de su ámbito de aplicación los contratos de compraventa que tengan por objeto mercaderías para uso personal, familiar o doméstico, lo que en realidad se está excluyendo es su aplicación a los contratos realizados con consumidores, contratos que, como afirma PANTALEÓN PRIETO, son «los únicos cuya carencia suele causar al comprador perjuicio no patrimonial»²⁷⁴, lo que le lleva a sostener al autor citado que «es prácticamente imposible concebir en el ámbito de aplicación de la Convención un ejemplo de incumplimiento que cause al comprador un daño no patrimonial»²⁷⁵. Sin embargo, no compartimos las anteriores afirmaciones de PANTALEÓN PRIETO; baste pensar que una vez que dos empresas celebran un contrato sometido al régimen de la CISG, puede

²⁷¹ Vid., sobre el artículo 2 de la CISG: OLIVA BLÁZQUEZ, F., *Compraventa Internacional de Mercaderías (Ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002 y CAFFARENA LAPORTA, J., «Comentario artículo 2», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, pp. 59 a 67.

²⁷² Vid., sobre el art. 5 de la CISG, ROJO AJURIA, L., «Comentario artículo 5», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, pp. 87 a 92.

²⁷³ Vid., sobre el art. 7 de la CISG: ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, pp. 118 a 120. CALVO CARAVACA, A.L., «Comentario artículo 7», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, pp. 110 a 113.

²⁷⁴ PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario artículo 74...», *op. cit.*, p. 593. En el mismo RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., «La reparación del daño moral...», *op. cit.*, pp. 951 y 952.

²⁷⁵ PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario artículo 74...», *op. cit.*, p. 593. Vid., también ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., *Derecho Mercantil...*, *op. cit.*, pp. 91 113.

producirse un incumplimiento que conlleve perjuicios no patrimoniales, por afectar, por ejemplo, a la reputación o al buen nombre comercial de la que lo sufre. Que dichos perjuicios no sean frecuentes, o que a la postre tengan también una repercusión genuinamente patrimonial, no puede llevarnos a negar de plano su compensación, máxime cuando existen sentencias que, como se tratará posteriormente, tácitamente han reconocido su indemnización.

– En virtud del artículo 5 de la CISG, se excluye expresamente de su ámbito de aplicación la responsabilidad del vendedor derivada de la muerte o las lesiones corporales producidas por las mercaderías. Estimo que tal exclusión no debería suponer un argumento lo suficientemente convincente para decantarnos en favor de la exclusión del daño no patrimonial en la indemnización, porque tales hechos no agotan las múltiples circunstancias productoras del daño no patrimonial. ¿Podría producirse un daño no patrimonial cuando del incumplimiento del contrato derive una pérdida de reputación, crédito comercial o incluso de clientela? Un sector de la doctrina afirma que en los supuestos que el incumplimiento produce esos daños, en realidad se está en presencia de un daño patrimonial²⁷⁶. Sin embargo, otro sector sostiene que esos perjuicios son daños no patrimoniales²⁷⁷.

²⁷⁶ PANTALEÓN PRIETO, F., afirma que «el daño no patrimonial no es resarcible en la Convención; y en el bien entendido de que un perjuicio medible en dinero, como por ejemplo la pérdida de negocio provocada por el deterioro del crédito o prestigio ante la clientela, no deja de ser patrimonial, indemnizable en la cantidad que el Juez o el Tribunal arbitral estime razonable si previsible al tiempo de contratar, por el hecho de que no pueda cifrarse con exactitud», «Comentario artículo 74...», *op. cit.*, p. 594; En el mismo sentido VÁZQUEZ LEPINETTE, T., *Compraventa internacional...*, *op. cit.*, p. 302.

²⁷⁷ Afirma CHENGWEI, L., que el «art. 74 CISG is, however, not applied to claims for damages in the case of the death or the bodily injury of a person caused by the goods, irrespective of whether or not the contracting party himself or a third person is involved. Art. 5 CISG excludes the claim for such damages from the scope of the Convention. The CISG only knows of compensation in money. However, a rule governing such non-pecuniary loss might find application, in international commerce, in regard to contracts concluded by artists, outstanding sportsmen or women and consultants engaged by a company or by an organization. Therefore, recoverable loss under both UPICC and PECL, whose sphere of applications is each broader than the CISG and not limited to sales of goods, is not confined to pecuniary loss but may cover non-pecuniary loss, for example, pain and suffering, inconvenience and mental distress resulting from the failure to perform. Art. 7.4.2(2) UPICC expressly provides for compensation also of non-pecuniary harm and states: «Such harm may be non-pecuniary and includes, for instance, physical suffering or emotional distress.»... However, one should note that such a radical difference between the damages provisions in the CISG and those in the two Principles, namely in respect of non-pecuniary damages or damages resulting from personal injury or death, «does not so much reflect a difference in the basic approach between the CISG and UNIDROIT Principles [as well as European Principles] as the fact that the drafters of the CISG wished to remove the complex area of products liability from the sphere of the CISG. The fact that such a provision is included in the UNIDROIT Principles [as well as European Principles] provides good grounds for arguing that the provisions of article 5 CISG should be restrictively interpreted and only the liability for personal injury or death should be excluded, but not other personal damages such as damage to reputation.» It is submitted that there may be at least two kinds of situations in which this type of loss may be compensated under the CISG. The first situation is the one where the purpose of the transaction is entirely non-material, and the parties are aware of such a purpose. Accordingly, the loss,

– El párrafo segundo del artículo 7 regula el método de integración de las lagunas, estableciendo que «*las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la Ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado*»²⁷⁸. Como afirman ILLESCAS ORTIZ y PERALES VISCASILLAS, «la principal virtud de este artículo consiste en evitar cualquier recurso prematuro al Derecho nacional, a la vez que logra crear un sistema autosuficiente que, como es lógico, no pre-

caused by the breach, which totally or substantially undermines the whole (non-material) purpose of the transaction, should be recoverable. However, in a context of international commerce, the situations of this kind seem to be quite non-typical. The second situation is where an injured party's business reputation was negatively affected as a result of the breach. In commerce in general and in international sales, in particular, business reputation plays an important role. It can affect and sometimes pre-determine the state of affairs of a subject of commercial activity. Thus, it is suggested that, at least in theory, loss of reputation *in itself* should be recoverable under Art. 74», «Remedies for Non-performance...», *op. cit.*, pp. 4 y 5. En el mismo sentido EISELEN, S., sostiene que «here is one radical difference between the damages provisions in the CISG and those in the UNIDROIT Principles, namely in respect of non-pecuniary damages or damages resulting from personal injury or death. Article 5 CISG excludes the claim for such damages from the scope of the Convention. Therefore, whether a party will be entitled to such damages will depend on the provisions of the applicable national legal system. However, article 7.4.2 of the UNIDROIT Principles specifically includes liability for such damages. This does not so much reflect a difference in the basic approach between the CISG and UNIDROIT Principles as the fact that the drafters of the CISG wished to remove the complex area of products liability from the sphere of the CISG. The fact that such a provision is included in the UNIDROIT Principles provides good grounds for arguing that the provisions of article 5 CISG should be restrictively interpreted and only the liability for personal injury or death should be excluded, but not other personal damages such as damage to reputation», «Remarks on the Manner in which the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts May Be Used to Interpret or Supplement Article 74 of the CISG», October 2004, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni74.html>. En nuestra doctrina PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., sostiene que «en el concepto de daños recogidos en el artículo 74 CNUCCIM se acoge el daño actual o daño efectivamente sufrido y el lucro cesante o ganancia dejada de obtener. Parece asimismo que pueden entrar dentro del ámbito de aplicación otros tipos de daños siempre que cumplan con el test de previsibilidad del artículo 74 CNUCCIM y, en particular, que puedan configurarse como consecuencia posible del incumplimiento del contrato. En otros términos, los daños directos e indirectos pueden ser reclamados. Así por caso, el daño moral (pérdida de reputación, por ejemplo), sea o no éste causado por una actitud fraudulenta o engañosa», «El contrato de compraventa internacional...», *op. cit.*, p. 66. En el mismo sentido ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., *Derecho Mercantil Internacional...*, *op. cit.*, p. 223.

²⁷⁸ Afirma CALVO CARAVACA, A.L., que «el artículo 7.2 sigue en este punto fielmente el precedente del artículo 17 de la LUVI, que también recurría a los principios generales del Derecho para colmar las lagunas legales. Estos plantean tres problemas fundamentales: el de su justificación, el de la determinación del momento o fase en que podrá acudir a ellos por parte de tribunales u órganos arbitrales y el de la enunciación de cuáles son. Su utilización está justificada por el deseo de procurar que sea la propia Convención de Naciones Unidas la que suministre la solución a los problemas jurídicos incluidos en su ámbito de aplicación, evitando en la medida de lo posible el recurso a los sistemas de Derecho internacional privado y Derechos materiales de los Estados contratantes de acuerdo con el espíritu del artículo 1 de la Convención. Exigencias de seguridad jurídica aconsejan no acudir a ellos más que cuando los métodos de interpretación ordinarios—incluida, por ejemplo, la analogía y argumento *a contrario*—no permitan encontrar una solución con base en una disposición expresa del mismo texto convencional», «Comentario artículo 7», *op. cit.*, p. 111.

tende regular todas las cuestiones que en una compraventa puedan suscitarse... De todas formas, el que las lagunas deban solucionarse acudiendo a los principios generales es lo más adecuado si se piensa que el propósito de la Convención es llegar a convertirse en un derecho de la compraventa de aplicación general y universal»²⁷⁹. Si del tenor literal del artículo 74 se extrae el principio general de *full compensation*, y en virtud del artículo 7.2 una de las formas de integrar las lagunas es mediante los principios generales proporcionados por la propia CISG, la ausencia de una remisión expresa al carácter indemnizable del daño no patrimonial podría resolverse mediante el principio de reparación integral del daño.

El Compendio de la CNUDMI sobre jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías²⁸⁰ establece que «el artículo 74 no excluye las pérdidas relativas a intereses inmateriales, como las que afectan al prestigio de una parte agraviada a raíz del incumplimiento de la otra parte. Algunos fallos han reconocido tácitamente el derecho a indemnización de los daños y perjuicios resultantes de atentados contra la reputación o el buen nombre, pero por lo menos uno denegó ese derecho con arreglo a la Convención. Un tribunal consideró infundada una reclamación por pérdida de clientela y pérdida de reputación»²⁸¹. Las sentencias que han reconocido tácitamente la indemnización por los daños en la reputación y el buen nombre son: «Helsingin hovioikeus», Finlandia, de 26 de octubre de 2000, en la que se afirma que la indemnización relacionada con la pérdida del buen nombre se calcula con arreglo al código de procedimiento civil nacional²⁸²; «Handelsgericht des Kantons Zürich», Suiza, de 10 de febrero de 1999, en la que se indica que el artículo 74 incluye la indemnización por pérdida del buen nombre, si bien la parte agra-

²⁷⁹ ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., *Derecho Mercantil...*, op. cit., pp. 118 y 119.

²⁸⁰ http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_godds.html.

²⁸¹ *Vid.*, en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_godds.html. Además de las anteriores sentencias EISELEN, S., cita otros pronunciamientos, a favor o en contra de la indemnización de la lesión de la reputación comercial «Liability for a loss of reputation seem to be generally recognized as one such instance, see relevant case law: Russia 24 January 2000 Arbitration proceeding 54/1999, available online at 'http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000124r1.html'; Switzerland 28 October 1998 *Bundesgericht* [Supreme Court], available online at 'http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981028s1.html'; Germany 21 September 1995 *Landgericht* [District Court] Kassel, available online at 'http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950921g1.html'. See also Staudinger/Magnus, Art 74, Rn 27, 45 & 50; Witz/Salger/Lorenz, Art 74, Rn 14; Honsell/Schönle, Art 74, Rn 2 & 7. However, for a contrary decision, see France 21 October 1999 *Cour d'appel* [Appellate Court] Grenoble (*Calzados Magnanni v. Shoes General International*), available online at 'http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991021f1.html', *Remarks on the Manner in which the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts May Be Used to Interpret or Supplement Article 74 of the CISG*, October 2004, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni74.html>.

²⁸² Puede consultarse (en inglés) en la siguiente dirección de Internet: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/001026f5.html>. *Vid.*, en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_godds.html.

viada no acreditó la legitimidad de su acción²⁸³; «Cour d'appel Grenoble», Francia, de 21 de octubre de 1999, no se indemniza la pérdida del buen nombre con arreglo a la Convención a menos que se prueben daños y perjuicios de carácter comercial²⁸⁴. Expresamente ha negado que pueda resarcir el daño no patrimonial en la CISG el laudo del Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación de Rusia, de 3 de marzo de 1995, al afirmar expresamente que el «daño moral» no da derecho a indemnización con arreglo a la CISG²⁸⁵. Por último, haciendo depender la indemnización de la pérdida de reputación del perjuicio económico que de ella derive, Landgericht Darmstadt, Alemania, de 9 de mayo de 2000, en la que el atentado contra la reputación no tiene importancia sin pérdida de clientela y la consiguiente pérdida de ganancias²⁸⁶.

En la misma línea, los *Comments to CISG Advisory Council Opinion* afirman que «pecuniary damages caused by a loss of goodwill also are, in principle, compensable under article 74. However, article 74 does not permit recovery of non-material loss. Therefore, recovery of damages for loss of goodwill is available only if the aggrieved party can establish with reasonable certainty that it suffered a financial loss because of a breach of contract. While article 74 does not expressly provide for the recovery of loss of goodwill, such damages are permitted under the article's principle of full compensation. In addition, both pecl article 9:501(2)(a) and unidroit principles article 7.4.2 allow for recovery of goodwill»²⁸⁷.

De las opiniones doctrinales y jurisprudenciales expuestas resulta que la cuestión del carácter resarcitorio del daño no patrimonial en la CISG dista mucho de ser pacífica. Los argumentos a favor o en contra de su indemnización son los siguientes:

1) Si bien estimamos que el argumento más plausible en contra de su indemnización podría ser el acentuado carácter comercial del tipo de contratos ante el que nos encontramos²⁸⁸, y resultar ciertamente difícil que el incumplimiento del contrato entre comerciantes genere un perjuicio en su esfera personal, ello no debería llevarnos a la exclusión de su indemnización; por lo que, a nuestro juicio, la indemnización del daño no patrimonial sí tiene cabida en la

²⁸³ Caso CLOUT núm. 331, *vid.*, en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_godds.html.

²⁸⁴ Caso CLOUT núm. 313, *vid.*, en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_godds.html.

²⁸⁵ *Id.*, en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_godds.html.

²⁸⁶ Caso CLOUT núm. 343. *Id.*, en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_godds.html.

²⁸⁷ <http://law.pace.edu/cisg/>.

²⁸⁸ En contra de su indemnización, RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., «La reparación del daño moral...», *op. cit.*, pp. 951 y 952.

CISG, apoyándonos en el principio de reparación integral del daño, y en el hecho de que no se encuentre expresamente excluida su indemnización. De la misma forma que el artículo 5 declara que no será aplicable a la responsabilidad por la muerte y las lesiones corporales causadas por las mercaderías, podía haber excluido cualquier tipo de daño no patrimonial, y no lo hizo. Cuestión diferente será, que en la práctica, dichos daños se produzcan en contadas ocasiones.

2) Como argumento en contra de su indemnización, se ha señalado el *test* de previsibilidad. Al respecto, afirma RODRÍGUEZ GUITIÁN que «no parece que pueda reclamarse la frustración que para la parte cumplidora suponga el incumplimiento contractual, porque, como he dicho antes, ni es previsible en este tipo de contratos ni probablemente tal sentimiento de frustración tenga la entidad suficiente para calificarlo como daño moral»²⁸⁹. Considero que la presencia del *test* de previsibilidad en la CISG, más que como un argumento contrario a la indemnización del daño no patrimonial, debe servirnos de todo lo contrario, para su afirmación. Dicho *test*, si bien tiene en consideración lo que las partes habrían previsto o debieron haber previsto en el momento de la celebración del contrato, opera a posteriori del incumplimiento, tiene una función limitadora de los daños no previstos, por lo que para limitar algo, ese algo tiene que existir previamente. Por lo tanto, estimo válido que el *test* de previsibilidad resulte útil para limitar los daños no patrimoniales, como para cualquier otro tipo de daños, pero partiendo de la premisa de que son daños que se han producido. Sería un atentado contra la voluntad de las partes que han previsto o pudieron prever la producción de un daño no patrimonial, que no fuera resarcido una vez que el mismo ha cobrado vida como consecuencia del incumplimiento.

3) El centro del conflicto en torno al daño no patrimonial en la CISG se ha circunscrito a los daños producidos en la reputación, el crédito comercial, y el buen nombre. Siendo coherentes con la distinción entre los daños patrimoniales y no patrimoniales sostenida, lo relevante en orden a su calificación del daño no es el bien material o inmaterial que resulta afectado, sino el interés o intereses que dicho bien satisface. Por ello, seguramente, en la mayoría de los casos de incumplimientos en que el bien inmaterial de la reputación o crédito comercial resulte afectado, producirá una pérdida de negocio o de clientela, es decir, nos encontraremos ante un supuesto de daños patrimoniales, de ganancias, pero ello no nos debe llevar a descartar que también puedan producirse en un interés no patrimonial.

²⁸⁹ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., «La reparación del daño moral...», *op. cit.*, p. 953.

4) También se ha argumentado en contra de la indemnización del daño no patrimonial, que «el concepto de daño moral, al menos en sentido clásico, en cuanto sufrimiento, angustia, preocupación, es difícilmente conciliable con el de la persona jurídica»²⁹⁰. Recuérdese que el párrafo tercero del artículo 1 de la CISG expresamente indica que «a los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato»²⁹¹. Sin ser ajenos a que en la mayoría de los contratos comerciales a los que se aplica la CISG, los sujetos intervinientes son personas jurídicas, nada obsta que también sean empresarios personas físicas, por lo que no debe privarse a los mismos de su reparación. Y ello, sin contar hasta qué punto podría resultar viable y no discriminatorio que se pudieran lesionar intereses no patrimoniales a las personas jurídicas que no fueran objeto de la correspondiente indemnización, por muy remotas que puedan parecer. Por lo que será objeto de indemnización el daño moral sobre el honor de las personas jurídicas. Pensemos, por ejemplo, en un empresario persona física suizo de prestigio internacional que suministra una determinada joya para su incrustación en el salpicadero de determinados vehículos de alta gama, que advierte a los propietarios de la empresa Ferrari que sus joyas sólo podrán incorporarse a los vehículos que cumplan tal cualidad. Una vez celebrado el contrato de suministro, la empresa Ferrari decide incorporarlos a un nuevo y exclusivo modelo de Fiat Uno, que no cumple con la cualidad de vehículo de alta gama. Dicho incumplimiento podrá no sólo lesionar el prestigio y reputación del joyero suizo, con la correspondiente pérdida de clientela y de ganancias, sino que también podría producirse un perjuicio que le afectaría originándole grandes trastornos psicológicos y depresión mental.

Por todo lo expuesto, debemos concluir que sí tiene cabida en la CISG la indemnización de los daños no patrimoniales, con fundamento en el principio de reparación integral del daño de su artículo 74, si bien dicha admisión queda limitada por la exclusión expresa de su artículo 5 respecto de la muerte y las lesiones corporales. Y ello, sin ser ajenos a que en la práctica resulte difícil, pero no imposible, que tales daños se produzcan, y que una vez producidos tengan que ser lógicamente probados y superar el *test* de previsibilidad.

²⁹⁰ RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M., «La reparación del daño moral...», *op. cit.*, p. 954.

²⁹¹ CALVO CARAVACA, A.L., «Comentario artículo 1», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, p. 50.

c) *El daño no patrimonial en los PICC*

En los PICC, es el artículo 7.4.2 el que, partiendo del principio de reparación integral del daño, establece cuáles son las partidas que se integran dentro del mismo. Dispone en su párrafo primero, que «*la parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral del daño causado por el incumplimiento. Este daño comprende cualquier pérdida sufrida y cualquier ganancia de la que fue privada, teniendo en cuenta cualquier ganancia que la parte perjudicada haya obtenido al evitar gastos o daños y perjuicios*». Dicho párrafo, siguiendo lo ya dispuesto por la CISG, concreta que el daño que se debe reparar incluye los daños emergentes y los lucros cesantes, sin que en ningún caso se pueda producir un enriquecimiento de la parte perjudicada por el incumplimiento, por lo que, mediante la figura de la *compensatio lucri cum damno*, el perjudicado tendrá derecho a una indemnización por los daños netos, una vez descontadas las ganancias obtenidas por el incumplimiento, ya derivados de los gastos no realizados, como de las pérdidas evitadas como consecuencia del incumplimiento. El párrafo segundo, al disponer que «*tal daño puede ser no pecuniario e incluye, por ejemplo el sufrimiento físico y la angustia emocional*»²⁹², consagra expresamente el carácter indemnizable de los no pecuniarios o no patrimoniales, lo que resulta una novedad respecto de los precedentes textos uniformes del comercio internacional, si bien en los Derechos nacionales ya ha venido aceptándose en vía jurisprudencial; más aún, cuando sería de aplicación a personas jurídicas.

Consideramos que los PICC adoptan un concepto de daño no patrimonial en sentido amplio, y ello, por las siguientes razones:

1.^a) Una vez admitido que dicho daño debe ser resarcido, establece como ejemplos el sufrimiento físico y la angustia emocional. Además, como la norma expresamente dispone que son meros ejemplos, no nos encontramos ante un *numerus clausus*, sino ante una cláusula abierta. Por ello estimamos que los ejemplos deben ser interpretados en el sentido de englobar todos los perjuicios o lesiones que afecten a la esfera de la persona en su total integridad, bien en su dimensión externa o corporal, sufrimiento físico, bien en su dimensión interna o espiritual. Las referencias al sufrimiento físico y la angustia

²⁹² Sobre el daño no patrimonial en los PICC, *vid.*, entre otros: BONELL, M.J., *I Principi Unidroit nella...*, *op. cit.*, pp. 393 a 397; MCKENDRICK, E., «Commentary Arts. 7.4.1 a ...», *op. cit.*, pp. 877 a 879; MORÁN BOVIO, D., «Capítulo 7. Incumplimiento», en AA. VV., *Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*, (coordinado por David Morán Bovio), Aranzadi, 2.^a edición, Navarra, 2003, pp. 357 a 360; RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M., «La reparación del daño moral...», *op. cit.*, pp. 960 a 963; VIGURI PEREA, A., *Los Contratos Comerciales...*, *op. cit.*, pp. 229 y 230.

emocional han sido criticadas por un sector de la doctrina²⁹³, que considera que en el ámbito de la contratación internacional hubiera sido más correcto introducir la pérdida de prestigio como daño no patrimonial típico, si bien se hace referencia a la misma en el Comentario. Estimamos que tal apreciación no es errónea, puesto que seguramente será el que se produzca con mayor frecuencia en la práctica. También consideramos acertado el tenor literal del párrafo segundo, ya que contiene meros ejemplos de los que hemos extraído el principio de la protección de la persona en su total integridad.

2.^a) Los ejemplos del tenor literal del precitado párrafo segundo deben ser completados con lo dispuesto en su Comentario²⁹⁴, que dispone expresamente que el daño no patrimonial «puede tratarse de un dolor físico y sufrimiento emocional, la pérdida de ciertos placeres, el daño estético, etc., así como el daño ocasionado por ataques al honor o a la reputación»²⁹⁵.

3.^a) En el articulado de los PICC no existe, de forma similar al artículo 5 de la CISG, restricción al resarcimiento de ningún tipo de daño no patrimonial. Tal afirmación tiene más valor aún si cabe, teniendo en cuenta que los PICC tampoco son aplicables a los contratos con consumidores y, como se recordará, entre los argumentos esgrimidos por los partidarios de la exclusión de la indemnización del daño no patrimonial en la CISG se encontraba el hecho de que no estaban dentro de su ámbito de aplicación tales contratos.

La cuestión de la indemnización de los daños no patrimoniales en los PICC sólo ha sido abordada hasta la fecha por un laudo arbitral del Centro de Arbitraje de México (CAM), de fecha 30 de noviembre de 2006²⁹⁶. La

²⁹³ Al respecto, MORÁN BOVIO, D., afirma que «la *pérdida de prestigio* que puede significar el incumplimiento para quien actúe en el comercio internacional, referida en el *Comentario* a prestaciones de carácter marcadamente subjetivo (arquitecto, consultor, etc.), quizá debería trasladarse al elenco abierto de lo que incluye el *Artículo 7.2.4(2)*, a fin de que este precepto adquiriera un tono empresarial más destacado. Efectivamente, frente al *sufrimiento físico y la angustia emocional*, la *pérdida de prestigio* acarrea, sin duda, un matiz que aproxima más el *Artículo 7.4.2* al ámbito propio de la contratación internacional. Ese añadido puede lograr, igualmente, que se acomode mejor el *Artículo 7.4.2(2)* al *Artículo 7.4.4*, porque mientras el *sufrimiento físico y la angustia emocional* son difícilmente previsibles, la *pérdida de prestigio* cuenta con un margen mayor de previsibilidad». Incluso, propone que el tenor literal del párr. segundo del art. 7.4.2 debería ser «(2) Tal daño puede ser no pecuniario e incluye, por ejemplo, la pérdida de prestigio, el sufrimiento físico y la angustia emocional», «Capítulo 7. Incumplimiento»..., *op. cit.*, pp. 359 y 360. En el mismo sentido RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., «La reparación del daño moral...», *op. cit.*, p. 961.

²⁹⁴ El Comentario al párr. segundo del art. 7.4.2 dispone expresamente que el daño no patrimonial puede apreciarse «en materia de contratos celebrados por artistas, deportistas famosos y famosas o consultores contratados por una empresa u organización».

²⁹⁵ *Vid.*, MCKENDRICK, E., sobre el carácter indemnizable del sufrimiento físico, el estrés emocional y la pérdida de reputación en los PICC, «Commentary Arts. 7.4.1...», *op. cit.*, pp. 877 y 878.

²⁹⁶ <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1149>.

controversia resuelta por el laudo tiene su base en el contrato firmado el día 29 de septiembre de 2004, entre un agricultor mexicano de pepinos y calabazas, parte demandada, y una distribuidora norteamericana, parte actora. La demandada se comprometió a cultivar pepinos y calabazas para que fueran distribuidos por la actora, con la inclusión de una cláusula de exclusividad, en virtud de la cual la demandada no podía vender dichos productos a otras empresas de Estados Unidos y Canadá. La parte actora se obligó a canalizar tales mercancías en California, pagando un precio por las mismas y obteniendo a cambio una comisión. La actora entregó la cantidad de 29.400 dólares para que el agricultor comenzara el cultivo de las legumbres, y éste no sólo no le entregó los productos, sino que incumplió el pacto de exclusividad al realizar ventas a compradores del Sur de California. De los distintos puntos controvertidos resueltos por el laudo, el que aquí nos interesa es el identificado con la letra g), relativo a la existencia de daños y perjuicios. La actora había solicitado de la Corte de Arbitraje una indemnización que incluyera las comisiones frustradas, la pérdida de expectativas de negocio y el daño moral por los menoscabos de su imagen y crédito. Además, pedía la ejecución de la pena convencional acordada en el contrato, el reembolso de la cantidad de 29.400 dólares entregada en calidad de mutuo y como anticipo, más los intereses. La Corte Arbitral concede todas las peticiones al actor excepto la indemnización del daño no patrimonial, argumentando que «si bien el artículo 7.4.2(2) de los Principios Unidroit contempla la posibilidad de obtener indemnización por daños no pecuniarios, lo cual incluye daño moral, le corresponde a la Actora demostrar la existencia del daño y cómo indemnizarlo. Y ello no ha tenido lugar. La reclamación está mencionada mas no probada. No hay elemento probatorio alguno que apunte hacia desprestigio de el actor o el Sr. “X”. Es posible imaginar que el mismo haya tenido lugar, pero el Tribunal no está dispuesto a suponerlo en ausencia de prueba alguna de la Actora. Por consiguiente, la reclamación por daño moral es rechazada por carencia de elementos probatorios de la misma y del monto de su indemnización»²⁹⁷.

Además del laudo citado, donde la existencia del daño no patrimonial se centra en la pérdida de reputación, el propio Comentario al artículo 7.4.2 de

²⁹⁷ Como acertadamente afirma RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M., quien también ha comentado el laudo, «en la mayoría de los supuestos en que se reclame la reparación del daño moral contractual consistente en la pérdida de reputación mercantil, tanto a la luz de la Convención de Viena de 1980 como a la luz de los Principios *Unidroit*, el principal obstáculo para el demandante no va a radicar tanto en que tal daño moral tenga cobertura teórica dentro de tales textos normativos, cuanto en el problema práctico de la acreditación de la existencia de tal clase de daño», «La reparación del daño moral...», *op. cit.*, p. 963.

los PICC describe el siguiente ejemplo: «“A”, un joven arquitecto que ha comenzado a crearse cierto prestigio, firma un contrato para la modernización de un museo municipal de bellas artes. El nombramiento recibe amplia difusión por la prensa. Las autoridades municipales deciden posteriormente contratar los servicios de un arquitecto más experimentado y resolver el contrato con “A”. “A” puede obtener el resarcimiento, pero no sólo por las pérdidas materiales sino también por el daño a la reputación». Como se observará, la cuestión relativa al daño no patrimonial en los PICC, al igual que en la CISG, parecen tener en especial consideración los daños producidos en la reputación, el crédito comercial, el buen nombre, lo cual es lógico dado el ámbito contractual en el que nos encontramos, por lo que debemos reiterar lo ya afirmado respecto de la CISG. Lo que cualificará al daño como patrimonial o no, no será el bien material o inmaterial que resulte afectado, sino el interés o intereses que dicho bien satisface. Por ello, en los casos de incumplimientos en que el bien inmaterial de la reputación o crédito comercial resulte afectado, como en el de cualquier otro tipo de bien lesionado, ya sea material o inmaterial, podrá ocurrir que produzca la insatisfacción, tanto de un interés patrimonial, no patrimonial, o incluso ambos.

Por último, debe resaltarse una importante diferencia entre los PICC y los PECL, respecto a la forma de la reparación de los daños no patrimoniales. Expresamente en el artículo 9:502 PECL, se establece que la indemnización siempre consistirá en una suma, un importe de dinero que sitúe a la parte perjudicada en una posición lo más parecida posible a la que tendría si el contrato se hubiera cumplido correctamente. Sin embargo, en el Comentario al artículo 7.4.2 no se le confiere la exclusividad de la reparación del daño no patrimonial a una suma pecuniaria. Expresamente dispone que «la reparación del daño moral puede asumir diferentes formas y toca a los tribunales resolver cuál de ellas, ya sea sola o acompañada de la reparación del daño material, garantiza mejor los efectos de la reparación integral. Los tribunales no sólo pueden reclamar el pago de una compensación monetaria, sino también otras formas de reparación, tales como la publicación de un aviso o noticia en un periódico determinado (*v.gr.* en el caso de violar la cláusula que prohíba la competencia o la reapertura de un negocio, la difamación, etc.)». Considero interesante la posibilidad que se ofrece en los PICC respecto a las formas que puede adoptar la reparación, teniendo siempre presente su mejor adecuación a la reparación integral del daño. Qué duda cabe, que para la reparación de los daños no patrimoniales, junto a una suma de dinero, también puede resultar satisfactorio para el que sufre el incumplimiento, la publicación de la sentencia en la que se condena al incumplidor, o de una noticia con la se rectifique el

incumplimiento que ha dañado su nombre comercial o reputación. Desde el momento que los PECL reconocen la indemnización de los daños no patrimoniales, la ausencia del establecimiento de una forma de reparación distinta al dinero puede considerarse un olvido que podría subsanarse bien porque los Tribunales lo estimen necesario y se condene al deudor al pago de tales publicaciones –basándose en los PICC–, o que se tenga en consideración como una partida indemnizatoria más el coste de realizar las publicaciones o noticias con las que se pretende reparar el daño.

d) *El daño no patrimonial en el CEC*

El CEC dispone expresamente, como uno de los efectos del incumplimiento del contrato, el derecho a obtener una indemnización por los daños y perjuicios en su artículo 116, estableciendo que «*en caso de incumplimiento, cualquiera que sea su gravedad, el acreedor tiene el derecho de obtener del deudor indemnización de los perjuicios sufridos, tal y como lo prevén los artículos 162 y siguientes*»²⁹⁸.

El reconocimiento de la indemnización del daño no patrimonial viene de sus artículos 164 y 166²⁹⁹. El punto de partida se halla en el párrafo primero del artículo 166³⁰⁰, que consagra el principio de reparación integral, en virtud del cual, y en consonancia con los textos uniformes anteriormente analizados, la parte perjudicada tiene derecho a ser situada en una posición lo más parecida posible a la que disfrutaría si el contrato hubiera sido ejecutado correctamente³⁰¹. Una vez establecido el principio general de la reparación del daño, es el artículo 164 el que reconoce específicamente cuál es el daño no patrimo-

²⁹⁸ Cito por la traducción española realizada por DE LOS MOZOS, J.L., y LUNA SERRANO, A., «Academia de iusprivatistas europeos de Pavía “Código Europeo de Contratos”», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, número 4, 2001 pp. 713 a 804.

²⁹⁹ Sobre la reparación del daño moral en el CEC, *vid.*, entre otros, RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., «La reparación del daño moral...», *op. cit.*, pp. 956 a 960 y VICENTE DOMINGO, E., «El resarcimiento de daños», en AA. VV., *Código Europeo de Contratos*, Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), Tomo II Comentarios en Homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos, (dirigido por Carlos Vattier, José M.ª de la Cuesta y José M.ª Caballero), Dykinson, Madrid, 2003, pp. 612 y 613.

³⁰⁰ El párr. primero del art. 166 dispone que «*la reparación debe cumplir en general su función específica tratando de eliminar las consecuencias dañosas del incumplimiento, del incumplimiento inexacto, del retraso, o de otras situaciones, en relación con las que, según las reglas del presente Código, la reparación es debida; y debiendo producirse, en general, creando ese estado de hecho que existiría si las citadas situaciones no se hubieran producido*».

³⁰¹ Sobre el principio de reparación integral del daño en el CEC, *vid.*, entre otros, VICENTE DOMINGO, E., «El resarcimiento de daños», *op. cit.*, pp. 615.

nial reparable, si bien emplea la expresión daño moral³⁰². Dicho artículo, partiendo de la distinción entre el daño moral directo y el reflejo o indirecto, dispone que «1. El daño moral es reparable: a) en caso de grave perturbación psíquica de los sentimientos de afección, provocado por lesiones físicas o por atentados al patrimonio moral, también lo es a una persona jurídica, o en memoria de un cónyuge difunto; b) en caso de dolores físicos como condición de sufrimiento corporal, aun si no va acompañado de alteraciones patológicas, orgánicas o funcionales; c) en los atentados contra la salud y en los demás casos indicados por las disposiciones aplicables. 2. El daño moral reflejo no es reparable más que si ha sido sufrido por los más próximos parientes o el cónyuge del difunto»³⁰³.

El daño moral adoptado por la CEC se configura partiendo de que serán indemnizables los perjuicios o lesiones que afecten a la integridad corporal de las personas físicas y al patrimonio moral de las personas jurídicas y físicas, ya sea, en relación a estas últimas, directo o reflejo³⁰⁴.

Respecto a la admisión del daño moral, afirma RODRÍGUEZ GUITIÁN que «se trata de una admisión muy restringida de la reparación del daño moral contractual (*Gandolfi* habla literalmente de “en términos limitados”), ya que, como se ha señalado con acierto, en realidad los tres supuestos enumerados en el primer párrafo del precepto pueden reconducirse al daño moral consecuencia, bien de un atentado a la integridad física, o bien de una intromisión ilegítima en el patrimonio moral de una persona física, viva o fallecida, o de una persona jurídica. Esta reparación del daño moral contractual es limitada en la medida en que maneja un concepto de daño moral estricto, consistente en perturbaciones de carácter psicofísico que resultan de lesiones a derechos de la personalidad»³⁰⁵. Estimo que tal afirmación resulta excesivamente rigurosa ya

³⁰² Expresión heredada del art. 2059 del Código civil italiano, en consonancia con la empleada por los Códigos civiles decimonónicos, que ha sido tomado como modelo junto con el Contract Code, para la elaboración del CEC.

³⁰³ Respecto del párr. primero del art. 164, afirma RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., que «es fácil observar la impronta del artículo 106 del innovador Libro 6.º (dedicado a la parte general del Derecho de Obligaciones) del Código civil de Holanda, que entra en vigor el 1 de enero de 1992. El párrafo 1.º De este artículo 106 prevé que la víctima tiene derecho a la reclamación de un daño distinto al patrimonial, equitativamente determinada, entre otros casos, si la víctima ha sufrido una lesión corporal, un atentado en su honor o en su reputación o cualquier otra lesión en su persona (letra b) o si el daño consiste en un atentado a la memoria de un difunto, caso en que pueden reclamar el cónyuge no separado y los parientes del difunto hasta el segundo grado (letra c)», «La reparación del daño moral...», *op. cit.*, p. 958.

³⁰⁴ Coincidimos plenamente con VICENTE DOMINGO, E., quien afirma que «el contenido previsto para la reparación de los daños morales contractuales está excesivamente influido, y casi me atrevería a decir que pensado sobre la plantilla de los daños morales extracontractuales, y, más concertadamente, sobre los daños morales consecuencia de un daño corporal», «El resarcimiento de daños», *op. cit.*, pp. 613.

³⁰⁵ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., «La reparación del daño moral...», *op. cit.*, p. 959.

que una interpretación conjunta de los artículos 164 y 166 no nos deben llevar a tales conclusiones. Y ello porque el daño moral, tal como se concibe, goza de una admisión amplia tanto desde una perspectiva objetiva como subjetiva. Resultan indemnizables las lesiones o atentados padecidos tanto en la esfera física como en la psíquica, tales como señala VICENTE DOMINGO «el honor, el dolor, la integridad corporal, la tristeza, la muerte de un ser querido, el nacimiento de un hijo no deseado, y un largo catálogo de supuestos que van integrando poco a poco el contenido de un genérico daño moral»³⁰⁶. Además, respecto a su extensión subjetiva, tales daños pueden ser sufridos tanto por las personas jurídicas, en cuyo caso queda restringido exclusivamente a los daños o perturbaciones en su patrimonio moral, como por ejemplo, la pérdida de reputación o del buen nombre comercial; como de las personas físicas, ya sea de forma directa o indirectamente³⁰⁷.

Si bien no aceptamos que el CEC adopte una admisión muy restringida del daño moral, sí podría argumentarse en favor de una atenuación o limitación de la reparación integral de las perturbaciones psíquicas en los sentimientos de afección, que el apartado a) del párrafo primero del artículo 164 exija que tal perturbación sea «grave». Tal gravedad es la que requiere una graduación para determinar cuándo será objeto de tutela y cuándo no. Pensemos por ejemplo en la persona que contrata la realización de un crucero, y que en el momento de embarcar tarda en acceder al barco dos horas. ¿Podría considerarse tal hecho de causa de una grave perturbación psíquica? ¿No sería cuestión distinta que el camarote del barco tuviera goteras, o que el estado del suelo fuera defectuoso y el viajero sufriera una torcedura de tobillo que le obligara a usar muletas durante todo el viaje?

e) *El daño no patrimonial en el DCFR*

El artículo III-3:702, bajo el título «General measure of damages», consagra en el DCFR el principio de reparación integral del daño³⁰⁸, en

³⁰⁶ VICENTE DOMINGO, E., «El resarcimiento de daños...», *op. cit.*, pp. 612.

³⁰⁷ Coincidimos plenamente con RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M., al afirmar que «no puede dejar de ponerse en evidencia su carácter ciertamente innovador en dos aspectos. Primero, reconoce la posibilidad de que una persona jurídica pueda reclamar la reparación de un daño moral derivado de un atentado a su patrimonio moral (los casos más comunes serán las lesiones de su prestigio de su honor);... Por otra parte, se admite la posibilidad de solicitar indemnización por los daños morales que poseen su origen en un atentado a la memoria del difunto», «La reparación del daño moral...», *op. cit.*, p. 960.

³⁰⁸ El art. III-3:702 DCFR, en términos idénticos al 9:502 PECL, dispone que «*the general measure of damages for loss caused non-performance of an obligation is such sum as will put the creditor as nearly*

virtud del cual el acreedor que sufre el incumplimiento tiene derecho a una suma de dinero que le coloque de la manera más próxima posible en la situación en la que se hubiera encontrado de haberse cumplido debidamente el contrato. De dicha regla general podría derivarse la admisión del carácter indemnizable del daño no patrimonial, pero, además, tal admisión se encuentra establecida específicamente en el artículo III-3:701, intitulado «*Right to damages*»³⁰⁹. Dicho artículo, tras otorgar al acreedor, en su párrafo primero, el derecho a una indemnización por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento, dispone expresamente, en su párrafo tercero, que el término daño incluye tanto el patrimonial como el no patrimonial³¹⁰, indicando que el no patrimonial comprende el dolor, el sufrimiento y el deterioro de la calidad de vida³¹¹.

Por tanto, los daños reparables en el DCFR no se limitan a las pérdidas patrimoniales, y el comentario al artículo III-3:701, de forma más amplia que el propio tenor literal del artículo, identifica las pérdidas no patrimoniales con el dolor, el sufrimiento, los inconvenientes, la angustia y cualquier otro deterioro en la calidad de vida derivados del incumplimiento del contrato³¹².

as possible into the position in which the creditor would have been if the obligation had been duly performed. Such damages cover loss which the creditor has suffered and gain of which the creditor has been deprived».

³⁰⁹ «III-3:701: *Right to damages*: (1) *The creditor is entitled to damages for loss caused by the debtor's non-performance of an obligation, unless the non-performance is excused.* (3) *“Loss” includes economic and non-economic loss. “Economic loss” includes loss of income or profit, burdens incurred and a reduction in the value of property. “Non-economic loss” includes pain and suffering and impairment of the quality of life».*

³¹⁰ Debe advertirse, una diferenciación meramente terminológica, ya que la considero carente de cualquier género de trascendencia práctica, respecto a las expresiones empleadas por los PECL y el DCFR para referirse a los daños no patrimoniales. El art. 9:501 de los PECL emplean la expresión «non-pecuniary loss» –pérdida no pecuniaria–, mientras que el III-3:701 del DCFR la de «non-economic loss» –pérdida no económica–. En tal sentido ha afirmado VON BAR, C., que «loss (and so also “damage”) can take the form of either economic or non-economic loss. That could (but has so far not been) also be criticized at the level of terminology. The drafting teams have not attached much weight to the question whether instead of “non-economic” “non-pecuniary” loss should have been preferred», «The notion of damage», en AA. VV., *Towards a European Civil Code*, editors Arthur Hartkamp, Martijn Hesselink, Ewoud Hondius, Chantal Mak, Edgar du Perron, Kluwer Law International, fourth edition, The Netherlands, 2011, p. 396.

³¹¹ Sobre el daño no patrimonial en el DCFR, entre otros: SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., «La moderna regulación de la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual en el nuevo Derecho de la contratación: El triángulo de las Bermudas», en AA. VV., *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, (dir. Klaus Jochen Albiez Dohrmann, coords. M.^a Luisa Palazón Garrido y M.^a del Mar Méndez Serrano), Atelier, Barcelona, 2011, pp. 465 y 466.

³¹² «Recoverable loss is not confined to economic or pecuniary loss but may cover, for example, pain and suffering, inconvenience, mental distress and any other impairment of the quality of life resulting from the failure to perform», STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and...*, op. cit., p. 917.

Se aprecia que el DCFR, al igual que los PECL, acoge un concepto amplio del daño no patrimonial. Es más, mientras el tenor literal del artículo 9:501 PECL se limita a incluir como indemnizables los daños no patrimoniales, el artículo III-3:701 es más prolijo en su regulación, ya que no sólo declara indemnizables dichos daños, sino que además enumera, a modo de ejemplo, una serie de lesiones que quedan comprendidas bajo tal expresión.

Cuando se ha analizado la diferencia entre los daños patrimoniales y los no patrimoniales, se ha indicado que la calificación de unos u otros no depende de la naturaleza patrimonial o no del bien afectado, sino de la naturaleza patrimonial o no del interés lesionado con independencia de que el bien que satisface dicho interés sea patrimonial o no. Lo anterior también late en la concepción del daño no patrimonial adoptado por el DCFR, ya que el mismo se configura desvinculado de las lesiones o vulneraciones de los bienes no patrimoniales. En otros términos, el daño no patrimonial puede derivar de ataques o lesiones que tengan por objeto tanto bienes patrimoniales como no patrimoniales, porque, insistimos, lo relevante, a efectos de su calificación, es el interés que dicho bien satisface, no el bien que sirve a su satisfacción.

Se debe concluir que, si bien el DCFR admite la indemnización del daño no patrimonial, incluso de forma más amplia y detallada que en los PECL, al igual que en éstos, el problema también deberá centrarse en determinar el alcance de la indemnización del daño no patrimonial y sus posibles límites.

f) *El daño moral en el ámbito de la legislación de la Unión Europea*

En el ámbito de la Unión Europea, el reconocimiento del daño moral no está exento de ambigüedades. De la misma forma que nos encontramos en el acervo comunitario iniciativas legislativas que lo reconocen³¹³, también observamos que la reciente Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea de 11 de octubre de 2011, guarda silencio respecto a su indemnización.

En primer lugar citamos la Directiva del Consejo 1990/314/CEE, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los

³¹³ Sobre el reconocimiento del daño moral en el ámbito de la Unión Europea, *vid.*, SOLÉ FELIU, J., «El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español», *Indret*, 2009, pp. 5 y 6.

circuitos combinados³¹⁴. Respecto a su artículo 5, señala SOLE FELIÚ que «en relación con los contratos de viajes combinados, es opinión unánime de la doctrina, confirmada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que el artículo 5... admite la indemnización del daño moral que resulta del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso de los servicios que integran el contrato de viaje combinado, tanto si el daño moral es consecuencia de un daño corporal, como si se trata del mero “daño moral derivado de la pérdida de disfrute de las vacaciones”»³¹⁵; en este sentido se ha pronunciado la sentencia de 12 de marzo de 2002, *Simone Leitner v. TUI Deutschland GmbH Co*³¹⁶.

En el ámbito del Derecho laboral y, en concreto, respecto del principio de no discriminación, existen Directivas que reconocen implícitamente la indemnización del daño moral: a) la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación³¹⁷, dispone en su artículo 17 que «los Estados miembros establecerán el régimen de sanciones aplicables en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la presente Directiva y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento. Dichas sanciones, que podrán incluir la indemnización a la víctima, serán efectivas, proporcionadas y disuasorias». b) el artículo 6.2 de la Directiva 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo³¹⁸ establece que «los Estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas necesarias para garantizar la indemnización o la reparación, según determinen los Estados miembros, real y efectiva del perjuicio sufrido por una persona a causa de una discriminación contraria al artículo 3, de manera disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido».

³¹⁴ «DOCE» número L 158 de 23 de junio de 1990, pp. 59 a 64. Vigente en España por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias («BOE» de 30 de noviembre).

³¹⁵ SOLÉ FELIÚ, J., «El daño moral por...», *op. cit.*, p. 5. *Vid.*, también, VAQUER ALOY, A., «La indemnización de...», *op. cit.*, p. 5.

³¹⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 12 de marzo de 2002. – Simone Leitner contra TUI Deutschland GmbH & Co. KG. – Petición de decisión prejudicial: Landesgericht Linz – Austria. – Directiva 90/314/CEE – Viajes combinados, vacaciones combinadas y circuitos combinados – Reparación del perjuicio moral. – Asunto C-168/00 (<http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/?qid=1433782182424&uri=CELEX:62000CJ0168>).

³¹⁷ «DOCE» número L 303 de 2 de diciembre de 2000, pp. 16 a 22.

³¹⁸ «DOCE» número L 269 de 5 de octubre de 2002, pp. 15 a 22.

En relación con el principio de igualdad de trato, con un ámbito de aplicación no sólo restringido a las relaciones laborales, sino también a «la protección social, incluida la seguridad social y la asistencia sanitaria; f) las ventajas sociales; g) la educación; h) el acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos, incluida la vivienda», la Directiva 2000/43/CE, del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa al principio de igualdad de trato entre personas, con independencia del origen racial o étnico dispone en su artículo 15, que los Estados de la Unión Europea adecuarán sus Ordenamientos nacionales para asegurar el resarcimiento de la lesión del principio de igualdad de trato, estableciendo sanciones «que podrán incluir la indemnización a la víctima, serán efectivas, proporcionadas y disuasorias»³¹⁹.

En las tres últimas Directivas se observa cómo, junto con la imposición de una sanción a los que vulneren los principios de no discriminación e igualdad de trato, se establece que también será indemnizada la persona que los sufre y dicha reparación tendrá que ser «real y efectiva», lo que lleva a afirmar justificadamente a SOLÉ FELIU que ello «tan sólo es posible si la indemnización incluye los perjuicios morales causados a la víctima»³²⁰. Además, resulta evidente que la discriminación es un campo abonado para producir perjuicios en la esfera personal de los seres humanos, independientemente de los posibles perjuicios patrimoniales que puedan producirse. Piénsese, por ejemplo, en la persona que por motivos raciales o de sexo no asciende en su trabajo; seguramente, además del perjuicio patrimonial por la pérdida del posible aumento de sus emolumentos, sufrirá una lesión en su esfera personal.

También debe tenerse presente la más importante para el Derecho civil, la Directiva 2004/113/CE, del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, en concreto el párrafo 2.º de su

³¹⁹ «DOCE» número L 180 de 19 de julio de 2000, pp. 22 a 26.

³²⁰ SOLÉ FELIU, J., «El daño moral por...», *op. cit.*, p. 6. Sobre el derecho antidiscriminatorio, *vid.*, GARCÍA RUBIO, M.ªP., «La discriminación por razón de sexo en la contratación privada», en AA. VV., *El levantamiento del velo: las mujeres en el Derecho Privado*, (LAURA LÓPEZ DE LA CRUZ/MARTA OTERO CRESPO, coordinadoras y MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO/MARÍA DEL ROSARIO VALPUESTA FERNÁNDEZ, directoras), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 1073 a 1119; e INFANTE RUIZ, F.J., «El desarrollo de la prohibición de discriminar en el derecho de los contratos y su consideración en la jurisprudencia», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, N.º 30, 2013, pp. 169 a 197 e «Igualdad, diversidad y protección contra la discriminación en el derecho privado», en AA. VV., *Mujeres, Contrato y Empresa desde una perspectiva de género*, (Carolina Mesa Marrero coordinadora), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 191 a 250.

artículo 8³²¹ relativo a la defensa de los derechos y su artículo 14³²² respecto de las sanciones³²³.

Debe citarse también el Reglamento 261/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos³²⁴, cuyo artículo 12, relativo a la compensación suplementaria dispone que «el presente reglamento se aplicará sin perjuicio de los derechos del pasajero a obtener una compensación suplementaria». Dicho artículo ha sido interpretado por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de octubre de 2011, como consecuencia de una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil Número Uno de Pontevedra, mediante Auto de 1 de febrero de 2010, por la demanda planteada por siete ciudadanos españoles contra Air France, S. A. en la que se solicitaba una indemnización por los perjuicios sufridos a causa de grandes retrasos con ocasión de un vuelo de París a Vigo. Dicha sentencia resuelve en el sentido de que «cabe recordar, en su sentencia de 6 de mayo de 2010, Walz (C-63/09, Rec. P. I-0000, apartado 29), que el Tribunal de Justicia declaró que debía considerarse que el término «daño» (en francés «préjudice» y «dommage»), mencionado en el capítulo III del Convenio de Montreal, comprende los daños tanto de carácter material como moral. De ello se sigue que el perjuicio que puede ser objeto de compensación, en virtud del artículo 12 del Reglamento n.º 261/2004, puede ser un perjuicio de naturaleza no sólo material, sino también moral... el concepto de «compensación suplementaria» debe interpretarse en el sentido de que permite al juez

³²¹ «Los Estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos internos las medidas necesarias para que cualquier persona que se considere perjudicada a causa de una discriminación en el sentido de la presente Directiva reciba una indemnización o compensación reales y efectivas del Estado miembro, de manera disuasiva y proporcional al daño sufrido. La fijación de un límite máximo predeterminado no limitará dicha compensación o indemnización».

³²² «Los Estados miembros determinarán el régimen de sanciones aplicables a las infracciones de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la presente Directiva y tomarán cualquier medida necesaria para garantizar su aplicación. Las sanciones, que podrán incluir la indemnización a la víctima, serán efectivas, proporcionadas y disuasorias».

³²³ Sobre el derecho antidiscriminatorio, *vid.*, GARCÍA RUBIO, M.^ªP., «La discriminación por razón de sexo en la contratación privada», en AA. VV., *El levantamiento del velo: las mujeres en el Derecho Privado*, (LAURA LÓPEZ DE LA CRUZ/MARTA OTERO CRESPO, coordinadoras y MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO/MARÍA DEL ROSARIO VALPUESTA FERNÁNDEZ, directoras), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 1073 a 1119; e INFANTE RUIZ, F.J., «El desarrollo de la prohibición de discriminar en el derecho de los contratos y su consideración en la jurisprudencia», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, N.º 30, 2013, pp. 169 a 197 e «Igualdad, diversidad y protección contra la discriminación en el derecho privado», en AA. VV., *Mujeres, Contrato y Empresa desde una perspectiva de género*, (Carolina Mesa Marrero coordinadora), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 191 a 250.

³²⁴ «DOCE» número L 46 de 17 de febrero de 2004, pp. 1 a 7.

nacional conceder, en las condiciones previstas por el Convenio de Montreal o por el Derecho nacional, indemnización de daños y perjuicios, incluidos los daños morales, por incumplimiento del contrato de transporte aéreo».

Por último, debemos analizar la posición respecto al daño moral de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (CESL). Dedicada a la regulación de la indemnización de daños y perjuicios los artículos 159 a 165. En concreto el artículo 159, titulado «*Derecho a la indemnización por daños y perjuicios*», dispone que «*el acreedor tendrá derecho a percibir una indemnización por las pérdidas derivadas del incumplimiento*»; por su parte, el artículo 160, denominado «*Criterios generales para el cálculo de la indemnización por daños y perjuicios*», establece que «*el cálculo de la indemnización por pérdidas ocasionadas por el incumplimiento de una obligación se hará de forma que el acreedor quede en la posición en la que se habría encontrado si se hubiera cumplido debidamente la obligación, o de no ser posible, en una posición lo más parecida posible. La indemnización cubrirá las pérdidas que el acreedor haya sufrido y las ganancias que haya dejado de obtener*».

El artículo 160 establece, en consonancia con la CISG, los PICC, los PECL y el DCFR, el principio de reparación integral del daño. Sin embargo, a diferencia de los PECL y el DCFR, no incluye expresamente como partida indemnizable los daños no patrimoniales.

La comprensión de la extensión del término «pérdida» en el CESL exige detenerse en su artículo 2 letra c, que la define como «pérdida económica y pérdida no económica en forma de dolor y sufrimiento, excluidas otras formas de pérdida no económica como el deterioro de la calidad de vida y la pérdida del disfrute». Adopta un concepto de pérdida no económica limitado, lo que puede obedecer como afirma GARCÍA RUBIO al tipo de contratos que regula³²⁵. Por su parte, VAQUER ALOY señala que su limitada aceptación «se debe a que no todos los ordenamientos nacionales reconocen con amplitud los daños no económicos»³²⁶.

³²⁵ GARCÍA RUBIO, M.^ºP., «Non Conformity of Goods and Digital Content and its Remedies», en AA. VV., *European Perspectives on the Common European Sales Law* (Javier Plaza Penadés y Luz M Martínez Velencoso Editors), Springer International Publishing, Switzerland, 2015, p. 180. Sobre las dudas que genera la exclusión de la indemnización de «otras formas de pérdida no económica como el deterioro de la calidad de vida y la pérdida del disfrute», y de las posibles razones políticas y económicas de la misma, vid., LEHMANN, M., «Damages and Interest», en AA. VV., *European Perspectives on the Common European Sales Law* (Javier Plaza Penadés y Luz M Martínez Velencoso Editors), Springer International Publishing, Switzerland, 2015, pp. 251 y 252.

³²⁶ VAQUER ALOY, A., «La indemnización de...», *op. cit.*, p. 8. Afirma dicho autor que las restricciones a la indemnización del daño no económico «no encaja con el derecho español, que, como se ha visto, reconoce con la máxima amplitud los daños morales susceptibles de indemnización», *op. cit.*, p. 8.

4.5 El daño moral contractual en el Derecho español

4.5.1 INTRODUCCIÓN

Con origen en el vacío legal existente sobre el daño moral, mucha ha sido la doctrina³²⁷, y muchas las resoluciones judiciales³²⁸, que han ido produciéndose para cubrir tal carencia³²⁹. Un vasto elenco de decisiones de nuestro Tri-

³²⁷ La producción doctrinal relativa al daño moral es amplísima, pudiendo citarse entre otros: ÁLVAREZ VIGARAY, R., «La responsabilidad por daño moral», *Anuario de Derecho Civil*, 1966, pp. 81 a 116; BARRIENTOS ZAMORANO, M., *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2007; CRISTÓBAL MONTES, A., «El daño moral contractual», *Revista de Derecho Privado*, 1990, pp. 3 a 12; DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *El escándalo del daño moral*, Thomson-Civitas, Navarra, 2008; GARCÍA LÓPEZ, R., *Responsabilidad civil por daño moral*, Bosch, Barcelona, 1990; GARCÍA SERRANO, F. DE A., «El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil», *Anuario de Derecho Civil*, 1972, pp. 799 a 851; GARCÍA VARELA, R., «El incumplimiento contractual y el daño moral», *Diario La Ley*, de 14 de marzo de 2006, pp. 1 a 4; GAYOSO ARIAS, R., «La reparación del llamado daño moral en el derecho natural y en el derecho positivo», *Revista de Derecho Privado*, 1918, pp. 324 a 331; GÓMEZ POMAR, F., «El daño moral», *InDret 1/1999* (w.w.w.indret.com); IGARTUA ARREGUI, F., «Comentario a la Sentencia de 9 de mayo de 1984», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 5/136, pp. 1631 a 1644; MARÍN GARCÍA, I., MILÀ RAFEL, R., «Capítulo I. Daño moral contractual», en AA. VV., *El daño moral y su cuantificación*, (Fernando Gómez Pomar e Ignacio Marín García, directores), Bosch, Barcelona, 2015, pp. 245 a 305; MARTÍN CASALS, M., SOLÉ FELIU, J., «Comentario a la STS de 31 de octubre de 2002», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 61, 2003, pp. 245 a 269 y «El daño moral», en AA. VV., *Derecho Privado Europeo* (coordinado por Sergio Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2003, pp. 857 a 881; NIETO ALONSO, A., «Daños morales derivados del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de una obligación contractual (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)», *Anuario de Derecho Civil*, 2006, pp. 1115 a 1197; PÉREZ ONTIVEROS BAQUERO, C., *Daño moral por incumplimiento del contrato*, Thonsom Aranzadi, Navarra, 2006; RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., «La reparación del daño...», *op. cit.*, pp. 937 a 967; SOLÉ FELIU, J., «El daño moral por...», *op. cit.*, pp. 1 a 42.

³²⁸ Los pronunciamientos jurisprudenciales en materia de daño moral son abundantísimos. Sin ánimo de ser exhaustivos podemos citar, entre otras, las SSTS: de 9 de mayo de 1984, ponente D. Carlos de la Vega Benayas (RJ 1984, 2403); de 22 de mayo de 1995, ponente D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez (RJ 1995, 4089); de 14 de diciembre de 1996, ponente D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1996, 8970); de 11 de noviembre de 1997, ponente D. Francisco Morales Morales (RJ 1997, 7871); de 22 de noviembre de 1997, ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1997, 8097); de 28 de enero de 1998, ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 1998, 357); de 20 de junio de 1998, ponente Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa (RJ 1998, 4904); de 5 de octubre de 1998, ponente D. Román García Varela (RJ 1998, 8367); de 4 de marzo de 2000, ponente D. Jesús Ernesto Peces Morate (RJ 2000, 2459); de 31 de mayo de 2000, ponente D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2000, 5089); de 22 de febrero de 2001, ponente D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez (RJ 2001, 2242); de 10 de junio 2002, ponente D. Antonio Romero Lorenzo (RJ 2002, 4982); de 9 de diciembre de 2003, ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 2003, 8643); de 28 de enero de 2005, ponente D. Pedro González Poveda (RJ 2005, 1830); de 1 de febrero de 2005, ponente D. José Almagro Nosete (RJ 2005, 1749); de 28 de marzo de 2005, ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 2005, 2614); de 28 de abril de 2005, ponente D. Román García Varela (2005, 3646); de 21 de marzo de 2006, ponente D. Pedro González Poveda (RJ 2006, 1591); de 15 de noviembre de 2007, ponente D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (RJ 2008, 17).

³²⁹ Como ya había afirmado en el año 1990 GARCÍA LÓPEZ, R., «aunque la cuestión del llamado daño moral contractual sigue siendo en la actualidad muy controvertida, conviene poner de relieve la existencia de una tendencia doctrinal y de una reciente jurisprudencia –a la que me referiré más adelante– favorables a la admisión de aquél como daño jurídicamente resarcible. Ya a finales del siglo pasado, un autor francés, CHAUSSE, adujo que no existía motivo alguno para realizar una diferenciación especial –en

bunal Supremo³³⁰, y abundantes discusiones doctrinales, se han venido vertiendo sobre el propio concepto, al que se refiere de forma gráfica DÍEZ-PICAZO como «a la búsqueda del concepto de daño moral»³³¹, o como «la borrosa figura del comúnmente denominado daño moral»³³². En la misma línea, BARRIENTOS ZAMORANO afirma que «el concepto y contenido del daño moral es marcadamente impreciso, resbaladizo, escurridizo, inasible, dogmáticamente híbrido e impuesto por la práctica y las nuevas valoraciones que la propia evolución social va dictando sobre la indemnización de los perjuicios en el tráfico jurídico de cada país»³³³. El mismo Tribunal Supremo ha reconocido que constituye una noción dificultosa, en la sentencia de 22 de mayo de 1995³³⁴, relativa e imprecisa, en las sentencias de 14 diciembre 1996³³⁵ y de 5 octubre 1998³³⁶, e incluso lo ha denominado como vaporoso y discutible daño, en la sentencia de 22 de febrero de 2002³³⁷. Y si el propio concepto origina

lo que a los resultados se refiere— entre la culpa contractual y la culpa delictual. Un hecho ilícito no cambia de naturaleza porque viole las estipulaciones de un contrato u origine la lesión de un derecho no convencional. Reconociendo las diferencias existentes entre ambos tipos de responsabilidad respecto a las condiciones que son necesarias para ser aceptados, sin embargo, desde el momento en que surgen, las consecuencias —salvadas las diferencias de tratamiento entre la culpa y el dolo—, deben ser las mismas. Por consiguiente —viene a concluir el mencionado autor—, si el delito extracontractual obliga a resarcir el daño moral, no se percibe por qué no ha de ocurrir lo mismo con el delito contractual. El argumento base se centra en la ausencia de una razón objetiva y válida que excluya la toma en consideración del daño moral procedente de la infracción de una obligación contractual, una vez que se ha admitido la susceptibilidad de su indemnización en el campo extracontractual», *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 280.

³³⁰ Al respecto, expone GARCÍA SERRANO, F. DE A., que «la admisibilidad por parte de nuestro Tribunal Supremo de la posibilidad de indemnizar pecuniariamente los daños morales es hoy una realidad incuestionable. Se ha superado con ello una visión excesivamente patrimonializada del Derecho civil, pensándose que la tutela íntegra de la persona puede y debe acogerse a la esfera civil y privada, y no limitarla a una protección penal y pública que marginaría múltiples supuestos que se revelan como dignos de protección. Conviene destacar en este punto que el “injusto” penal no agota la parcela del “injusto” jurídico. El Derecho penal acoge ciertamente los supuestos más graves del daño, pero es claro que los mismos sólo constituyen una parte de la noción, más amplia, del daño jurídico. Si a esta consideración se une aquella visión materialista del Derecho civil, en otro tiempo dominante, se explica perfectamente que entre ambos ordenamientos haya mediado un vacío, una solución de continuidad. Es la zona constituida por aquel conjunto de supuestos que, no siendo tan graves como para justificar su castigo por el ordenamiento Penal, y no pudiendo traducirse a términos monetarios para acogerse a la órbita del Derecho civil, quedaba por ella sin sanción. Es claro que si el ordenamiento jurídico debe tender a la total protección de la persona debe eliminar esas “zonas grises” que impiden la realización de aquella finalidad, lo que puede hacerse perfectamente extendiendo la órbita del Derecho civil mediante la “fuerza expansiva” que le caracteriza», «El daño moral...», *op. cit.*, pp. 813 y 814.

³³¹ DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *El escándalo...*, *op. cit.*, p. 73.

³³² DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, V...*, *op. cit.*, p. 346.

³³³ BARRIENTOS ZAMORANO, M., *El resarcimiento por daño...*, *op. cit.*, p. 35.

³³⁴ STS de 22 de mayo de 1995, ponente D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez (RJ 1995, 4089).

³³⁵ STS de 14 de diciembre de 1996, ponente D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1996, 8970).

³³⁶ STS de 5 de octubre de 1998, ponente D. Román García Varela (RJ 1998, 8367).

³³⁷ STS de 22 de febrero de 2001, ponente D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez (RJ 2001, 2242).

problemas³³⁸, no menos ocurre con su incardinación en el sector de responsabilidad que le deba corresponder, así como, consecuentemente, con los demás factores inherentes a su figura.

Son varios los puntos que en este epígrafe hemos de estudiar; a saber, su definición, su encaje legal, y su incardinación como daño contractual o extracontractual en el supuesto del incumplimiento. Abordaremos, también, el análisis sobre su probanza, la fijación de su *quantum*, la naturaleza y función de la reparación, para, seguidamente, detenernos en las sedes en que nuestro derecho positivo lo acoge. Por último, reseñaremos las resoluciones judiciales entendidas como más apropiadas para la mejor ilustración de este trabajo.

4.5.2 LA ADMISIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL: SU EVOLUCIÓN

Si bien en la actualidad la jurisprudencia y la mayoría de la doctrina admiten la indemnización de los daños morales contractuales, debe advertirse que esto no fue siempre así³³⁹, sino fruto de una larga evolución jurisprudencial producida a partir de su inicial reconocimiento en la esfera extracontractual por la famosa sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1912³⁴⁰, que tuvo lugar como consecuencia de la publicación por el periódico

³³⁸ Como ya advirtió FISCHER, H.A., «los daños no patrimoniales, entre los cuales se cuentan los perjuicios más heterogéneos que pueden inferirse a una persona, y que sólo presentan de común la característica negativa que indica su calificación: la de no ser patrimoniales», *Los Daños Civiles...*, *op. cit.*, p. 222.

³³⁹ En relación a las originarias objeciones a la indemnización del daño moral DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., expone que «la admisibilidad del llamado daño moral, aunque esta «conquista», por llamarla así, no estuvo exenta de dificultades y perplejidades. Los mismos autores antes citados –BAUDRY-LACANTINERIE y TARDE– exponen las grandes objeciones que se erigieron contra la reparación pecuniaria del perjuicio moral. Eran las siguientes: 1.º Sólo puede ser función de la indemnización restablecer, en el patrimonio del que sufre el daño, el valor en que este patrimonio había resultado injustamente disminuido. Cuando se habla de daño moral, no se persigue tal resultado, ya que el patrimonio no ha sufrido ninguna disminución. 2.º Es escandaloso que se puedan discutir judicialmente el honor, los afectos más sagrados o los dolores más respetables y sólo cuando esta discusión es admitida, es posible la reparación del daño moral. 3.º Es imposible que la apreciación de este daño no sea absolutamente arbitraria. Sin embargo, las tres objeciones tenían respuesta: los términos del artículo 1.382, que menciona un daño cualquiera, son tan amplios que permiten tanto el daño material como el moral; la reparación pecuniaria imperfecta del perjuicio moral debe preferirse a la falta de toda reparación; en toda decisión judicial hay siempre algo de arbitrario, pero la dificultad de la apreciación no debe influir en la prosperidad de una demanda justa», *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, V...*, *op. cit.*, p. 116. *Vid.* también Álvarez Vigaray, R., «La responsabilidad...», *op. cit.*, 1966, pp. 95 a 102; IGARTUA ARREGUI, F., «Comentario a la Sentencia de 9...», *op. cit.*, pp. 1636 a 1638.

³⁴⁰ La STS de 6 de diciembre de 1912, ponente D. Rafael Bermejo (RJ 1912, 95) sostiene que «la honra, el honor y la fama de la mujer constituyen los bienes sociales de su mayor estima, y su menoscabo la pérdida de mayor consideración que puede padecer en una sociedad civilizada incapacitándola para ostentar en él la de carácter de depositaria y custodia de los sagrados fines del hogar doméstico, base y

«El Liberal» el día 21 de septiembre de 1910 de una noticia que, a la postre, resultó ser falsa, e hizo célebre su título «*Fraile, raptor y suicida*»³⁴¹. Como afirmó DE CASTRO, el reconocimiento del daño moral fue un «descubrimiento jurisprudencial»³⁴². Sin embargo, en relación con el daño moral contractual, la evolución jurisprudencial fue más lenta, ya que hubo de esperarse a la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1984³⁴³, donde por primera vez se reconoció de forma expresa su reparación.

pedra angular de la sociedad pública, debiendo, por tanto, ser apreciados estos daños como uno de los más graves, que obliga a tenerlos en cuenta al legislador al legislar y a los Tribunales encargados por la ley de aplicar y de realizar la justicia con el propósito de remediarlos para procurar que se fije una norma reguladora, establecido una responsabilidad civil, armonizada con los principios jurídicos que informan nuestro Derecho común, si no se quiere fomentar en la sociedad una negligencia suicida, cuál sería el abandono de un elemento social de primer orden como la mujer al capricho de la pública maledicencia. Tomados en cuenta estos fundamentos sociales de toda legislación y de toda organización de justicia, no cabe desconocer que el hecho controvertido en autos constituye una total y absoluta expoliación de la dignidad personal, familiar y social de la joven ofendida, violentamente despojada de todos sus títulos de pudor y honestidad que la hacían acreedora a la estimación pública por presentarla de modo evidente y escandaloso culpable de fuga del hogar paterno y de amancebamiento sacrílego consumado, con todas sus consecuencias naturales, inhabilitándola por efecto de la pública exposición del hecho calumnioso en periódicos de gran circulación, como «El Liberal», que hacen la rectificación imposible, tanto por la imborrable impresión que causa en el ánimo de sus lectores cuanto porque la reproducción de todo insulto injurioso hecho en la prensa no altera, según reiterada jurisprudencia, la responsabilidad del que la produce, puesto que lo que castiga la ley es la propagación de la injuria; y por todo esto es por lo que el Tribunal sentenciador, al someter el daño moral causado a una compensación pecuniaria, no confunde, como se supone, las atribuciones del Poder Judicial con las del Poder Legislativo, pues para ello sería preciso se declarase en disposición abstracta o de carácter general algún derecho nuevo, cosa que aquí no ocurre, porque el juzgador, valiéndose de las reglas de equidad que son máximas elementales de justicia universal, se limita, como intérprete de la ley, a explicar mejor principios jurídicos más o menos clara y distintamente expuestos, pero ya «preexistentes», que definen el daño en sus diversas manifestaciones para justificar, toda vez que es indiferente pedir la por acción civil o penal, una indemnización pecuniaria, que, si nunca es bastante como resarcimiento absoluto de ofensas graves, al fin es la que se aproxima más a la estimación de los daños morales directamente causados a la joven Mussó y que llevan consigo, como consecarios naturales y lógicos, otros daños, esto es, los materiales y los sociales, conforme al criterio tan sabiamente manifestado en la ley 21, título 9.º, de la Partida 7.ª, cuando al disponer que «cualquier que reciba tuerto o desonrra, que pueda demandar en una destas dos maneras, quel más quisiere. La primera que paga el que lo desonrra, enmienda de pecho de dineros. La otra es en manera de acusación pidiendo que el que le fizo el tuerto que sea escarmentado por ello. E la una destas maneras se tuelle por la otra; porque de un yerro no debe ome recibir dos penas por ende. E desque ouiere escojido la una, no la puede dexar é pedir la otra», ley cuya aplicación ha sido tradicional en España». Afirma DE CASTRO y BRAVO, F., que fue el texto de la Partida VII, título XV, ley I, que define el daño como el «*empeoramiento, ó menoscabo ó destruímiento que home recibe en sí mismo ó en sus cosas por culpa dotri*» el que sirvió de fundamento para el novedoso giro jurisprudencial de la anterior sentencia y que supone la «base de toda la doctrina posterior y de la admisión del daño moral en las leyes», «Los llamados derechos...», *op. cit.*, p. 1268.

³⁴¹ Entre otros muchos autores, comentan dicha sentencia: DE CASTRO y BRAVO, F., «Los llamados derechos...», *op. cit.*, pp. 1269 a 1273; Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, V..., *op. cit.*, pp. 117 a 120; y GARCÍA SERRANO, F. DE A., «El daño moral...», *op. cit.*, pp. 819 a 822, tomándola como iniciadora de la segunda fase de evolución del daño moral en la jurisprudencia.

³⁴² DE CASTRO y BRAVO, F., *Temas de derecho civil*, Marisal, Madrid, 1972, p. 9.

³⁴³ STS de 9 de mayo de 1984, ponente D. Carlos de la Vega Benayas (RJ 1984, 2403).

También se observa, por lo que respecta a la admisión del daño moral contractual, una evolución en nuestra doctrina³⁴⁴. Así, en una primera etapa, la doctrina clásica de la primera mitad del siglo XX se mostró contraria al resarcimiento de los daños morales en el ámbito contractual. GAYOSO, en relación tanto a la responsabilidad extracontractual como a la contractual, afirmó no existir en nuestro Código civil ningún precepto que diera amparo a la indemnización de los daños morales³⁴⁵. VALVERDE, si bien admite la indemnización del daño moral en la responsabilidad extracontractual, rechaza que el mismo pueda ser resarcido por el incumplimiento de un contrato³⁴⁶. Por su parte, ROCES³⁴⁷, aunque no se muestra partidario de la indemnización de los daños morales, afirma que «no quiere decir esto que las lesiones antijurídicas no patrimoniales, cuando acarreen verdaderos quebrantos, hayan de quedar sin sanción, pues tanto valdría dejar sin amparo los más altos y legítimos intereses de la persona. Sostenemos únicamente que estas transgresiones son incompatibles, por las razones de técnica jurídica que quedan expuestas, con la institución del *resarcimiento de daños*»³⁴⁸. Por último, DÍAZ PAIRÓ, acogiendo el sentir de la doctrina mayoritaria de la época, mantiene que el incumplimiento del contrato exclusivamente puede producir daños patrimoniales³⁴⁹.

También, en la doctrina italiana clásica, se ha posicionado en contra de la indemnización del daño moral contractual RAVAZZONI, señalando las diferencias que existen entre el daño no patrimonial extracontractual y el daño no patrimonial contractual³⁵⁰. De forma más contundente se manifestó SCOGNA-

³⁴⁴ Vid. en CRISTÓBAL MONTES, A, la evolución de nuestra doctrina sobre la admisión del daño moral contractual «El daño...», *op. cit.*, pp. 6 a 8.

³⁴⁵ Sostiene GAYOSO ARIAS, R., que «en nuestro derecho legislado no se halla explícitamente resuelta la cuestión. El Código civil limitase a prescribir la indemnización del daño causado, ya incidente en otra obligación, ya principal (que entraña el quebrantamiento de la general de no lesionar al prójimo). En los artículos 1.101 y 1.902 habla en términos generales de daño y de indemnización. Mas esta generalidad nada resulta para la teoría afirmativa de la reparación pecuniaria de los morales, como quiere Alcubilla, porque precisa para tal obligación que el abono metálico sea indemnización, que es lo prescrito, y según lo demostrado en la parte teórica de este trabajo, no lo es para las damnificaciones de esa clase», «La reparación del...», *op. cit.*, p. 330.

³⁴⁶ VALVERDE y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, tomo III, 4.ª ed., Valladolid, 1937, pp. 783 a 786.

³⁴⁷ ROCES, W., «Breves acotaciones...», *op. cit.*, pp. 293 a 294.

³⁴⁸ ROCES, W., «Breves acotaciones...», *op. cit.*, p. 298.

³⁴⁹ Así DÍAZ PAIRÓ, A., sostiene que «el daño debe ser patrimonial pues en materia de responsabilidad contractual es casi unánime la opinión que rechaza la resarcibilidad del daño moral, del sufrimiento causado al acreedor por el deudor no cumpliendo la obligación», *Teoría general de las obligaciones*, volumen I, 2.ª ed. revisada, La Habana, 1945, p. 161.

³⁵⁰ RAVAZZONI, A., indica que «ma subito, a dire il vero, sembra possibile scoprire una prima, e non irrilevante, differenziazione fra il danno non patrimoniale derivante da illecito extracontrattuale e questa forma di danno non patrimoniale derivante da inadempimento. Mentre il primo consiste nel turbamento di una situazione di pace e di tranquillità, o anche nel fare venire meno i mezzi per ottenerla, in una offesa,

MIGLIO³⁵¹, que, concibiendo el daño no patrimonial como el sufrimiento que infringe una lesión de los derechos de la personalidad, no admite que el mismo pueda derivar de un incumplimiento del contrato³⁵².

Una segunda etapa en la evolución de la doctrina hacia la aceptación del daño moral contractual, se observa en la segunda mitad del siglo xx, que llega cada vez con más adeptos hasta los tiempos actuales, si bien con algunos autores que la aceptan de forma restringida, e, incluso, otros que continúan negando dicha posibilidad. Sin lugar a dudas, el gran impulso al reconocimiento del daño moral contractual deriva de la consolidación de su aceptación en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. Observa la doctrina que, una vez admitido el resarcimiento del daño moral en la esfera de la responsabilidad extracontractual, no existe una razón válida y objetiva para su exclusión cuando deriva del incumplimiento de un contrato³⁵³.

comunque, che senza il comportamento illecito non si sarebbe avuta, il secondo, al contrario, consiste necessariamente e soltanto nella mancata attuazione di un comportamento che l'inadempiente doveva tenere e che la controparte riteneva idoneo a soddisfare un suo bisogno di natura non patrimoniale: bisogno però, già esistente nel soggetto; insomma, in un caso, saremmo di fronte a qualcosa che provoca un male, nell'altro caso, alla mancata attuazione di un rimedio, che un soggetto si era obbligato a tenere per alleviare o fare scomparire un altrui male (o bisogno) già esistente», *La riparazione del danno non patrimoniale*, Giuffrè Editore, Milano, 1962, p. 227. El anterior razonamiento lo critica con acierto ÁLVAREZ VIGARAY, R., indicando que «aunque esto sea cierto en la mayor parte de las ocasiones, a veces el daño moral contractual consiste en una acción que provoca un mal, que altera una situación de bienestar, como ocurre en las lesiones causadas en accidente de transporte, o en la ruptura injustificada de un contrato con un profesional de forma que perjudique a su reputación, o con las modificaciones o supresiones realizadas en la edición de una obra y que causen un perjuicio moral a su autor», «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 88.

³⁵¹ SCOGNAMIGLIO, R., «Il danno morale», *Rivista di Diritto civile*, 1957, I, pp. 315 y 316.

³⁵² En relación a las afirmaciones del autor italiano, objeta ÁLVAREZ VIGARAY, R., que «aunque se admita un concepto tan reducido del daño moral, no es imposible que se produzcan daños morales contractuales, como ocurre, por ejemplo, con los dolores y sufrimientos experimentados a consecuencia de un accidente ocurrido durante el curso del transporte», «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 90.

³⁵³ Afirma CASTÁN TOBEÑAS, J., que «admitido el daño moral como susceptible de indemnización en el campo extracontractual, no se ve razón por la que haya de ser excluido del campo de las obligaciones contractuales», *Derecho Civil español...*, *op. cit.*, p. 245. En similares términos GARCÍA LÓPEZ, R., «el argumento base se centra en la ausencia de una razón objetiva y válida que excluya la toma en consideración del daño moral procedente de la infracción de una obligación contractual, una vez se ha admitido la susceptibilidad de su indemnización en el campo extracontractual», *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 281. El mismo razonamiento realiza SANTOS BRIZ, J., *Derecho de...*, *op. cit.*, pp. 123 y 124. Con mayor detenimiento IGARTUA ARREGUI, F., afirma que «el reconocimiento de la posibilidad de indemnización del daño moral contractual supone el último escalón en la evolución de la aceptación de la reparación del daño moral dentro de un sistema jurídico. La lógica de esta evolución es muy clara: teniendo en cuenta que en términos generales se entiende por daño moral aquél que se deriva de un ataque a los derechos de la personalidad, o mejor dicho, de la privación de aquellos bienes que son primordiales para el hombre (vida, honor, libertad, etc.), resultaba que, desde siempre, los ataques a esos bienes estaban tipificados como delitos y la sede de los Códigos penales fue la natural para que por primera vez se contemplara la indemnización del daño moral. Sin embargo, hay otras conductas que dañan a los bienes mencionados y que no están tipificadas como delito por no reunir la gravedad necesaria para ello a los ojos de la sociedad. Para conseguir la protección frente a los ataques se reconoció la posibilidad de reparación del daño moral derivado de relaciones extracontractuales. Ahora bien; cuando se redactaron los Códigos civiles no se pensó

Entre los autores que inicialmente se posicionaron a favor de la indemnización de los daños morales en el campo de la responsabilidad contractual, CASTÁN llega a las siguientes conclusiones «1.^a, que es de justicia la reparación o compensación de los daños morales, ya pueda encuadrarse dentro de las normas legales de la indemnización de daños y perjuicios, o ya se acoja, en cuanto ésta no sea aplicable, a principios generales del Derecho; 2.^a, que, de todos modos, parece indudable que la reparación de los daños morales que no se traducen en quebranto material inmediato ha de ser sometida a un régimen jurídico distinto al de aquel que gobierna los daños propiamente patrimoniales: los requisitos que afectan al nexo causal y a la prueba de los daños morales que han de ser tratados con menos severidad que cuando se trata de daños materiales, y ha de ser concedido a los Tribunales un amplio arbitrio para su apreciación»³⁵⁴. Por su parte, LACRUZ BERDEJO expone que «el Cc. regula sólo la indemnización del daño patrimonial, pero sin duda es también resarcible el moral, al menos por aplicación del art. 1902 (piénsese en la obligación de entregar unos retratos de familia, sin valor pecuniario)»³⁵⁵. DE COSSIO sostiene que «una cosa son los daños morales que tienen una trascendencia patrimonial y otra los daños morales propiamente dichos, y en pura lógica jurídica,

en que pudieran existir contratos que dañaran los bienes primordiales del hombre y no se previó la posibilidad de reparación del daño moral que de ellos se derivara. Por tanto, se reputaba como imposible la existencia de un daño moral contractual. Este es el segundo argumento que se ha esgrimido en contra de su reparación. No se concebía que el honor, la imagen, etc., pudieran ser objeto de un contrato. Hoy es evidente que estos contratos existen y no se ve por qué si tampoco se previó en los Códigos la posibilidad de reparación del daño moral «extracontractual» y esto no fue obstáculo para su admisión, lo sea en el caso del daño moral derivado de contrato. Por tanto, si no se ve objeción a que una persona obtenga reparación si es difamada por un desconocido, ¿por qué ha de negarse la reparación si el difamador estaba obligado a respetar al difamado en virtud de una relación obligatoria previa?», «Comentario a la Sentencia de 9...», *op. cit.*, p. 1636. En la doctrina italiana DE CUPIS, A., después de realizar un análisis del artículo 2059 del *Codice civile*, que limita el resarcimiento del daño no patrimonial exclusivamente a los supuestos establecidos por la ley, por lo que en definitiva queda circunscrita su indemnización a los supuestos en los que se ha producido un ilícito penal, afirma que «nosotros entendemos que su ámbito no puede restringirse a la esfera extracontractual. De esta forma, el legislador había resuelto el problema del resarcimiento del daño no patrimonial sólo limitadamente en la esfera extracontractual; tan sólo se habría preocupado de establecer que el ámbito de ésta, el daño no patrimonial puede ser resarcido por vía de excepción, quedando prejuzgado el abandono del problema en lo que atañe a la esfera contractual. Ciertamente, a una madura reflexión resulta inconcebible que el legislador, en el instante en que adoptaba una determinada solución a un problema tan grave e inveterado, como el concerniente al daño no patrimonial, pretendiere circunscribir la misma solución a la esfera extracontractual. Es más lógico sostener que haya querido adoptar una solución general, que tienda a eliminar todas las anteriores incertidumbres y discusiones. Que la resarcibilidad del daño contractual no patrimonial esté muy limitada, choca, por cierto, con aquella corriente de pensamiento que, ya bajo el imperio del derecho común consideraba extraño que el ordenamiento jurídico se preocupase tan sólo por la tutela de los intereses patrimoniales, casi como si sólo primase la bolsa de los ciudadanos», *El Daño. Teoría...*, *op. cit.*, p. 179.

³⁵⁴ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español...*, *op. cit.*, p. 246.

³⁵⁵ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil*, II-1, Librería Bosch, Barcelona, 1977, pp. 124 y 125.

unos y otros son susceptibles de indemnización, y los primeros –los morales– con independencia de los patrimoniales que directa e indirectamente pudieran haber producido»³⁵⁶.

Si bien en los anteriores autores se encuentra el germen de nuestra doctrina a favor de la extensión de la indemnización de los daños morales del campo extracontractual al contractual, fue ÁLVAREZ VIGARAY quien con mayor contundencia y rigor ha sostenido la indemnización del daño moral contractual. Argumenta dicho autor, frente al pensamiento de que al tener la obligación contractual por objeto una prestación patrimonial, de su incumplimiento sólo pueden derivar daños patrimoniales al quedar extramuros de la relación jurídica obligatoria los bienes e intereses no patrimoniales³⁵⁷, que «si bien es cierto que la prestación ha de ser evaluable económicamente, esto no quita que pueda responder a un interés del acreedor de naturaleza no económica»³⁵⁸ y ello lo justifica en que «son numerosas las convenciones que afectan directa o indirectamente a los sentimientos, tranquilidad, consideración, salud y honor de las partes, por lo que el incumplimiento de la obligación causa un daño moral al acreedor»³⁵⁹.

Coincidiendo con las anteriores afirmaciones de ÁLVAREZ VIGARAY, debemos concluir siguiendo a dicho autor que siendo evidente que pueden producirse daños morales contractuales, no hay ninguna razón para admitir el resarcimiento tratándose de daños morales extracontractuales, y negarlo, en cambio, por lo que se refiere a los daños contractuales. Los argumentos que justifican el resarcimiento del daño moral son igualmente aplicables en uno y otro caso, y tal vez sea incluso más justo que tenga lugar la indemnización del daño moral contractual, por haber tenido el damnificado el cuidado de efectuar una convención para asegurarse la satisfacción de un interés suyo extrapatri-

³⁵⁶ DE COSSIO y CORRAL, A., *Instituciones de Derecho civil*, I, Madrid, 1975, p. 315.

³⁵⁷ ROVELLI, L.A. «La risarcibilità dei danni non patrimoniale», *Rivista di Diritto privato*, II, 1933, p. 266 y CHIRONI, G.P. «Danno morale», *Rivista di Diritto Commerciale*, II, 1913, p. 811.

³⁵⁸ ÁLVAREZ VIGARAY, R., «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 88.

³⁵⁹ ÁLVAREZ VIGARAY, R., «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 88, como muestra de lo anterior establece los supuestos «del mandatario al cual se le haya dado encargo por los parientes del difunto de renovar el arrendamiento del nicho en el que esté enterrado, y, por negligencia en el cumplimiento de este encargo, deje pasar el plazo para la renovación, con lo cual, al ser sacado del nicho, se encuentren los familiares en la imposibilidad de saber donde están enterrados sus restos; o bien en el supuesto del médico que causa lesiones o cicatrices al paciente, las cuales se podrían fácilmente haber evitado empleando los remedios adecuados, o bien en el caso, que ha sido a veces referido por la prensa, del cirujano que por descuido, al hacer una operación, deja abandonado dentro del cuerpo del paciente algún objeto del instrumental, haciéndose necesaria una nueva operación para su extracción; y también en la hipótesis del transportista que, por conducir sin prudencia, causa en accidente al viajero lesiones, e incluso la muerte».

monial, realizando, en cambio, en la mayoría de los casos, una contraprestación de carácter pecuniario³⁶⁰.

En Italia, ya en el año 1933, DALMARTELLO había afirmado, frente a la doctrina dominante de la época, que si bien la infracción de una obligación legal generaba el deber de indemnizar los daños morales, lo mismo debía predicarse de los daños morales acaecidos como consecuencia de una infracción contractual³⁶¹.

No faltan voces que, frente a lo que hoy es la corriente mayoritaria de la tesis extensiva del daño moral al ámbito contractual, se muestren contrarios a dicha admisión. Debe matizarse que no es que consideren que el acreedor que padece el incumplimiento del contrato no sufre daños morales, sino que tales daños deben ser resarcidos dentro de la esfera de la responsabilidad aquiliana. Como uno de los mayores exponentes de esta tesis negativa, se encuentra el profesor ESPIAU ESPIAU³⁶². Considera dicho autor que es «posible que un incumplimiento contractual pueda llegar a causar una “perturbación o aflicción” al contratante frustrado, susceptible de ser calificada de “daño moral”; lo que me parece más discutible es que la “indemnización de los daños y perjuicios

³⁶⁰ ÁLVAREZ VIGARAY, R., «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 89. En la misma línea NIETO ALONSO, A., estima «que puede resultar más adecuado reparar el daño moral derivado de un incumplimiento contractual que reconocerlo en el campo de la responsabilidad extracontractual, para evitar así, como ha dicho la jurisprudencia, la impunidad de tantas y tantas conductas que la actual sociedad tecnificada y burocratizada produce, al abrigo de la masificación de los servicios y contratos colectivos y de adhesión, estatales o paraestatales», «Daños morales derivados...», *op. cit.*, p. 1126. En similares términos se pronunció la STS de 9 de mayo de 1984, ponente D. Carlos de la Vega Benayas (RJ 1984, 2403), afirmando que «la finalidad social que el Derecho debe conseguir para evitar la injusticia y cumplir el principio del “alterum non laedere” y con ello la impunidad de tantas y tantas conductas que la actual sociedad tecnificada y burocratizada produce, al abrigo de la masificación de los servicios y contratos colectivos y de adhesión, estatales o paraestatales; y sin olvidar tampoco que en punto a esta clase de perjuicios y daños inmateriales, su producción, su existencia y su realidad, es decir, su prueba, es, paradójicamente, más fácilmente apreciable o perceptible en los casos de incumplimiento contractual, pues ya el hecho de esa conducta en una de las partes en el contrato produce, en curso normal de la convivencia y de las expectativas creadas por la relación negocial intersubjetiva, una frustración, una ruptura de la confianza que es la base de la buena fe (arts. 7.º, 1.º y 1258 del C. Civ.) y aunque una concepción economista y material de la convivencia abonó o amparó en un tiempo una respuesta negativa para resarcir esa frustración, cierto es que hoy aparece superada (como se superó el rechazo de la indemnización de los daños morales a partir de la sentencia de 6 diciembre 1912), o en vías de superación, esa tesis restrictiva merced o gracias a la beneficiosa o compensadora entrada o “irrupción de la ética” (exposición de motivos del Título preliminar del C. Civ., de 1974) en el campo de las relaciones jurídicas, influjo que ha de ser mantenido e incluso reforzado a la vista de los principios supralegales consagrados en nuestra Constitución de 1978 (RCL 1978\2836): art. 1.º, con su referencia al valor “justicia”, y décimo, que consagra y obliga al “respeto del derecho de los demás”».

³⁶¹ DALMARTELLO, «Danni morali contrattuali», *Rivista di Diritto Civile*, 1933, pp. 53 a 65.

³⁶² ESPIAU ESPIAU, S., «La indemnización del daño moral en los supuestos de incumplimiento contractual», *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, 1.ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 1789 a 1798 y «Comentario a la sentencia de 31 de mayo de 2000», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 54, número 1481, pp. 1277 a 1287.

causados” por el incumplimiento o la contravención de la obligación –señaladamente, de la obligación contractual– a que alude el artículo 1101 del CC cubra dicho “daño moral”»³⁶³. No sólo pone en entredicho la incardinación del daño moral en el tenor literal del artículo 1101, sino que profundiza negando el encaje de dicho daño en los artículos 1106 y 1107. Ello lo razona en atención al hecho de que, al preceptuar el párrafo segundo del artículo 1107 en relación a los daños que han de resarcirse, «*todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación*», ese «*todo*» debe ser comprendido en referencia a las expresiones «*daño emergente*» y «*lucro cesante*» y ambas partidas resarcitorias son esencialmente de naturaleza patrimonial, por lo que no tendría cabida el daño no patrimonial³⁶⁴. Concluye afirmando que si se entiende que una situación de incumplimiento obligacional es susceptible de producir, además de la lesión del derecho de crédito, una lesión de intereses del acreedor no valorables económicamente, esto significa que, de un mismo acto dañoso, deriva o puede derivar una doble responsabilidad: la responsabilidad contractual derivada de la lesión del crédito y la responsabilidad extracontractual derivada de la lesión de intereses no patrimoniales, cuya existencia y extensión deberán determinarse de acuerdo con las reglas propias de este tipo de responsabilidad, y no con las disposiciones correspondientes a la responsabilidad contractual³⁶⁵.

No obstante parecer clara la posición de ESPIAU ESPIAU, aunque no compartida por nosotros, tal vez exista una contradicción que permita deducir que implícitamente está aceptando la indemnización del daño moral contractual si bien de forma limitada. Así es, en los supuestos de contratos relativos a los bienes de la personalidad, cuando afirma que «la calificación del daño moral *contractual* y su indemnización como elemento integrante de la *responsabilidad contractual* parecen adecuadas, toda vez que –como subraya el Prof. Díez PICAZO– la misma prestación contractual comprometida por el contratante incumplidor afecta “a derechos subjetivos de la personalidad del acreedor”»³⁶⁶.

Al final de su estudio, ESPIAU ESPIAU realiza unas afirmaciones que no compartimos. Basándose en cierta jurisprudencia que admite la concurrencia

³⁶³ ESPIAU ESPIAU, S., «La indemnización del...», *op. cit.*, p. 1789.

³⁶⁴ Justifica su postura afirmando que «no es una cuestión de apego excesivo al tenor literal de un precepto o de interpretación restrictiva: es que el resarcimiento de un *daño no patrimonial* dentro de la responsabilidad contractual exigiría un replanteamiento del mismo concepto de obligación regulado en el Código Civil», ESPIAU ESPIAU, S., «La indemnización del...», *op. cit.*, p. 1795.

³⁶⁵ *Ult. op. cit.*, p. 1798.

³⁶⁶ *Ult. op. cit.*, p. 1793.

de las acciones de responsabilidad contractual y extracontractual³⁶⁷, incluso ante un mismo evento que produce daños, sostiene que «a tenor de esta doctrina jurisprudencial, hay responsabilidad contractual si, existiendo entre las partes un contrato, los daños son consecuencia de un incumplimiento o de un cumplimiento defectuoso de lo que constituye materia del contrato en sentido estricto, mientras que la responsabilidad extracontractual se produce cuando, con independencia de las posibles relaciones que existan entre las partes, los daños son consecuencia de la infracción de deberes generales de conducta o de la regla general *alterum non laedere*. Reconduciendo a este ámbito el daño moral o no patrimonial derivado del incumplimiento de la obligación, sus vicisitudes se regirán, pues, por las normas de la responsabilidad extracontractual; en cambio, las consecuencias patrimoniales del incumplimiento se regirán por las de la responsabilidad contractual»³⁶⁸.

Estas afirmaciones parecen, cuando menos, discutibles, e incluso contradictorias. Si sostiene que existe responsabilidad contractual cuando el incumplimiento o la defectuosa ejecución afecte a lo que constituye la materia del contrato en sentido estricto, además de tener que concretarse lo que constituye dicha materia en cada contrato, parte de la base de que la misma sólo puede tener naturaleza patrimonial, ya que posteriormente sostiene que sólo las consecuencias patrimoniales serán objeto de resarcimiento por responsabilidad contractual, siendo las no patrimoniales reconducidas al campo de la extracontractual. ¿Sería posible que la materia del contrato en sentido estricto tuviera naturaleza no patrimonial? O, mejor dicho, ¿podría darse el supuesto de que la materia del contrato en sentido estricto tuviera naturaleza patrimonial y no patrimonial? Pensemos en el supuesto de la persona que compra un billete de AVE para viajar de Sevilla a Madrid en pleno mes de agosto. Al llegar a la estación de Santa Justa, en vez de embarcar en el tren, le suben en un autobús y, tras seis horas de caluroso viaje, le dejan en la estación de Puerta de Atocha. Si lo que constituye la materia del contrato en sentido estricto era el viaje, queda claro que lo ha realizado; ha sido transportado de una ciudad a otra. Pero ello partiría de una consideración parcial de la materia del contrato. Si una persona compra un billete de AVE para viajar a Madrid, es para llegar en dos horas y media y para disfrutar de unas comunidades que un autobús no tiene (por ejemplo una cafetería). Si ante todas las molestias, retraso e incomodidades que ha sufrido al realizar el viaje en autobús, el viajero interpone una re-

³⁶⁷ Vid. sobre el principio de la unidad de la culpa civil, DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, V..., *op. cit.*, p. 226 y 227.

³⁶⁸ ESPIAU ESPIAU, S., «La indemnización del...», *op. cit.*, p. 1798.

clamación por defectuoso cumplimiento del contrato, resultaría razonable, según lo sostenido por ESPIAU ESPIAU, que sólo pudiera obtener una indemnización por los daños patrimoniales, esto es, por la diferencia de precio que pudiera existir entre un viaje en AVE y en autobús, teniendo que acudir al artículo 1902 para la indemnización de los daños no patrimoniales.

Como hemos dicho, la doctrina, desde la segunda mitad del siglo X, se ha venido pronunciando de forma mayoritaria a favor de la indemnización del daño moral contractual, concibiéndolo de forma cada vez más amplia. Sin embargo, debe destacarse, como excepción, la opinión de DÍEZ-PICAZO, que se pronuncia a favor de una concepción estricta o restringida del mismo³⁶⁹. Parte de la existencia de dos corrientes doctrinales acerca de la concepción del daño moral, una estricta y otra extensa. De la primera, afirma que deriva «de la vieja idea de *pretium doloris* y que se ha definido como dolor, sufrimiento, padecimiento psíquico o físico injustamente ocasionado»³⁷⁰; de la segunda, sostiene que parte de «una extensión del área de los daños resarcibles, considerando que las lesiones a bienes de la personalidad (p. ej., integridad física, honor y buen nombre, libertad, etc.) producen por sí solas un daño con independencia de que hayan producido repercusiones desfavorables o de que hayan determinado perturbaciones de ánimo»³⁷¹. Se decanta DÍEZ-PICAZO por una concepción restringida del daño moral sosteniendo que «debe reducirse al sufrimiento o perturbación de carácter psicofísico en el ámbito de la persona, sin proceder al respecto a concepciones extensivas, en las que la indemnización carece de justificación. Aun concebido en los estrictos términos que se acaban de esbozar, no todo sufrimiento psicofísico engendra un daño moral indemnizable, sino, como señaló R. SCOGNAMIGLIO, aquél que es consecuencia de lesiones de derechos de la personalidad. No hay, por consiguiente, daño moral en sentido estricto cuando la lesión incida sobre bienes económicos por más que como consecuencia de éstos el titular de tales derechos haya experimentado especiales disgustos»³⁷². Por tanto, hace depender el resarcimiento del daño moral exclusivamente en atención a las consecuencias perjudiciales, tanto en la esfera psíquica como física de las personas, que traigan causa en la violación de los derechos de la personalidad.

³⁶⁹ DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, V...*, op. cit., pp. 116 a 123 y 346 a 348 y *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II...*, op. cit., pp. 792 y 793. Debe destacarse su acerada crítica a diversos pronunciamientos jurisprudenciales a lo largo de toda la obra *El escándalo...*, op. cit.

³⁷⁰ DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 2000, p. 326.

³⁷¹ DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de daños...*, op. cit., p. 326.

³⁷² *Ult. Op. Cit.*, Pp. 328 Y 329.

Basándose en los mismos razonamientos, pero ahora en referencia al daño moral contractual, sostiene DÍEZ-PICAZO³⁷³ «que no hay, en línea de principio daño indemnizable por las perturbaciones psicofísicas que una persona pueda experimentar como consecuencia de incumplimientos contractuales salvo en aquellos casos en que la prestación contractual comprometida por el incumplidor afectara a derechos subjetivos de la personalidad del acreedor»³⁷⁴. Creemos que, en el fondo de la cuestión, late el temor a que, al socaire del más mínimo incumplimiento o cumplimiento defectuoso, el acreedor halle la excusa para demandar unos pretendidos daños morales, que en realidad no son más que unas meras molestias, disgustos o intranquilidad que no tienen nada de especial y que no constituyen más que quebraderos de cabeza que resultan consustanciales a la vida diaria. Lo que ocurre es que, tal vez, resulte complicado trazar una línea divisoria nítida que permita dilucidar cuándo estamos en presencia de un mero inconveniente: el avión que se retrasa media hora, o la compañía aérea que, como consecuencia de una falta de organización o cualquier circunstancia dentro de su esfera de control, retrasa la salida del avión ocho horas, en cuyo caso sí se pueden ocasionar a los pasajeros unos perjuicios morales de consideración, como zozobra, angustia, etc., ante la incertidumbre de saber su suerte.

Consideramos que una adecuada interpretación de las afirmaciones de DÍEZ-PICAZO exige poner en conexión, por un lado, su restringida concepción del daño moral, y por otro, los supuestos en que existiendo el incumplimiento de un contrato procede su indemnización, por lo que parece deducirse que, para que el daño moral contractual sea indemnizable, se exigen dos requisitos: primero, que las perturbaciones o sufrimientos físicos o psíquicos deriven de la lesión de derechos de la personalidad; y segundo, que la prestación del contrato incumplido afecte a los derechos de la personalidad. Por lo que, si el incumplimiento del contrato provoca perturbaciones o sufrimientos físicos o psíquicos que deriven de la lesión de derechos de la personalidad, pero la prestación contractual comprometida no afecta a los derechos subjetivos de la personalidad del acreedor, no podrían indemnizarse los daños morales en sede de responsabilidad contractual, por lo que tendríamos que acudir a la responsabilidad extracontractual.

Cabría plantearse, por último, en relación a la postura del profesor que venimos comentando, a qué se refiere cuando emplea la expresión «prestación

³⁷³ *Ult. op. cit.*, p. 329.

³⁷⁴ En relación a la argumentos de DÍEZ-PICAZO, afirma NIETO ALONSO, A., sin mayor justificación, «que con esa salvedad tan amplia, a la postre admite el Profesor la indemnizabilidad del daño moral contractual», «Daños morales derivados...», *op. cit.*, p. 1125.

contractual comprometida». Retomemos el supuesto de la persona que ha comprado un billete de AVE para viajar a Madrid y, al final, el transporte lo realiza en un autobús. ¿Será sólo la acción de transportarlo a su destino la prestación contractual comprometida? No debe olvidarse el papel integrador de la prestación contractual del artículo 1258 del Código civil, cuyo tenor literal dispone que «*los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*». Obsérvese que, al abordar esta cuestión, ESPIAU ESPIAU empleaba los términos «lo que constituye materia del contrato en sentido estricto»³⁷⁵, que es más restringida que la de «prestación contractual comprometida» empleada por DÍEZ-PICAZO. Podría deducirse que ESPIAU ESPIAU no está tomando en consideración el valor integrador del artículo 1258, puesto que podría identificarse lo que es materia del contrato en sentido estricto con lo expresamente pactado, dejando fuera «*todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*». Por el contrario, interpretamos que DÍEZ-PICAZO sí está teniendo en consideración al artículo 1258, y ello se justificaría en que con la expresión «prestación contractual comprometida» se estaría abarcando no sólo «*lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*». Por todo lo anterior, concluimos que, aun siendo restrictiva la opinión del profesor DÍEZ-PICAZO, y continuando con el ejemplo del viaje en AVE, sí tendría el viajero derecho a reclamar los daños morales contractuales que le hayan originado las molestias, retraso e incomodidades que le han producido el defectuoso cumplimiento del contrato.

Por último, debemos referirnos al autorizado sector de la doctrina que en la actualidad se ha posicionado a favor de la inclusión de los daños morales en la esfera contractual. Así, CARRASCO PERERA, sosteniendo que del artículo 1106 del Código no puede deducirse que contenga una definición del daño resarcible, e incluso que su finalidad no es excluir partidas del daño indemnizable, sino de incluir el lucro cesante como una partida más, sin que con él y con el daño emergente se agoten la existencia de otras partidas indemnizables. Afirma que «incluso parece que ni tan siquiera el artículo 1.106 es una norma de delimitación de las partidas y modos del resarcimiento... La norma ha querido dejar en claro que, frente a cualquier duda planteada en la tradición precodificada, el lucro cesante “también” se indemniza. Pero no creo haya pretendido decir que, junto al daño emergente, la liquidación monetaria del lucro

³⁷⁵ ESPIAU ESPIAU, S., «La indemnización del...», *op. cit.*, p. 1798.

cesante sea el límite del resarcimiento del daño contractual. En concreto, no creo que este precepto excluya la indemnización del daño no patrimonial»³⁷⁶. En la misma dirección, MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU, quienes, partiendo de un concepto amplio³⁷⁷, afirman que «es posible indemnizar el daño moral que deriva de la lesión de un interés patrimonial tanto en vía extracontractual, si resulta de un ilícito civil, como en la contractual, si deriva del incumplimiento de un contrato, sin que en este último caso sea imprescindible recurrir a la vía extracontractual»³⁷⁸. Por su parte, PARRA LUCÁN³⁷⁹, con relación al daño no patrimonial contractual, se posiciona a favor de que se incluyan «cualesquiera daños (efectivamente producidos, porque constituyen el presupuesto de la responsabilidad) que no contengan consecuencias patrimoniales, sin excluir posibles daños de afección, sentimientos de frustración, o angustia, o que afectan a la tranquilidad de ánimo, producidos por el incumplimiento, aunque no afecten a alguno de los considerados como bienes o derechos de la personalidad y aunque resulten de perjuicios inmediatos a bienes patrimoniales»³⁸⁰.

4.5.3 LAS CONCEPCIONES NEGATIVAS DEL DAÑO MORAL EN LA JURISPRUDENCIA Y EN LA DOCTRINA

Para la definición del daño moral³⁸¹, a veces, nuestra jurisprudencia ha acudido a su estudio en sus integraciones negativa y positiva; así la sentencia

³⁷⁶ CARRASCO PERERA, A., «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, p. 669. Sobre el daño no patrimonial *vid.* las páginas 699 a 703 y *Derecho de...*, *op. cit.*, pp. 1230 a 1240.

³⁷⁷ MARTÍN CASALS, M., SOLÉ FELIU, J., «Comentario a la STS de 31...», *op. cit.*, p. 252.

³⁷⁸ MARTÍN CASALS, M., SOLÉ FELIU, J., «Comentario a la STS de 31...», *op. cit.*, p. 250.

³⁷⁹ PARRA LUCÁN, M.^aA., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1994», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 35/935, p. 586.

³⁸⁰ En la actualidad también se han posicionado a favor de la indemnización de los daños morales contractuales, entre otros: BARRIENTOS ZAMORANO, M., sostiene que «es meridianamente claro en la actualidad que es posible indemnizar el daño moral que emana de la lesión a un interés patrimonial tanto en la vía extracontractual, si resulta de un ilícito civil, como en la contractual, si deriva del incumplimiento de un contrato», *El resarcimiento por...*, *op. cit.*, p. 336; NIETO ALONSO, A., tras definir qué entiende por daños morales, afirma que «la respuesta es positiva porque tan agresivo puede ser para una persona un ataque a su patrimonio, por ejemplo, como el que afecte a aspectos de su persona, ajenos a ese ámbito patrimonial; pero, en cierto modo, relacionados por la conexión frecuente entre los distintos tipos de daños: uno moral puede incidir negativamente en la vida activa, de trabajo y rendimiento de una persona y viceversa», «Daños morales derivados...», *op. cit.*, p. 1126; por su parte PÉREZ ONTIVEROS BAQUERO, C., afirma que «nada obsta a la admisión de la responsabilidad por daño moral en el incumplimiento de las obligaciones contractuales», *Daño moral por...*, *op. cit.*, pp. 50 y 51.

³⁸¹ Coincidimos con CARRASCO PERERA, A., al afirmar que «la indemnizabilidad del daño moral derivado de incumplimiento contractual, que no es puesta en duda hoy por nuestra jurisprudencia, ha estado mediatizada, empero, por la ambivalencia del término “daño moral” en nuestro lenguaje jurídico. La

del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2001³⁸², entendiendo por la primera «toda detracción que sufre el perjudicado damnificado y que supone una inmisión perturbadora de su personalidad que, por naturaleza, no cabe incluir en los daños materiales, porque éstos son aprehensibles por su propia caracterización y, por lo tanto, traducibles en su “quantum económico”, sin que sea preciso ejemplarizar el concepto; tampoco pueden entenderse dentro de la categoría de los daños corporales, porque éstos por su propio carácter, son perfectamente sensibles, y también, por una técnica de acoplamiento sociocultural, traducibles en lo económico».

No son pocas las concepciones doctrinales que aportan formulaciones negativas del daño no patrimonial o moral. En la doctrina española pueden citarse: de una parte, una serie de autores que se limitan, sin mayores justificaciones, a englobar bajo la categoría de los daños no patrimoniales todos aquellos que se dan fuera del patrimonio del sujeto lesionado, ya sea la víctima de un ilícito civil, o el acreedor que sufre el incumplimiento del contrato. Así, ROCES lo define como «aquel que no afecta para nada al patrimonio»³⁸³; ROCA TRÍAS sostiene que son «aquéllos que afectan a la persona en cualquiera de sus esferas que no sea la patrimonial»³⁸⁴; por su parte, GÓMEZ ORBANEJA afirma que «el concepto de daño moral sólo puede establecerse negativamente, por oposición al daño patrimonial»³⁸⁵. También existe un amplio sector de la doctrina que si bien llega a la misma conclusión que los anteriores, justifican su postura. SANTOS BRIZ ha abordado la cuestión sosteniendo que los daños morales son «aquellos cuya valoración en dinero no tiene la base equivalencial que caracteriza a los patrimoniales, por afectar precisamente a elementos o intereses de difícil valoración pecuniaria»³⁸⁶. GARCÍA SERRANO manifiesta que, para captar la esencia del daño moral, el camino es el de proceder a unas aproximaciones sucesivas, centrando el daño jurídico, en una primera etapa, dentro de una categoría más amplia de daño en sentido vulgar; en una segunda etapa, enfrentarse con la naturaleza del bien atacado para calificar el daño como patrimonial o extrapatrimonial; y por último, dentro del daño extrapatrimonial, distinguir, cuando de persona física se trata, dos esferas: el daño físico a la persona y el daño moral. Con tales delimitaciones define el daño moral

utilización común de la expresión de “daño moral”, en lugar de la de “daño no patrimonial”, ha oscurecido los perfiles de la cuestión», *Derecho de...*, *op. cit.*, p. 1230.

³⁸² STS de 22 de febrero de 2001, ponente D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez (RJ 2010, 2242).

³⁸³ ROCES, W., «Breves acotaciones...», *op. cit.*, p. 295.

³⁸⁴ ROCA TRÍAS, E., *Derecho de Daños, Textos y materiales*, 5.ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 187.

³⁸⁵ GÓMEZ ORBANEJA, E., «La acción civil de delito», *Revista de Derecho Privado*, 1949, p. 200.

³⁸⁶ SANTOS BRIZ, J., *La Responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 162.

como «el daño antijurídico, extrapatrimonial y no físico»³⁸⁷. Concibe el daño no patrimonial *lato sensu*, esto es, como aglutinador del moral *stricto sensu* y del físico o corporal, como un daño extrajurídico y extrapatrimonial. Por su parte, MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU³⁸⁸, que realizan un interesante análisis del daño moral en el Derecho comparado, justifican su concepción negativa, afirmando que «la amplitud de la tipología de daños que puede tener cabida dentro de la genérica categoría de daño moral dificulta una definición precisa y válida para todos los ordenamientos de nuestro entorno. Tal vez por esta razón, una primera aproximación conduce a dar una definición negativa de daño moral. Daño moral es, así, el perjuicio que experimenta una persona y que no afecta a su patrimonio, ni a sus ingresos, ni puede cuantificarse económicamente con referencia a un valor de mercado. Sin embargo, los supuestos que caen dentro de esa categoría son muy variados, de forma que el daño moral cubre situaciones tan distintas como el daño a la integridad física, el perjuicio psíquico (dejando al margen las consecuencias económicas de tales daños), así como, en ciertos casos, la aflicción, la ansiedad, el temor, la angustia, la pérdida de confort, etc.»³⁸⁹. Por último, recientemente, se ha ocupado de la cuestión BARRIENTOS ZAMORANO, quien sin ser ajeno a las críticas que se han vertido sobre las concepciones negativas, tras afirmar que «el daño moral no puede sino definirse en términos negativos: es todo daño que no es patrimonial»³⁹⁰, sostiene que es preferible definirlo como «la contravención de derechos extrapatrimoniales de una persona»³⁹¹, y los hace extensivos a los derechos de la personalidad, con apoyos constitucionales: derecho a la vida e integridad física, las libertades, y la integridad moral, destacando las características de tales derechos: su inherencia a la propia persona, ser personalísimos, tener eficacia erga omnes, y carecer de valoración económica concreta (extrapatrimonialidad).

En esta línea, también abundan en el Derecho comparado los autores que sostienen una concepción del daño no patrimonial por contraposición al daño patrimonial. En la doctrina italiana, BIANCA define los daños no patrimoniales como «la lesione di interessi non economici, ossia la lesione di interessi che alla stregua della coscienza sociale sono insuscettibili di valutazione economica»³⁹². Por su parte, DE CUPIS afirma que «el daño no patrimonial no

³⁸⁷ GARCÍA SERRANO, F. DE A., «El daño moral...», *op. cit.*, p. 807.

³⁸⁸ MARTÍN CASALS, M., SOLÉ FELIU, J., «El daño...», *op. cit.*, pp. 857 a 881.

³⁸⁹ MARTÍN CASALS, M., SOLÉ FELIU, J., «El daño...», *op. cit.*, p. 858.

³⁹⁰ BARRIENTOS ZAMORANO, M., *El resarcimiento por...*, *op. cit.*, p. 31.

³⁹¹ BARRIENTOS ZAMORANO, M., *El resarcimiento por...*, *op. cit.*, p. 42.

³⁹² BIANCA, C.M., *Diritto Civile*, vol. V (*La responsabilità*), Giuffrè Editore, Milano, *Ristampa* de 1997, p. 166.

puede ser definido más que en contraposición al daño patrimonial. Daño no patrimonial, en contraposición al daño patrimonial. Daño no patrimonial, en consonancia con el valor negativo de su misma expresión literal, es todo daño privado que no puede comprenderse en el daño patrimonial, por tener por objeto un *interés no patrimonial*, o sea, que guarda relación a un *bien no patrimonial*»³⁹³. RAVAZZONI sostiene que «si potrebbe dire, su di un piano rigorosamente normativo, seguendo in questo, una felice intuizione del Polacco, che è danno non patrimoniale quello che stà fuori della previsione dell'art. 1223: cioè, quel danno che non consiste in una perdita (di carattere economico) o in un mancato guadagno. Nozione che ci sembra, senz'altro, esatta. Tuttavia, essa può risultare in qualche maniera inadeguata o, per lo meno, bisognosa di chiarimenti a proposito della nozione di perdita patrimoniale: la quale, pur avendo un significato abbastanza chiaro, anche da un punto di vista empirico, non, esclude la possibilità di incertezze»³⁹⁴. En la doctrina francesa, los hermanos MAZEAUD predicán del daño moral, que es «aquel que no se traduce en una pérdida de dinero, porque atenta contra un derecho *extrapatrimonial*»³⁹⁵. Por su parte, STARCK dice: «los daños morales son los que no entrañan por sí mismos una pérdida económica, una disminución del patrimonio»³⁹⁶, y con mayor argumentación RIPERT y BOULANGER³⁹⁷ sostienen que «no se puede dar al daño moral más que una definición negativa: es aquel que no comporta ningún atentado a los elementos del patrimonio. Esto es suficiente para hacer aparecer la dificultad: los daños y perjuicios acordados no reemplazan en el patrimonio de la víctima la desaparición de un elemento; engrosan el patrimonio». En la doctrina alemana, FISCHER afirma que «los daños no patrimoniales, entre los cuales se cuentan los perjuicios más heterogéneos que pueden inferirse a una persona, y que sólo presentan de común la característica negativa que indica su calificación: la de no ser patrimoniales»³⁹⁸. Por último, en la doctrina portuguesa destaca PESSOA JORGE, postulando que «os prejuízos não patrimoniais ou morais são os que se verificam em relação a interesses insusceptíveis de avaliação pecuniária»³⁹⁹.

Como se dijo más arriba, todas las concepciones anteriores, unas más escuetas y otras más prolifas, presentan como común denominador, contrapo-

³⁹³ DE CUPIS, A., *El Daño. Teoría...*, op. cit., pp. 122.

³⁹⁴ RAVAZZONI, A., *La riparazione del...*, op. cit., p. 86.

³⁹⁵ MAZEAUD, H. L. y J., *Lecciones de Derecho...*, op. cit., p. 68.

³⁹⁶ STARCK, B., *Droit civil. Obligations*, Paris, 1972, p. 56.

³⁹⁷ RIPERT, G., BOULANGER, F., *Traité de Droit civil*, tomo II, Paris, 1957, p. 377.

³⁹⁸ FISCHER, H. A., *Los Daños Civiles...*, op. cit., p. 222.

³⁹⁹ PESSOA JORGE, F., *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Livraria Almedina, Coimbra, 1995, p. 373.

ner los daños no patrimoniales a los patrimoniales, haciendo depender su naturaleza de que los perjuicios se produzcan dentro de su patrimonio, para los daños patrimoniales, y fuera de él, en el caso de los extrapatrimoniales.

La teoría negativa expuesta es criticada por DÍEZ-PICAZO, con el que coincidimos plenamente, para quien tal concepción «no es otra cosa que un puro escapismo de problemas que tanto en lógica como en pura exégesis del ordenamiento jurídico resultan muy difíciles de resolver»⁴⁰⁰. También critican las teorías negativas, entre otros, NAVEIRA ZARRA sosteniendo la caracterización del «daño extrapatrimonial a través de la idea de ausencia de valoración pecuniaria, nos encontramos con otras meramente negativas, que se limitan a contraponer este tipo de perjuicios a los patrimoniales, señalando que son daños no patrimoniales todos aquellos que se producen fuera del patrimonio del perjudicado. Sin embargo, estas últimas no nos aportan nada, por lo que deben ser rechazadas»⁴⁰¹; y ÁLVAREZ VIGARAY se hace eco de que «se han emitido críticas contra ese concepto negativo del daño moral, haciéndose notar que una definición negativa puede admitirse solamente cuando se trate de operar en la esfera de fenómenos homogéneos, en tanto que los daños patrimoniales y los daños morales constituyen fenómenos completamente diversos»⁴⁰².

Por nuestra parte, sostenemos una concepción positiva del daño no patrimonial, que será expuesta posteriormente, si bien ya hemos apuntado la importancia del tipo de interés lesionado, en orden a su cualificación.

4.5.4 LAS CONCEPCIONES POSITIVAS DEL DAÑO MORAL EN LA JURISPRUDENCIA Y EN LA DOCTRINA

Retomando por nuestra parte la opinión jurisprudencial, ahora, cuando acude a su integración positiva, el Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de febrero de 2001⁴⁰³ entiende por daños morales «categorías anidadas en la esfera del intimismo de la persona», en la que deben comprenderse toda gama de sufrimientos y dolores físicos y psíquicos que haya padecido la víctima a consecuencia del hecho ilícito (o hasta haber sido objeto de ataque a su prestigio o reputación artística); así como cualquier frustración, quebranto o ruptura de los sentimientos, lazos o afectos, soledad, orfandad, etc. En esta misma línea hay una prolija manifestación del Alto Tribunal, que, en su sentencia de 14 de

⁴⁰⁰ DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *El escándalo...*, *op. cit.*, p. 74.

⁴⁰¹ NAVEIRA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, p. 103.

⁴⁰² ÁLVAREZ VIGARAY, R., «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 81.

⁴⁰³ STS de 22 de febrero de 2001, ponente D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez (RJ 2010, 2242).

julio de 2006⁴⁰⁴, a modo de glosario de otras muchas, contempla las posibles situaciones básicas para que pueda darse un daño moral, citando el impacto o sufrimiento o padecimiento psíquico⁴⁰⁵, la impotencia, zozobra, ansiedad, angustia⁴⁰⁶, sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre⁴⁰⁷, impacto, quebrantamiento o sufrimientos psíquico⁴⁰⁸.

En la doctrina española se ha posicionado a favor de una concepción positiva del daño GARCÍA LÓPEZ, afirmando que «puede definirse el daño moral –atendiendo a la naturaleza de su objeto y a la consideración del daño como efecto o consecuencia pernicioso– como *el resultado perjudicial que tiene por objeto la lesión o menoscabo de alguno de los bienes o derechos correspondientes al ámbito estrictamente personal de la esfera jurídica del sujeto de derecho, que se resarcen por vía satisfactoria bajo el criterio equitativo del juez*»⁴⁰⁹. En parecidos términos, IGARTUA ARREGUI afirma que «en términos generales se entiende por daño moral aquél que se deriva de un ataque a los derechos de la personalidad, o mejor dicho, de la privación de aquellos bienes que son primordiales para el hombre (vida, honor, libertad, etc.)»⁴¹⁰. Por su parte, CRISTÓBAL MONTES, si bien en una primera aproximación al daño moral afirma que «bajo su aspecto negativo se suele resaltar que la nota que sirve para la caracterización de estos daños es la de su sustancia no patrimonial»⁴¹¹, posteriormente lo define como «aquel que afecta a un bien de la personalidad o de la vida (libertad, salud, honor, honestidad, paz, tranquilidad de espíritu, integridad física, bienestar corporal, privacidad, etc.), es decir, el que implica quebranto, privación o vulneración de esa categoría de bienes incorporeales cuya tutela cobijamos bajo la categoría jurídica de los denominados derechos de la personalidad»⁴¹². El profesor Díez-PICAZO⁴¹³, quien, como ya se expuso, se muestra especialmente crítico con las tesis negativas del daño moral, afirma que debe reducirse «al sufrimiento o perturbación de carácter psicofísico en el ámbito de la persona», matizando que «no todo sufrimiento psicofísico engen-

⁴⁰⁴ STS de 14 de julio de 2006, ponente D. Clemente Auger Liñán (RJ 2006, 4965).

⁴⁰⁵ SSTS: de 23 de julio de 1990, ponente D. Jaime Santos Briz, (RJ 1990, 6164); de 22 de mayo de 1995, ponente D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez, (RJ 1995, 4089); de 19 de octubre de 1996, ponente D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1996, 7508); de 24 de septiembre de 1999, ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1999, 7272).

⁴⁰⁶ STS de 6 de julio de 1990, ponente D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1990, 5780).

⁴⁰⁷ STS de 22 de mayo de 1995, ponente D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez, (RJ 1995, 4089).

⁴⁰⁸ SSTS: de 2 de julio de 1999, ponente D. Alfonso Villagómez Rodil, (RJ 1999, 4900); de 31 de mayo de 2000, ponente D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2000, 5089).

⁴⁰⁹ GARCÍA LÓPEZ, R., *Responsabilidad civil por...*, op. cit., p. 80.

⁴¹⁰ IGARTUA ARREGUI, F., «Comentario a la Sentencia de 9...», op. cit., p. 1636.

⁴¹¹ CRISTÓBAL MONTES, A., «El daño...», op. cit., p. 1.

⁴¹² CRISTÓBAL MONTES, A., «El daño...», op. cit., p. 3.

⁴¹³ Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de daños...*, op. cit., p. 328.

dra un daño moral indemnizable, sino, ..., aquél que es consecuencia de lesiones de derechos de la personalidad». De forma bastante descriptiva se refiere al daño moral NIETO ALONSO, sosteniendo que la «agresión a los bienes de la persona tiene lugar por el incumplimiento de una relación obligatoria, cuando sobreviene la inejecución de la obligación y es imputable al deudor la causa que determinó la imposibilidad prestacional, es lícito preguntarse si el resarcimiento que incumbe a dicho deudor deberá comprender tanto los daños materiales cuanto los daños morales, hasta el punto de que el acreedor deba ser indemnizado también por los quebrantos y afecciones que haya sufrido en sus bienes ideales (honor, fama, buen nombre, salud, tranquilidad de espíritu, equilibrio emocional, etc.)»⁴¹⁴.

Hasta ahora nos hemos centrado en exponer las posturas de varios autores que tienen como núcleo común ofrecer una concepción positiva, si bien, unos ponen el acento para adjetivar el daño como no patrimonial, en la lesión de bienes o derechos del ámbito personal en sentido estricto; otros, en los bienes de la personalidad; también con mayor amplitud se habla de lesiones en los derechos extrapatrimoniales, y por último, algún sector incide en la lesión de interés de insusceptible o difícil traducción en dinero. Esta cuestión, junto a otras más, será retomada posteriormente, en orden a establecer nuestras propias conclusiones.

4.5.5 LA DISTINCIÓN ENTRE LOS DAÑOS PATRIMONIALES Y LOS NO PATRIMONIALES: CONCEPCIÓN OBJETIVA-TÍPICA VERSUS CONCEPCIÓN SUBJETIVA-CONSECUENCIALISTA

a) *Introducción*

Corresponde ahora detenernos en la posición de la jurisprudencia y de la doctrina sobre la distinción entre los daños patrimoniales y no patrimoniales. La misma doctrina jurisprudencial (se remonta en el reconocimiento de la indemnizabilidad de los daños morales a sus añejas sentencias del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1912⁴¹⁵, 13 de noviembre de 1916⁴¹⁶ y 14 de di-

⁴¹⁴ NIETO ALONSO, A., «Daños morales derivados...», *op. cit.*, p. 1125.

⁴¹⁵ STS de 6 de diciembre de 1912, ponente D. Rafael Bermejo (RJ 1912, 95).

⁴¹⁶ STS de 13 de noviembre de 1916, ponente D. Mariano Luján (RJ 1916, 62), que si bien declara no haber lugar a la indemnización de los daños y perjuicios, reafirma la doctrina sentada por la STS de 6 de diciembre de 1912. El TS declara no haber lugar al recurso de casación planteado por Don Antonio Díaz Domínguez, catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Granada contra Don Juan Hurtado y Sánchez, donde se pretendía una indemnización de daños y perjuicios morales como

consecuencia de la instancia dirigida por el demandado, ahora recurrido, al Rector de la Universidad. En dicha instancia el Sr. Hurtado, que al parecer resultaba ser acreedor del catedrático por unos préstamos que ya vencidos desde hacía algunos años continuaban impagados, ponía en conocimiento del Rector tales hechos, así como las supuestas excepciones y trabas procesales empleadas por el deudor a favor de la dilatación de la resolución del procedimiento. En dicha instancia se alega que «determina el art. 167 de la ley de Instrucción pública, de 9 de Septiembre de 1857, que para ejercer el Profesorado en todas las enseñanzas, se requiere, a parte de las condiciones que determina la de justificar buena conducta religiosa y moral, y el artículo 170 que ningún Profesor podrá ser separado, sino en virtud de sentencia judicial que le inhabilite, o de expediente gubernativo, en el cual se declare que es indigno por su conducta moral de pertenecer al Profesorado, es, pues, incuestionable que el Profesor ha de ser de buena conducta moral para ingresar en el Profesorado y para permanecer en él, y es esencial esa condición a quien ha de ser padre espiritual de la juventud. Esta alusión a la legislación vigente de Instrucción pública no tiene más objeto que el de indicar que al amparo de sus preceptos, para que estos tengan el debido cumplimiento, acudo a V. E. Demandando la separación de D. Antonio Díaz Domínguez, Catedrático de Derecho mercantil, que es el Profesor a quien me refiero». Con posterioridad «por el Vicerrector de la referida Universidad de Granada, D. Mariano Gaspar, se dirige a D. Juan Hurtado y Sánchez, el oficio siguiente:... este Rectorado ha tenido a bien resolver que no ha lugar a proceder académicamente, como V. E. solicita contra el referido Catedrático por la conducta que según V. E. manifiesta sigue en el pleito que sostiene... sin que al Rectorado le sea dado entrar en el examen de dichos incidentes que se promueven por equivocación o mala fe, tratándose como se trata, de asuntos judiciales a la jurisdicción académica que no trascienden a la profesión docente». El catedrático, al enterarse del contenido de la instancia formulada ante el Rector, lo que trascendió del ámbito universitario, puesto que pronto la noticia era conocida en toda la ciudad, «dedujo ante el Juzgado de primera instancia del distrito del Salvador, de Granada, con escrito de 5 de Enero de 1914, demanda en juicio declarativo de mayor cuantía contra D. Juan Hurtado y Sánchez, con la súplica de que en su día, previa declaración de la existencia del delito de injurias constituídas por los términos y por el fondo o pretensión del escrito-denuncia... el Juez de primera instancia del distrito del Salvador, de Granada, con fecha 13 de Octubre de 1914, pronunció sentencia declarando la existencia del delito de injurias graves, constituído por las frases que contenía la denuncia dirigida por D. Juan Hurtado Sánchez, con fecha 20 de Septiembre de 1912 al Excmo. Sr. Rector de la Universidad de dicha ciudad, por lo que dicho Sr. Hurtado era en deber a D. Antonio Díaz Domínguez la cantidad de 5.000 pesetas en concepto de indemnización de daños y perjuicios a que se dejaba reducida la reclamación, y a cuyo pago condenó al D. Juan Hurtado Sánchez... la Sala de lo civil de la Audiencia territorial de Granada, en virtud de apelación que interpuso el Sr. Hurtado, dictó a su vez la suya con fecha 15 de Diciembre de 1915, por lo que, desestimando la excepción de prescripción, alegada por D. Juan Hurtado Sánchez, demandado en este pleito, revocó la pronunciada por el Juez, y absolvió al referido Sr. Hurtado de la demanda origen del pleito, formulada en su contra por D. Antonio Díaz Domínguez,... dada la desconformidad de los fallos de ambas instancias, ha interpuesto el demandante D. Antonio Díaz Domínguez». El Tribunal Supremo, que declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado, argumenta en sus considerandos «que las responsabilidades derivadas, conforme a los artículos 1.092 y 1.902 del Código civil, de obligaciones dimanantes de causa penable, culpa o negligencia, requieren para ser exigibles en la vida civil, no solamente la ejecución del acto que constituya el delito, integre la culpa o demuestre la imprudencia cometida, sino que además se justifique o surja la certeza de que por consecuencia de aquellos actos ha sobrevenido daño o perjuicio a la persona ofendida o un tercero; pues una cosa es el castigo impuesto por la ley en su caso, para la reparación del derecho social perturbado, y otra el ejercicio de la acción civil de orden particular y privado, cuyo éxito depende de la realidad de la existencia del daño o perjuicio material, o daño moral que lógica y positivamente traiga en pos de sí quebrantos materiales, sin cuya determinación no son aplicables los preceptos legales antes citados» continúa afirmando el Tribunal que «no se ha probado que el recurrente haya sufrido daño ni perjuicio alguno... sin que por su desestimación resulte infringida ni tenga aplicación al presente recurso la sabia y moralizadora doctrina contenida en la sentencia de esta Sala, de 6 de Diciembre de 1912, porque allí, tanto el delito como la realidad del daño moral, generador de los perjuicios materiales, fueron afirmaciones de hecho establecidas como premisas de su fallo por el Tribunal *a quo*».

ciembre de 1917⁴¹⁷), dando encaje legal al daño moral en el artículo 1902 del Código civil, en exégesis del amplísimo «reparar el daño causado», le da carta de naturaleza, diferenciándolo del daño patrimonial. El Tribunal Supremo efectúa tal diferenciación en función a la identificación de la posibilidad económica de cada uno, de su traducción en dinero, en el sentido de que los daños morales son imposibles de identificar con una cantidad económica, a diferencia de lo que ocurre con los daños patrimoniales, que por su naturaleza pueden identificarse con un monto económico.

La doctrina se encuentra dividida a la hora de determinar la naturaleza patrimonial o no del daño, surgiendo la divergencia en función a que se

⁴¹⁷ STS de 14 de diciembre de 1917, ponente D. Mariano Luján (RJ 1917, 205). Los hechos que originaron el litigio fueron los siguientes: reclamación ante los Tribunales por un médico de unos honorarios de 2.000 pesetas por asistencia a un parto que el padre del recién nacido se negó a pagar. A la vista de la declaración pericial de otro médico, el juez dictó sentencia por la que se condenaba al demandado al pago de 300 pesetas, cantidad que si bien podría ser adecuada a la época (en un parto anterior el mismo médico había cobrado 200 pesetas al mismo cliente), resultaba insuficiente para el médico demandante, lo que motivó que acudiera a la Asociación Médico de Navarra presentando quejas por la pericial emitida por el Sr. Monzón y Jiménez. La Asociación Médico de Navarra, de conformidad con su reglamento acordó imponerle al Sr. Monzón y Jiménez las sanciones establecidas en los apartados 5 y 6 del artículo 77 de dicho reglamento. Esto es, aislamiento profesional y su publicación en prensa de todo lo acordado por la Asociación incluyendo la penalidad impuesta. El médico interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Aoiz, alegando que la actuación de la Asociación le había irrogado «un perjuicio manifiesto en su personalidad privada y en su personalidad profesional, a la que aquélla sirve de base y es su compañera inseparable, y porque con el aislamiento profesional referido se le causaba otro perjuicio todavía más grande y directo, pues al reducirse de ese modo su esfera de acción médica se le mermaban considerablemente los ingresos, siendo la realidad del perjuicio indiscutible y evidente, aun cuando lo natural era que el demandante se enteraría de las ocasiones determinadas en que hubiese sido rechazada su intervención, a virtud de acuerdo de referencia, ya por otros Médicos con ocasión de las consultas que les propongán sus clientes, ya por los mismos clientes del dicente, que enterados de la sanción injusta que se le había impuesto, quisieran evitarse a tiempo el conflicto de no poder, siguiendo con el mismo, llamar a otro Médico en casos de enfermedades graves o delicadas». Lo anterior lleva al médico demandante a solicitar en concepto de daños y perjuicios la cantidad de 100.000 pesetas, lo que justifica en el dato de haber tenido hasta la fecha de las actuaciones que denuncia unos ingresos anuales de 25.000 pesetas. En la instancia se acepta íntegramente el *petitum* de la demanda y se condena al pago de la cantidad solicitada. Interpuesto recurso de apelación, se confirma parcialmente la de Primera Instancia y se rebaja la cantidad indemnizatoria a 18.000 pesetas. Interpuesto recurso de casación por la parte demandada, el Tribunal Supremo declara no haber lugar a la casación, argumentando en sus considerandos que «sin necesidad de revivir la sabiduría romana, ni tampoco nuestra antigua legislación hasta la claridad en que se informa el Código Civil patrio, que hizo desaparecer la poca coherencia que sobre las causas generadoras del deber de indemnizar existían, para distinguir hoy perfectamente entre la calificación jurídica del daño patrimonial y el daño moral, culpa o negligencia en la ejecución del acto, de quien en su caso ha de exigirse la responsabilidad y su cuantía; hechos fundamentales a estimar que no faltan aquí, ya que el acuerdo discutido es harto expresivo para formar desde luego el convencimiento de su ilicitud, y por lo tanto que ha sido causa del menoscabo causado en la fama y reputación profesional del demandante...razón por la cual, a partir de su certeza, se impone resarcir a Monzón,..., el daño que el acuerdo le causó, tanto en el concepto profesional que goza, como en el particular y social, sobre todo, después que se hizo público mediante un órgano impreso de mayor o menor circulación».

atienda el carácter patrimonial o no del bien afectado, que ha sido denominada como «la concepción objetiva-típica»⁴¹⁸, o, en las repercusiones que el ataque produce en el patrimonio de quien lo sufre, que ha sido denominada como «la concepción subjetiva-*consecuencialista*»⁴¹⁹. Nuestra jurisprudencia ha contribuido a fomentar tal dualidad de concepciones, ya que coexisten pronunciamientos distintos. Esta falta de coherencia ha sido criticada por CARRASCO PERERA al sostener que «la jurisprudencia española se ha movido en esta ambigüedad y en último extremo ha atendido a variables muy poco aprehensibles. Realmente no sabemos con qué criterio actúan los tribunales, y aunque es sospechable que se atienen al criterio objetivo y no al consecuencial, la lista de los “bienes de la personalidad” que los tribunales están dispuestos a sustantivizar es tan amplia, que finalmente no hay margen para diferenciar entre uno u otro procedimiento»⁴²⁰. No obstante coincidir con CARRASCO PERERA en las ambigüedades o vaivenes de nuestra jurisprudencia, consideramos, como se justificará posteriormente, que el criterio hoy dominante es el subjetivo, que estimamos más adecuado, no siendo infrecuente hallar sentencias que adoptan el objetivo.

A continuación, haremos referencia a la jurisprudencia y doctrina que sostienen una posición objetiva-típica del daño, así como la que lo conciben desde un punto de vista subjetivo-*consecuencialista*, para finalizar con la postura que sostenemos.

⁴¹⁸ A esta concepción del daño no patrimonial CARRASCO PERERA, A., la denomina «objetiva-típica», y expone que «si partimos de un punto de vista objetivo, consideraremos daño moral el daño que se produce en una serie (limitada) de bienes jurídicos, definidos como bienes de valor inestimable, y con referencia a cualquier tipo de daño que puedan sufrir semejantes bienes tipificados... La concepción objetiva-típica, que define el daño no patrimonial por el tipo de bien jurídico afectado, encuentra su mayor dificultad en la identificación de estos bienes. Salvo los especialmente regulados por la ley (honor, intimidad, imagen, derecho moral de autor, etc.), resulta sobremanera difícil individualizar otros diversos. Reconocido que lo sean igualmente los bienes de integridad física y salud, en el resto de los casos habría que operar con el método vicioso de elevar a la categoría de bien jurídico lo que sólo es una afección particular o una patología producida por la lesión de otros bienes», *Derecho de...*, *op. cit.*, pp. 1230 y 1231.

⁴¹⁹ A esta concepción del daño no patrimonial CARRASCO PERERA, A., la denomina «subjetiva-*consecuencialista*» en virtud de la cual «daño moral o no patrimonial no designaría a bienes jurídicos tipificados, sino una partida de daño susceptible de afectar a cualquier interés jurídico del acreedor, desde la propiedad hasta la salud mental; todo daño que no tenga consecuencias patrimoniales, por no ser commensurable en dinero... Claro que la concepción subjetiva-*consecuencialista* del daño moral tiene a su vez el inconveniente de que deberá suministrar alguna forma para discriminar entre las múltiples consecuencias patológicas que un incumplimiento contractual puede causar en el ánimo del acreedor, pues todo el mundo está de acuerdo en que sólo algunas de estas afecciones son indemnizables», *Derecho de...*, *op. cit.*, p. 1231.

⁴²⁰ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de...*, *op. cit.*, p. 1231.

b) *La concepción objetiva-típica del daño moral*

Desde el primer punto de vista, el objetivo-típico, debemos partir de la mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1912, que trata del honor de la señorita Mussó como bien jurídico no patrimonial lesionado a consecuencia de la publicación de una noticia falsa. En sus considerandos se afirma «que la honra, el honor y la fama de la mujer constituyen los bienes sociales de su mayor estima, y su menoscabo la pérdida de mayor consideración que puede padecer en una sociedad civilizada, incapacitándola para ostentar en ella el carácter de depositaria y custodia de los sagrados fines del hogar doméstico, base y piedra angular de la sociedad pública, debiendo, por lo tanto, ser apreciados estos *daños* como uno de los graves, que obliga a tenerlos en cuenta al legislador para legislar y a los Tribunales encargados por la Ley de aplicar y de realizar la justicia con el propósito de remediarlos para procurar se fije una norma reguladora, estableciendo una responsabilidad civil, armonizada con los principios jurídicos que informan nuestro derecho común, si no se quiere fomentar en la sociedad una negligencia suicida, cual sería el abandono de un elemento social de primer orden como la mujer, al capricho de la pública maledicencia... que tomados en cuenta estos fundamentos sociales de toda legislación y de toda organización de justicia, no cabe desconocer que el hecho controvertido en autos constituye una total y absoluta expoliación de la dignidad personal, familiar y social de la joven ofendida, violentamente despojada de todos sus títulos de pudor y honestidad que la hacían acreedora a la estimación pública por presentarla de modo evidente y escandaloso culpable de fuga del hogar paterno y de amancebamiento sacrílego consumado, con todas sus consecuencias naturales, inhabilitando por efecto de la pública exposición del hecho calumnioso en periódicos de gran circulación»⁴²¹. Toma en consideración para pronunciarse a favor de la existencia de daños morales los bienes concretamente lesionados y no sus repercusiones. Insiste en que «la honra, el honor y la fama de la mujer constituyen los bienes sociales de su mayor estima, y su menoscabo la pérdida de mayor consideración que puede padecer en una sociedad civilizada». A idénticas conclusiones llega Díez-PICAZO, quien, al comentar la sentencia, sostiene que «no aclara si, en materia de lesión del honor y del buen nombre, el daño moral se produce de manera automática o si para medirlo hay que tomar en consideración el impacto físico o psicológico que los hechos producen en el sujeto afectado. La sentencia distinguía entre daños materiales y daños morales, ordenando la reparación inme-

⁴²¹ STS de 6 de diciembre de 1912, ponente D. Rafael Bermejo (RJ 1912, 95).

diata de estos últimos, pero no aclaraba la cuestión planteada, que la lectura del contexto permite resolver en sentido afirmativo. De esta suerte, según la idea del Tribunal Supremo, la lesión determina por sí sola, un daño moral»⁴²².

Continuando con la vida, como bien jurídico protegido, debe citarse la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1928, dictada como consecuencia del atropello de una niña de nueve años de edad por un automóvil, con el resultado de su muerte⁴²³. Esta resolución ratifica los argumentos consagrados en la del año 1912, si bien, en este supuesto el bien jurídico lesionado ha sido la vida de la menor. Es llamativa la cantidad con que se indemniza a los padres de la desafortunada menor. Recuérdese que, en el caso de la lesión del

⁴²² DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de daños...*, *op. cit.*, p. 112.

⁴²³ La STS de 10 de julio de 1928, ponente D. Martín Perillán (RJ 1928, 128) sostiene que «la ley, como verbo perfecto que es del derecho positivo, realiza su fin jurídico social mediante el desenvolvimiento en la vida real del principio o principios en que se informa, adaptando armónica y ecuánimemente el elemento general y ético, y, por lo tanto, invariable, de su imperativo, con el individual y variable del acto jurídico resultante de las complejas, mudables y progresivas necesidades de la convivencia o comercio social; y siendo, como es, la ley naturalmente estacionaria, como precepto escrito, la jurisprudencia, es la que mediante las generales normas de interpretación que establece inspirándolas en los dictados de la razón y de la equidad y, sobre todo, en los principios informantes de la ley lleva a efecto esta evolución jurídica, al ritmo siempre de las nuevas necesidades de la vida y de los progresos de la ciencia; por eso, ínterin no se determinaran o concretaran en la realidad otras relaciones engendradas por los atentados contra el honor y la vida, que las puramente espirituales, no pudo surgir otra valoración que la moral que es inaplicable «per se» en el orden económico; pero una vez demostrado por la incontrastable fuerza de la realidad que dichos atentados y pérdidas repercuten en daño del patrimonio individual, no es admisible sin menoscabo de los principios de la moral y de los dictados de la razón, dejar de valorar pecuniariamente estos daños y perjuicios materiales; y en efecto la jurisprudencia de este Supremo Tribunal declaró en sentencia de 6 de Diciembre de 1912 que el honor, además del valor espiritual, tiene otro material y cotizable, cuando al ataque contra el mismo se siguen menoscabos en el patrimonio de la víctima; y en la de 24 de Febrero de 1928, al casar la sentencia recurrida, sancionó la valoración de la vida de una señora electrocutada por descuido o negligencia culpable de los que declaró responsables condenándoles al pago de la indemnización de 28.000 pesetas, de conformidad con la sentencia de primer grado; y por esto, teniendo en cuenta el legislador esta nueva orientación jurídica, en el artículo 72 del proyecto del Código penal, se establece «que la indemnización comprenderá todos los perjuicios, así morales como materiales, causados y que puedan resultar en lo futuro, no solamente al agraviado, sino a su familia y a un tercero», y añade que «para determinar la indemnización los Tribunales tendrán en cuenta la edad, posición social, profesión y poder adquisitivo de la persona muerta... y asimismo estimarán los daños morales que repercutan en el patrimonio, empleo o estado del ofendido actuales o posibles»; de suerte que al valorar la Sala sentenciadora la pérdida de la vida de la niña Pilar Pascual, fundándose no sólo en la realidad demostrada de la culpa, sino también del daño y relación de causalidad entre la primera y el segundo, de conformidad con lo declarado por esta Sala, entre otras sentencias, en las de 19 de Diciembre de 1910, 13 de Noviembre de 1916 y 15 de Febrero de 1924, no ha infringido ni el artículo 1.902 del Código civil, ni tampoco la doctrina invocada en el motivo segundo de casación, que es procedente también desestimar desde este punto de vista... Considerando que no existiendo términos hábiles para demostrar «a priori» el valor de la vida de Pilar Pascual, porque tratándose de una niña de nueve años su facultad productora no había llegado a ponerse en acto, su valoración pecuniaria no puede descansar en el resultado de la prueba objetiva; dificultad de que se hizo cargo esta Sala y la resolvió en la sentencia de 6 de Diciembre de 1912, inspirada en los principios del Derecho y en la legislación de Partidas, declarando que a nadie más que al Tribunal sentenciador corresponde fijar el importe de la oportuna indemnización, de modo prudencial, atendiendo a las circunstancias de la ofendida, su edad, y su posición social».

honor de la señorita Mussó, la indemnización ascendía a la cantidad de 150.000 pesetas, y en este otro supuesto, en el que la menor pierde la vida, la cantidad es muy inferior, 10.000 pesetas. Ello no es más que la constatación de que en esta fase de la evolución jurisprudencial no se toma en cuenta el daño moral puro para su indemnización, sino las consecuencias patrimoniales que derivan del daño a los bienes jurídicos extrapatrimoniales o también denominados bienes ideales. Al respecto, son significativas las afirmaciones de la sentencia cuando dice que «para determinar la indemnización los Tribunales tendrán en cuenta la edad, posición social, profesión y poder adquisitivo de la persona muerta... Y asimismo estimarán los daños morales que repercutan en el patrimonio, empleo o estado del ofendido actuales o posibles» o «porque tratándose de una niña de nueve años su facultad productora no había llegado a ponerse en acto». No cabe duda de que, si el desgraciado accidente hubiera acaecido en la actualidad, el monto indemnizatorio hubiera sido mucho mayor, al no depender la indemnización del daño moral de la producción de perjuicios patrimoniales ⁴²⁴.

Interesantes resultan las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1959 ⁴²⁵ y de 28 de febrero de 1964 ⁴²⁶, por ser prácticamente las únicas que hasta la década de los años 1970 intentaron ofrecer un concepto de daño moral.

En la sentencia de 28 de febrero de 1959, los hechos que dan lugar a la litis son que «el actor arrendatario de una vivienda y local de negocio propiedad del demandado, tuvo que ausentarse a primeros de año de Madrid a Ceuta por sus negocios, habiendo remitido por giros postales las rentas correspondientes de los meses de enero y febrero sin habersele entregado los recibos correspondientes; que los pagos de los siguientes meses fueron rehusados por el propietario, el cual con ciertas evasivas y en conferencias telefónicas daba largas al asunto con diversos pretextos, hasta que el actor pudo enterarse que a sus espaldas se había tramitado un juicio de desahucio por falta de pago sin poder hacer nada contra la sentencia recaída pues ya se había efectuado el lanzamiento, por lo que solicita se declare la nulidad del juicio de desahucio y en caso de no ser posible, la indemnización de daños y perjuicios que ha sufrido y que valúa en 1.800.000 pesetas. El demandado se opuso alegando que por su parte no ha habido ninguna maquinación fraudulenta ni mala intención, pues las rentas de los meses de enero y febrero las había cobrado su esposa que

⁴²⁴ Sobre los criterios cuantitativos (baremos) para la fijación del *pretium doloris*, vid. el epígrafe 4.5.10. «Fijación del “quantum”: criterios para su cálculo. Competencia».

⁴²⁵ STS de 28 de febrero de 1959, ponente D. Antonio de Vicente Tutor y Guelbenzu (RJ 1959, 1086).

⁴²⁶ STS de 28 de febrero de 1964, ponente D. Manuel Lojo Tato (RJ 1964, 1224).

no le había dado cuenta, y él, al recibir las posteriores las rehusó por creer que no estaban satisfechas las anteriores, por lo que solicita la resolución». En la Primera Instancia se condenó al demandado al pago de 100.000 pesetas en concepto de daños y perjuicios, así como otras cantidades por los deterioros sufridos por el mobiliario del demandante, por los perjuicios que le supuso perder su vivienda, así como por las dificultades de encontrar otra y por los gastos judiciales. Apelada la sentencia, ésta fue estimada parcialmente, por lo que sólo tendría el demandado que abonar la cantidad líquida de 100.000 pesetas en concepto de daños y perjuicios. Presentado en tiempo y forma el recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. Lo que aquí nos interesa de la sentencia es lo relativo a los argumentos contenidos en su considerando segundo. Sostiene el Tribunal que «habida cuenta que el concepto de daño moral, y tal y como ha sido perfilado por la jurisprudencia, está constituido por los perjuicios que sin afectar a las cosas materiales, susceptibles de ser tasadas, tanto en su totalidad como parcialmente en los diversos menoscabos que puedan experimentar, se refieren al patrimonio espiritual, a los bienes inmateriales de la salud, el honor, la libertad y análogos que son los más estimados y por ello más sensibles, más frágiles y más cuidadosamente guardados, bienes morales que al no ser evaluables dinerariamente para el resarcimiento del mal sufrido cuando son alterados, imposible de lograr íntegramente, deben sin embargo ser indemnizados discrecionalmente en función del artículo 1902 del citado Cuerpo legal, como compensación a los sufrimientos del perjudicado; luego es evidente que haciendo aplicación de tal doctrina al caso de autos y declarando probado en la sentencia penal que el recurrente utilizó maquinaciones fraudulentas para obtener el desahucio de referencia por impago de rentas y en la sentencia de instancia, que ello originó perjuicios al demandante en la estimación pública al ser considerado como mal pagador al punto de ser lanzado por esa causa de su vivienda, lo que afecta al buen crédito de la persona»⁴²⁷.

De la anterior resolución judicial se pueden extraer las siguientes conclusiones: 1.^a) partiendo de los perfiles con los que la jurisprudencia ha ido configurando la noción de daño moral, ofrece ahora un concepto captando la esencia pura del mismo. 2.^a) caracteriza el daño moral como aquellas lesiones que no pueden valorarse pecuniariamente, es decir, con la nota de extrapatrimonialidad. 3.^a) propone una concepción sustentada sobre la base de la lesión de bienes de la personalidad. Ello queda patente cuando identifica el campo del

⁴²⁷ Vid., comentarios a la sentencia en GARCÍA LÓPEZ, R., *Responsabilidad civil...*, op. cit., pp. 89 y 90 y NIETO ALONSO, A., «Daños morales derivados...», op. cit., pp. 1179 y 1180.

daño moral con el «patrimonio espiritual, a los bienes inmateriales de la salud, el honor, la libertad y análogos que son los más estimados, y por ello más sensibles, más frágiles y más cuidadosamente guardados». 4.^a) llama la atención que, encontrándonos en un supuesto de daños y perjuicios derivados de un contrato de arrendamiento, lo que nos sitúa en el campo de la responsabilidad contractual, el Tribunal tutele el resarcimiento del daño moral encajándolo legalmente en el artículo 1902 del Código civil, en sede de responsabilidad aquiliana⁴²⁸. 5.^a) así, como hemos afirmado, esta sentencia acoge una concepción

⁴²⁸ Una vez admitida por la sentencia de 9 de mayo de 1984 la indemnización del daño moral contractual, lo razonable, en litigios suscitados en relación a contratos, y en concreto por lo que a los de arrendamientos se refiere, es que el TS recurra a los arts. 1101 y 1554 del CC y 107 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, para encajar legalmente el daño moral y no tener que aplicar la doctrina de la unidad de culpa civil. Como muestra de ello puede verse la STS de 11 de marzo de 2002, ponente D. José Almagro Nosete (RJ 2002, 5691). No obstante, se aprecia como en algún supuesto, si bien poco tiempo después de la de 1984, el Supremo resuelve acudiendo nuevamente a la doctrina de la unidad de culpa civil. Así la sentencia de 16 de diciembre de 1986, ponente D. Jaime Santos Briz (RJ 1986, 7447): «se ejercita en la demanda origen de la litis de que dimana este recurso de casación una acción de reclamación de indemnización de los perjuicios materiales y gastos ocasionados con motivo del hundimiento de la techumbre en la casa donde radica el piso de que son inquilinos los demandantes, así como otra suma por daños morales debidos a la parcial destrucción del hogar familiar y el forzoso éxodo en busca de otro donde guarecerse. Se dirige la demanda contra el arrendador, invocando principalmente los artículos 1902 y 1907 del Código Civil. En el apartado C) del suplico de la demanda se pide tener por subsistente el contrato de inquilinato del piso que el actor y familia ocupaban y a que la demandada realice en él las obras y reparaciones precisas para que sea nuevamente habitable de acuerdo con el contrato y las normas de la Ley de Arrendamientos Urbanos (RCL 1964\2885 y NDL 1844). La sentencia recurrida desestima la demanda por inadecuación de procedimiento, al entender que debió seguirse el procedimiento de la legislación especial arrendaticia urbana y no la acción extracontractual de reclamación de daños. El Juez de primera instancia entendió, en cambio, que fuera de la reclamación de reparaciones del inmueble, materia regulada en la Ley de Arrendamientos Urbanos, el resto de los pedimentos corresponde al proceso seguido y sobre ellos resuelve estimando en parte la demanda. Son hechos que la sentencia de primer grado fija y sobre los que nada se objeta en la sentencia recurrida, admitiéndolos por tanto, los siguientes: a) Los actores, ahora recurrentes en casación, son inquilinos del piso segundo izquierda del edificio de autos, arriendo que subsiste en virtud de prórroga legal aplicable. b) El edificio en cuestión presentaba durante los últimos años acusadas deficiencias en su techumbre, lo que provocó quejas y denuncias por parte de los inquilinos, así como la realización de reparaciones sucesivas (en octubre de 1978 y en 1980); mas no obstante tales reparaciones el día 18 de diciembre de 1981 se produjo un súbito hundimiento de una parte del tejado que afectó a la vivienda del actor, hundimiento que se atribuye a las circunstancias de vetustez del edificio y falta de reparaciones, no corregidas eficazmente a tiempo mediante la realización de las obras precisas. c) La propiedad demandada y recurrida omitió disponer se llevaran a cabo dichas reparaciones, lo que dio lugar a la creación de una grave situación de riesgos que desembocó en la producción del daño referido. d) Se probaron los daños causados en la cantidad de 214.316 pesetas, y otras sumas por diversos conceptos incluidos daños morales, lo que da un total concedido en la demanda de primera instancia de 256.674 pesetas, más lo que resulte de la actualización de la suma por aumento del coste de vida (índice de precios medios al consumo) y la indemnización de cien mil pesetas por daños morales. e) Respecto de los daños morales apreciados, se tuvo en cuenta el inmenso trastorno y la angustia ocasionada a la familia de los actores (matrimonio y cuatro hijos, teniendo el esposo recurrente amputada una pierna en operación reciente), que se vieron en la ineludible necesidad de abandonar su modesta vivienda y hubieron de acogerse en la casa de un familiar e iniciar las difíciles gestiones para conseguir otra vivienda, que por fin les fue concedida por mediación del Ayuntamiento; concepto por el que el Juez de instancia le señala la suma de cien mil pesetas. Frente a esa resultancia fáctica, impugnada y admitida en ambas sentencias de instancia, se formulan cinco motivos en el recurso, de los que el

objetiva-típica del daño moral, parece existir una contradicción interna que nos parece premonitoria de la concepción subjetiva-consecuencialista que se ha ido abriendo paso a partir de la década de los noventa y que, como se argumentará, consideramos que es la más adecuada. Esta contradicción interna ha sido puesta de relieve por GARCÍA LÓPEZ, afirmando que la sentencia «descalifica parcialmente su concepción y aflora la confusión del Tribunal Supremo cuando al final del párrafo referido alude a la reparación de los sufrimientos del perjudicado. Es decir, al asignar a la indemnización pecuniaria la función de compensación de los *sufrimientos* del perjudicado, está haciendo recaer sobre éstos el objeto del daño moral aunque tenga por origen la lesión de derechos o bienes de la personalidad. No es la salud, ni el honor, ni la libertad, ni, en fin, ningún bien inmaterial integrante del patrimonio espiritual de la persona lo que constituye realmente el objeto del daño moral, sino su proyección, su repercusión negativa sobre uno de los aspectos de la personalidad, concretamente la tranquilidad o ámbito psico-afectivo que proporciona el bienestar anímico de la persona. Si la indemnización tiene como misión reparar el daño ocasionado y si en el daño moral tiende a compensar los sufrimientos padecidos, indefectiblemente se está tomando el sufrimiento como objeto del daño a

quinto acusa, al amparo del n.º 1.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la violación por inaplicación de los artículos 1554-2.º, 1101, 1103, 1104 y 1902 del Código Civil, en relación con la doctrina legal contenida en las sentencias que cita; en cuyo motivo el recurrente insiste en que la causa de pedir se halla tanto en el artículo 1554-2.º como en el 1902, ambos del Código Civil, ya que añade «no existen entre las responsabilidades contractual y extracontractual esenciales diferencias y sí fundamentos y finalidad comunes», es decir, sustancialmente se reclama una indemnización de daños por culpa extracontractual pero derivados de un contrato arrendaticio: ejercitándose, por tanto, la demanda con base principal en cuanto al resarcimiento en el artículo 1902 del Código Civil. El motivo examinado debe ser estimado, en virtud de las siguientes razones: a) Si bien es doctrina de esta Sala –sentencias, entre otras, 3 de mayo de 1924 y 12 de mayo de 1969 (RJ 1969\2473)–, que existiendo obligación derivada de contrato no hay que acudir al artículo 1902 citado; sin embargo hay supuestos, como el debatido, en que no basta que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la culpa aquiliana, sino que se requiere para que ello suceda –como declara la sentencia de 9 de marzo de 1983 (RJ 1983\1463)– la realización de un hecho dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial, lo que no puede predicarse del supuesto fáctico contemplado, en que sobrevino el hundimiento de la techumbre del edificio en que radica la vivienda del recurrente, obligando a sus moradores a abandonarla rápidamente, pretendiendo en esta litis que se declare una obligación de indemnizar a consecuencia de la actuación culposa de la arrendadora, indemnización que ha de declararse, tanto si se trata de infracción contractual como si es extracontractual, según afirmó la sentencia de 8 de junio de 1962 (RJ 1962\2762). b) En el supuesto ahora visto se ejercitó la acción extracontractual y de manera complementaria se invocó también el contrato arrendaticio, pero no debe olvidarse que el artículo 1101 sancionador de la infracción contractual es aplicable a toda clase de obligaciones cualquiera que sea su origen –sentencia de 5 de enero de 1949 (RJ 1949\83)– y lo mismo los artículos 1103 y 1104 del citado cuerpo legal, y que como declaró la sentencia de 21 de enero de 1964, está bien aplicado el artículo 1902 aunque en la demanda por argumento “ad maiorem”, se invoquen artículos sobre responsabilidad contractual. c) Por último, aun habiendo relación contractual, determinó la sentencia de 24 de junio 1969 (RJ 1969\3635), y cuyo criterio siguen

reparar, por lo que desde esta perspectiva resulta indiferente la lesión de bienes de la personalidad; en definitiva, ésta no configuraría ningún daño moral»⁴²⁹.

En cuanto a la sentencia de 28 de febrero de 1964, dictada con relación a un accidente de circulación sufrido por unos ciudadanos franceses que se hallaban de vacaciones en España, en la primera instancia se condena a los demandados al pago de daños y perjuicios, y en lo atinente a los daños morales «a abonar solidariamente y como indemnización de los daños morales, 100.000 francos franceses a don Emilio L., y 60.000 a la señora C». Apelada la sentencia, fue confirmada por la Audiencia, declarando posteriormente el Tribunal Supremo no haber lugar al recurso de casación. En su considerando cuarto se «estimó procedente “la obligación de compensación” por los sufrimientos, dolores y ansiedades que tuvieron que soportar aquellos “hasta su estado de sanidad” calificándolos como daños de índole moral... más al respecto debe observarse que la cuestión relativa al llamado daño moral, ha experimentado una evolución en la doctrina de esta Sala, cual se destaca en la S. de 10 de julio 1928, inspirada en los dictados de la razón y de la equidad y, sobre todo, en los principios informadores de la Ley, jurisprudencia que, a partir de la S. De 6 diciembre 1912, con el apoyo de la Ley 21, título 9.º de la Partida 7.ª, abrió paso a una rectificación de la antigua doctrina (S. de 21 enero 1957) (Rep. 1133), estando constituido el daño moral por los perjuicios que, sin afectar a las cosas materiales susceptibles de ser tasadas se refieren al patrimonio espiritual, a los bienes inmateriales, de la salud, el honor, la liber-

las de 31 de diciembre de 1980, y 10 de mayo 1984 (RJ 1984\2405), que el Tribunal ha de respetar la relación jurídica procesal establecida por las partes, y habiendo alegado el actor y aceptado el demandado la litis a base del artículo 1902, el Tribunal de instancia no debe entender ejercitable la acción contractual, máxime cuando se piden, entre otras partidas, una por daños materiales devenidos fuera del piso arrendado y otra por daños morales, cuya procedencia de mera infracción contractual es dudosa. d) No es de olvidar que en la demanda se pidió también la declaración de subsistencia del contrato arrendaticio, petición que ha de sustanciarse en procedimiento común por no apoyarse en norma alguna de la Ley de Arrendamientos Urbanos, conforme al artículo 151 de la misma, y así se declaró por esta Sala –sentencias de 2 de diciembre de 1965 (RJ 1965\5581), y 10 de Febrero de 1966 (RJ 1966\448), entre otras– que las cuestiones sobre determinación de la existencia del contrato caen fuera del ámbito de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que sólo regula los efectos y consecuencias de los contratos en período de consumación. En cambio, si la materia está regulada en la ley común y en la especial, como la cuestión relativa a las obras de reparación del inmueble arrendado, debe prevalecer la legislación especial y seguirse el procedimiento en ella determinado, –sentencias de 10 de mayo de 1951 (RJ 1951\1320), y 2 de diciembre de 1960 (RJ 1960\4092), entre otras–; criterio que acertadamente siguió el Juez de primera instancia, e) Por último es de interés denotar que la jurisprudencia de casación de Italia, en supuestos como el que es objeto de este recurso, admite la acumulación de la acción contractual y la extracontractual, al permitir al locatario obtener el pleno resarcimiento de daños por ruina del inmueble arrendado, criterio que viene a coincidir con el seguido en esta resolución, en la que se trata sobre todo de que el locatario perjudicado obtenga un equitativo resarcimiento por los daños sufridos, previa invocación en primer lugar de la normativa extracontractual y seguidamente también de la contractual».

⁴²⁹ GARCÍA LÓPEZ, R., *Responsabilidad civil...*, op. cit., pp. 89 y 90.

tad y otros análogos, según expone la sentencia de esta Sala de 28 de febrero 1959 (Rep. 1497), bienes que, en frase de esta sentencia, deben ser indemnizados discrecionalmente, en función del art. 1902 del C. Civ. Como compensación a los sufrimientos sufridos». Hasta aquí, la sentencia, si bien parte de la concepción del daño moral como lesión de los bienes inmateriales, reitera la contradicción imperante en la sentencia de 28 de febrero de 1959, porque también se habla “de obligación de compensación por los sufrimientos, dolores y ansiedades que tuvieron que soportar aquellos hasta su estado de sanidad calificándolos como daños de índole moral” y de “compensación a los sufrimientos sufridos”».

La confusión se agrava en el quinto de sus considerandos al afirmar «que en la doctrina científica se ha distinguido entre los daños propiamente morales y aquellos que puedan denominarse patrimoniales indirectos, y si bien es cierto que algunas de las sentencias por la parte recurrente se refieren al honor y a la difamación, ello no circunscribe el ámbito de la doctrina, en lo que puede afectar, a la vida, a la salud, a la libertad y también a la integridad física si bien con la cautela y la moderación que esta materia impone; pero, en el presente caso, más que daños morales, lo que el Tribunal «a quo» tiene en cuenta son los dolores y sufrimientos físicos que padecieron los lesionados a consecuencia de los traumatismos y lesiones que les fueron causadas en el accidente y hasta que obtuvieron la sanidad, con debilitación de su actividad personal y frustración del viaje turístico que realizaban por España los súbditos franceses reclamantes, cual se desprende de otros razonamientos de la sentencia, aparte el dolor moral, propiamente dicho, también compensable, y la apreciación hecha al respecto tanto en cuanto a la realidad del daño, como al “quantum” de resarcimiento, debe ser respetada, sin que por ende, puedan prosperar los tres primeros motivos del recurso».

Si ya resultan confusos los argumentos expuestos en el considerado cuarto, el quinto supone un expolio del concepto de daño moral. Distingue el dolor moral del dolor físico, omitiendo cualquier consideración en torno al contenido del primero, e identificando las lesiones a la integridad corporal con el segundo. Por otra parte, excluye de la consideración de daños morales las perturbaciones, dolores y sufrimientos físicos al afirmar que «en el presente caso, más que daños morales, lo que el Tribunal «a quo» tiene en cuenta son los dolores y sufrimientos físicos que padecieron los lesionados a consecuencia de los traumatismos y lesiones que les fueron causados en el accidente y hasta que obtuvieron la sanidad». ¿Existe aquí una contradicción con su propia concepción de daño moral? En el considerado cuarto dice que «estando constituido el daño moral por los perjuicios que, sin afectar a las cosas materiales

susceptibles de ser tasadas se refieren al patrimonio espiritual, a los bienes inmateriales, de la salud, el honor, la libertad y otros análogos» y ahora, en el considerando quinto, dice lo contrario. En lo anterior no acaban los problemas, puesto que afirma que «en el presente caso, más que daños morales, lo que el Tribunal «a quo» tiene en cuenta son... frustración del viaje turístico que realizaban por España los súbditos franceses reclamantes». Decíamos que esta sentencia produce una expoliación del daño moral, y ello porque sostiene que no lo son las perturbaciones, dolores y sufrimientos físicos y tampoco la frustración del viaje turístico⁴³⁰. Entonces, y ante ello, tendríamos que preguntarnos, ¿qué lesiones o perjuicios constituyen su contenido?

Si acudimos a sentencias del Tribunal Supremo más modernas, la de 31 de octubre de 2002⁴³¹ también es continuadora de la concepción objetiva-típica del daño moral. La litis trae causa de la celebración de un contrato para la construcción de un edificio de apartamentos turísticos entre una empresa dedicada a actividades turísticas y una empresa constructora. Como consecuencia de la defectuosa realización de la obra, en concreto de la impermeabilización, se pusieron de manifiesto humedades en diversos apartamentos. La empresa turística demandó a la constructora solicitando la finalización de las obras de impermeabilización pendientes, la cantidad de 5.719.372 por los daños y perjuicios materiales producidos por las humedades, así como la suma de 5.480.000 pesetas en concepto de daño emergente y daños morales. El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente lo solicitado y absolvió a la empresa constructora. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial revocó la sentencia y estimó íntegramente el *petitum* de la demanda. La parte demandada interpuso recurso de casación, declarando el Tribunal Supremo haber lugar al mismo, anulando parcialmente la sentencia de apelación y sustituyendo la suma de 5.480.000 pesetas en concepto de daño emergente y daños morales, por la cantidad de 1.980.000 pesetas en concepto de lucro cesante, absolviendo a la parte demandada del pago de suma alguna en concepto de daño moral.

Lo fundamental de la sentencia, por lo que a la indemnización del daño moral se refiere, se encuentra en los argumentos del considerando quinto, al

⁴³⁰ Al respecto afirma GARCÍA LÓPEZ, R., que «todo ello significa no como dice GARCÍA SERRANO –al comentar la citada sentencia– reducir el daño moral a su mínima expresión, sino vaciarlo totalmente de contenido. Si el daño moral no se configura por la lesión de bienes de la personalidad ni por los sufrimientos físicos ni por la frustración del viaje, ¿cuál puede ser, en la concepción de la sentencia comentada, el objeto del daño moral?», *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 91.

⁴³¹ STS de 31 de octubre de 2002, ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 2002, 9736). Ha sido comentada y objeto de crítica, no por la decisión adoptada, pero sí por los argumentos esgrimidos en sus considerandos, por MARTÍN CASALS, M., SOLÉ FELIU, J., «Comentario a la STS de 31...», *op. cit.*, pp. 245 a 269.

afirmar que «no es correcta la apreciación del daño moral. El concepto de éste es claro y estricto; no comprende aspectos del daño material. Si una lesión del derecho subjetivo atenta a la esfera patrimonial del sujeto no pretenda éste que alcance también a la esfera espiritual. Hay daño moral exclusivamente cuando se ha atentado a un derecho inmaterial de la persona: es el caso del honor, intimidad e imagen que contempla la Ley 1/1982, de 5 de mayo (RCL 1982, 1197; ApNDL 3639), es el caso también de la muerte del ser querido, tanto si es el hijo menor que no produce perjuicio económico, sino también del padre de familia que, además, sí lo produce; es el caso, asimismo, del “pretium doloris”. Pero no cabe alegarlo si se produce y se reclama un perjuicio patrimonial, es decir, cuando la lesión incide sobre bienes económicos, a modo de una derivación o ampliación del daño patrimonial».

Según tal razonamiento, cuando del incumplimiento del contrato deriva un perjuicio en la esfera patrimonial del acreedor, sólo existe daño patrimonial, o, a *sensu* contrario, sólo existirá daño moral cuando el incumplimiento afecte a un bien no patrimonial. En virtud de la concepción objetiva-típica de la que la sentencia es un claro exponente, se hace depender la naturaleza del daño, de la del bien lesionado, no pudiendo coexistir daños patrimoniales y no patrimoniales, derivados ya de la lesión de un bien patrimonial, ya de la de un bien no patrimonial o espiritual; siendo por tanto permeable en exclusiva la naturaleza del daño a la del bien lesionado.

Los argumentos de la sentencia, si bien son coherentes con la concepción del daño que asume, no pueden ser admitidos en la actualidad, pues se encuentran en contradicción con la jurisprudencia moderna y con la doctrina mayoritaria, que no cualifica el daño en atención al bien afectado. Como afirman MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU, lo adecuado es «variar el enfoque y desplazar el centro de atención del bien o interés lesionado (daño-evento) a las consecuencias dañosas de toda lesión (daño consecuencia). Por esa razón, del mismo modo que la lesión de un bien no patrimonial, como el derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen, puede dar lugar a consecuencias tanto de naturaleza no patrimonial como patrimonial (cf. SSTs 18.11.2002 [RJ 2002, 10261]»; 25.11.2002 [RJ 2003, 10274]), también la infracción de bienes o intereses patrimoniales puede producir consecuencias tanto de uno como de otro orden»⁴³². Como justificaremos posteriormente, coincidimos con la anterior afirmación respecto al desplazamiento del bien lesionado del centro de atención para calificar el daño como patrimonial o no; no así por lo que respecta al interés.

⁴³² MARTÍN CASALS, M., SOLÉ FELIU, J., «Comentario a la STS de 31...», *op. cit.*, pp. 252 y 253.

En la doctrina española, varios autores han adoptado una concepción objetiva-típica del daño. Así, CASTÁN afirma que los daños morales son «aquellos que afectan a los bienes inmateriales de la personalidad –como la libertad, la salud, el honor– extraños al patrimonio y que no repercuten, cuando menos de modo indirecto, sobre éste»⁴³³. Por su parte, GARCÍA SERRANO, ante la disyuntiva daño objetivo-típico y daño subjetivo-consecuencialista, sostiene que resulta más acertado el primer criterio al no deberse relegar lo fundamental, la naturaleza del bien afectado, a un plano secundario, entre otras cosas por cuanto el ataque a un mismo bien puede producir, en casos distintos, repercusiones muy diferentes, rechazando el segundo criterio de calificar el daño atendiendo a sus repercusiones, pues tienen, en buena medida, una extensión imprevisible, y ello le lleva a afirmar que el daño moral «es la destrucción o menoscabo de un interés, el carácter del daño debe guardar estrecha conexión con la naturaleza del bien lesionado. Y dado que los intereses pueden recaer sobre bienes patrimoniales o no patrimoniales, el daño tendrá uno u otro carácter según sea de una u otra naturaleza el bien que resulte directa y primordialmente dañado»⁴³⁴. Argumenta en contra de la concepción subjetiva-consecuencialista que «resulta también rechazable el criterio de las repercusiones del acto ilícito para calificar el daño, puesto que con el mismo se quita fijeza a la distinción entre lo que sea patrimonial y lo que no tenga tal carácter, y es que, como señalábamos anteriormente, hay casos en que el ataque a un bien extrapatrimonial puede tener repercusiones económicamente valorables e incluso traducirse, de modo reflejo, en un beneficio económico... Nótese, repetimos, cómo de un mismo hecho pueden derivarse consecuencias totalmente distintas según el sujeto afectado, y la falta de fijeza del criterio hace aconsejable abandonarlo»⁴³⁵. GARCÍA SERRANO afirma que «un primer criterio clasificatorio, ya clásico, es el que lleva a distinguir aquellos daños que pudieran denominarse “morales puros”, de los llamados “patrimoniales indirectos” o “morales impropios”. Los primeros son aquellos que no trascienden de la esfera del sentimiento. Los segundos tienen, en cambio, repercusiones patrimoniales. Naturalmente, adoptar esta distinción supone que, previamente, calificamos el daño como patrimonial o extrapatrimonial en razón del bien que resulta directamente afectado, y no a sus posibles consecuencias de tipo patrimonial»⁴³⁶. Consideramos que la categoría de los daños morales impropios o daños patrimoniales indirectos es una creación artificiosa que un sector

⁴³³ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español...*, *op. cit.*, p. 245.

⁴³⁴ GARCÍA SERRANO, F. DE A., «El daño moral...», *op. cit.*, p. 801.

⁴³⁵ GARCÍA SERRANO, F. DE A., «El daño moral...», *op. cit.*, p. 806.

⁴³⁶ *Ult. op. cit.*, p. 810.

de la doctrina, que sostiene la concepción objetiva-típica del daño, ha creado ante la imposibilidad de justificar que de un perjuicio en la esfera patrimonial puedan derivar consecuencias no patrimoniales y a la inversa⁴³⁷.

En la doctrina extranjera, adopta la concepción objetiva-típica del daño LARENZ, sosteniendo que el «daño “inmaterial” o “ideal” es el daño directo que alguien sufre en un *bien de la vida* (como la salud, el bienestar corporal, la libertad, el honor) que *no puede ser valorado en bienes patrimoniales*. Ha de tenerse en cuenta que la infracción de uno de los bienes “ideales” indicados puede también tener por consecuencia mediata un daño patrimonial, aunque de ellos no derive directamente un daño valuable en dinero, p. ej., en forma de gastos para el restablecimiento de la salud, adquisiciones no hechas o pérdidas en los negocios que traen consigo los daños inferidos a la reputación, la fama o la solvencia. Por lo tanto, los daños patrimoniales no tienen siempre como presupuesto necesario la infracción de un bien patrimonial, sino que igualmente pueden derivarse, aunque únicamente en concepto de daños mediatos, de la infracción de un bien inmaterial, en cuanto ésta produzca consecuencias perjudiciales para el patrimonio del perjudicado»⁴³⁸.

Si bien los situamos dentro de los autores que sostienen la concepción del daño moral que venimos abordando, algunas dudas pueden suscitar ÁLVAREZ VIGARAY y GARCÍA LÓPEZ.

El primero de ellos critica la concepción del daño moral que lo identifica con la lesión de un derecho subjetivo no patrimonial afirmando que «el carácter patrimonial o no patrimonial del derecho lesionado no implica que sea de igual naturaleza el daño que se produzca, y así, la lesión de un derecho no patrimonial puede llevar consigo el que se produzcan daños patrimoniales... Del mismo modo la lesión de un derecho patrimonial puede dar lugar (según algunos autores, que consideran daño moral la lesión del interés de afección) a que se realicen daños morales, como es, por ejemplo, el caso de destrucción de la carta o de la trenza de pelo conservadas como recuerdo de un familiar querido, etc. Esta misma observación puede hacerse a aquellas definiciones que tipifican el daño moral como “el perjuicio que afecta a los bienes inmateriales de la persona” (salud, libertad, honor, etc.), pues el perjuicio que afecta

⁴³⁷ En la misma línea, CRISTÓBAL MONTES, A, como ya se ha indicado, define el daño moral como «aquel que afecta a un bien de la personalidad o de la vida (libertad, salud, honor, honestidad, paz, tranquilidad de espíritu, integridad física, bienestar corporal, privacidad, etc.), es decir, el que implica quebranto, privación o vulneración de esa categoría de bienes incorporeales cuya tutela cobijamos bajo la categoría jurídica de los denominados derechos de la personalidad», por lo «que la no patrimonialidad del mismo no puede tener otra referencia que la naturaleza del bien afectado», «El daño...», *op. cit.*, p. 4.

⁴³⁸ LARENZ, K., *Derecho de obligaciones...*, *op. cit.*, pp. 194 y 195.

a dichos bienes puede ser tanto patrimonial como moral»⁴³⁹. Las anteriores afirmaciones nos servirían de apoyo para comprender, por lo menos implícitamente, que este autor sostiene una concepción del daño, donde el criterio delimitador se encuentra en el daño-consecuencia en vez de en el daño-efecto. No obstante, posteriormente, sostiene que «el concepto de daños morales no debe reducirse solamente a los dolores o sufrimientos injustamente ocasionados, sino que en él ha de incluirse todo perjuicio no pecuniario producido por la lesión de un bien de la persona (salud, libertad, honestidad, honor, etc.) o de sus sentimientos y afectos más importantes y elevados»⁴⁴⁰. Al principio de su concepto está tomando en consideración, consecuencias o efectos del daño, así dolor, sufrimiento o todo perjuicio no pecuniario, pero los ancla respecto a los bienes de la persona; en definitiva, está tomando como criterio distintivo la naturaleza del daño, es decir, los bienes o derechos de la personalidad, por lo que se justifica aquí su incardinación.

Por su parte, GARCÍA LÓPEZ afirma que «puede definirse el daño moral –atendiendo a la naturaleza de su objeto y a la consideración del daño como efecto o consecuencia perniciosa– como *el resultado perjudicial que tiene por objeto la lesión o menoscabo de alguno de los bienes o derechos correspondientes al ámbito estrictamente personal de la esfera jurídica del sujeto de derecho, que se resarcen por vía satisfactoria bajo el criterio equitativo del juez*»⁴⁴¹. En primer lugar, habla de la naturaleza del objeto, afirmación distintiva de la concepción objetiva, pero, posteriormente, lo combina con el efecto o consecuencias perjudiciales, y, finalmente, insiste en el «*resultado perjudicial que tiene por objeto la lesión o menoscabo de alguno de los bienes o derechos correspondientes al ámbito estrictamente personal de la esfera jurídica del sujeto de derecho*», lo que podría parecer que tiene en cuenta el objeto, pero no el que directamente sufre la lesión, sino aquél en el que ésta se proyecta. En última instancia, las dudas que esta interpretación suscita quedan despejadas por el propio autor al «insistir en que la naturaleza del daño depende única y exclusivamente de la naturaleza del bien afectado, ya resulte afectado de forma directa o indirecta, ya lo sea con exclusividad o junto con el menoscabo de otros bienes de distinta naturaleza. Desde este punto de vista, carece de fundamento hablar de daño moral puro y de daño moral con consecuencias patrimoniales. Si hay un bien no patrimonial afectado, habrá un daño moral; clara y simplemente. La existencia de consecuencias dañosas de carácter patri-

⁴³⁹ ÁLVAREZ VIGARAY, R., «La responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 82 y 83.

⁴⁴⁰ ÁLVAREZ VIGARAY, R., «La responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 85.

⁴⁴¹ GARCÍA LÓPEZ, R., *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 80.

monial únicamente determinará la presencia de daños patrimoniales que coexistirán junto con el perjuicio moral en el conjunto global del daño, pero no afectará a la distinta naturaleza de los concretos resultados dañosos»⁴⁴².

c) *La concepción subjetiva-consecuencialista del daño moral*

Frente a la anterior concepción objetiva-típica, sostenida, como se ha analizado, por la doctrina y la jurisprudencia tradicional, se presenta, con un amplio apoyo de la doctrina más moderna y de la jurisprudencia mayoritaria a partir de los años 80, la concepción del daño moral como engullidora de todas aquellas consecuencias patológicas no patrimoniales que deriven del incumplimiento del derecho crédito con independencia del bien jurídico lesionado. Concepción del daño a la que, como ya se ha dicho, CARRASCO PERERA denomina «subjetiva-consecuencialista»⁴⁴³ y a la que MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU se refieren como «daño-consecuencia»⁴⁴⁴.

Por lo que respecta a la jurisprudencia, la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1983⁴⁴⁵, recaída como consecuencia del derrumbamiento de una casa, y donde fueron demandados el promotor, el arquitecto y los aparejadores, en su considerando tercero identifica el daño moral con las consecuencias que en la esfera personal de los afectados ha tenido «la intespectiva y dramática alteración de la pacífica normalidad de la vida hogareña que los demandantes sufrieron». En su considerando quinto, además de ofrecer un criterio aperturista del daño moral, no circunscrito a la fama y el honor de las personas, continúa desarrollando el daño moral como consecuencias o afecciones que padecen los demandados sosteniendo que «amén de que, estos motivos cuestionan también la procedencia misma de la reparación del daño moral (fuera del que afecte a la fama o el honor de la persona) y de los perjuicios olvidando que la indemnización por daños morales es doctrina corriente de esta Sala y, a nivel legal, la secuencia a las intromisiones ilegítimas en los derechos no sólo al honor, sino a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, son objeto de la novísima Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo y se halla en sede de los puntos 3 a 5 de su art. 9.º, pero a este nivel de derecho positivo es más la práctica diaria de los tribunales del orden penal de esta jurisdicción ordinaria (y también de los civiles, cuando cono-

⁴⁴² GARCÍA LÓPEZ, R., *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 80.

⁴⁴³ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de...*, *op. cit.*, p. 1231.

⁴⁴⁴ MARTÍN CASALS, M., SOLÉ FELIU, J., «Comentario a la STS de 31...», *op. cit.*, p. 253.

⁴⁴⁵ STS de 31 de mayo de 1983, ponente D. Cecilio Serena Velloso (RJ 1983, 2956).

cen de las acciones civiles “ex delicto”) la que ofrece innumerables ejemplos de indemnizaciones por daños puramente morales a que, desde su redacción de 1944, da lugar la constante aplicación a los más diversos de esa clase del art. 104 del C. P. que previene el resarcimiento no sólo de los daños materiales sino también el de los morales, para la cual y por la remisión al 103, se atenderá a la afección del agraviado; aspecto absolutamente prevalente cuando la reparación se refiere a la pérdida de la vida y en buena parte presente cuando de reparar menoscabos corporales y aun impedimentos transitorios se trata (“pretium doloris”) y no sólo los personales o propios del agraviado sino también los irrogados a su familia o a un tercero; de suerte, en definitiva, que no es en manera alguna cierto que no quepa reparar otros daños que los materiales y los morales a la fama o al honor, siquiera los morales hayan de serlo siguiendo otras pautas que las de la estricta equivalencia pecuniaria».

Con mayor explicitud y concreción se muestra la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1984⁴⁴⁶, también relativa al derrumbe de una vivienda, pero en este supuesto no provocado por defectos constructivos, sino como consecuencia de las excavaciones realizadas en finca colindante. La parte recurrente expone como uno de los motivos, concretamente el 4.º, para la casación, que la sentencia de la Audiencia incurre en «violación negativa de la doctrina legal contenida en las sentencias que cita, por apreciar la existencia del daño moral sin concurrir los presupuestos y límites establecidos por este Tribunal, motivo éste que centra su atención en las indemnizaciones concedidas a dos de los actores, de 80.000 pesetas a cada uno, por el daño moral que para los mismos supuso la pérdida de la vivienda en que moraban, tesis, la del recurrente, que se asienta sobre la para él violación de la doctrina de esta Sala que únicamente admite la indemnización de tales daños cuando los mismos afecten a ataques contra la fama, honor, etc, de las personas». El Tribunal Supremo, en su considerando séptimo, rechaza tal argumentación afirmando que «no pueden triunfar, al no ser aceptable la construcción que del “daño moral” y de sus indemnizaciones hace el recurrente, dado que: I) Aunque dicha figura no se encuentre específicamente nominada en el Código Civil, tiene adecuado encaje en la exégesis de ese amplísimo “reparar el daño causado” que emplea en su artículo 1902, como tiene declarado esta Sala a partir de la sentencia de 6 de diciembre de 1912; II) La construcción del referido daño como sinónimo de ataque o lesión directos a bienes o derechos extrapatrimoniales o de la personalidad, peca hoy de anticuada y ha sido superada tanto por la doctrina de

⁴⁴⁶ STS de 25 de junio de 1984, ponente D. Mariano Martín-Granizo Fernández (RJ 1984, 1145).

los autores como de esta Sala; III) Así, actualmente, predomina la idea del “daño moral” representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, cual si el ataque afecta al acervo extrapatrimonial o de la personalidad (ofensas a la fama, al honor, honestidad, muerte de persona propietario, etc.); IV) De ahí que, ante, frente o junto a la obligación de resarcir que surge de los daños patrimoniales, traducido en el resarcimiento económico o dinerario del “lucrum cessans” y/o del “damnum emergens”, la doctrina jurisprudencial haya arbitrado y dado carta de naturaleza en nuestro derecho a la reparación del daño o sufrimiento moral, que si bien no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado»⁴⁴⁷.

En mérito de esta sentencia debe reconocerse que extracta en pocas líneas y de forma precisa la posición de la jurisprudencia moderna sobre cuestiones fundamentales del daño moral, salvo la cuestión del encaje legal en el artículo 1902, ya que, como se estudiará en epígrafe posterior, es prácticamente unánime la doctrina que encuentra la cobertura legal del daño moral contractual en los artículos 1101, 1106 y 1107 de nuestro Código Civil.

¿Cuáles son las cuestiones fundamentales que resuelve la sentencia? 1.^a) el abandono de la concepción estricta del daño moral que lo identificaba con la violación de una serie delimitada de bienes, es decir, con los derechos de la personalidad. 2.^a) a la superación de la concepción objetiva-típica del daño moral. Ello, como afirman MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU, «implica en el fondo variar el enfoque y desplazar el centro de atención del bien o interés lesionado (daño-evento) a las consecuencias dañosas de toda lesión (daño consecuencia)»⁴⁴⁸. 3.^a) la aceptación de una concepción consecuencialista del daño. 4.^a) derivado de la anterior, la ruptura de los binomios daño en un bien patrimonial-daño patrimonial y en un bien no patrimonial-daño no patrimonial, pudiendo ocasionarse como consecuencia de la lesión de un bien patrimonial tanto daños patrimoniales como no patrimoniales, y a la inversa. Por ello, la naturaleza patrimonial o no patrimonial del bien perjudicado no tiñe de la

⁴⁴⁷ En el mismo sentido, entre otras, las SSTs: de 19 de octubre de 1996, ponente D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1996, 7508); de 18 de noviembre de 2002, ponente D. José Almagro Nosete (RJ 2002, 10261); de 25 de noviembre de 2002, ponente D. Antonio Gullón Ballesteros (RJ 2003, 10274); de 14 de julio de 2006, ponente D. Clemente Auger Liñán (RJ 2006, 4965)

⁴⁴⁸ MARTÍN CASALS, M., SOLÉ FELIU, J., «Comentario a la STS de 31...», *op. cit.*, pp. 252 y 253.

misma a los daños producidos⁴⁴⁹. 5.^a) consecuencia de la anterior, el rechazo de los denominados daños morales impropios o daños patrimoniales indirectos⁴⁵⁰. 6.^a) la amplitud del contenido que se le atribuye al daño moral, acaparando todas las consecuencias perjudiciales, ya vengan representadas por dolores, sufrimientos y padecimientos que lesionen la esfera personal, con independencia del bien que haya resultado lesionado. 7.^a) la conjugación de la función de la indemnización de daños y perjuicios, resarcitoria o reparadora respecto de los daños patrimoniales, en una doble dimensión de daño emergente y lucro cesante; y compensatoria o superadora por lo que al daño moral se refiere.

En idénticos términos que la sentencia anterior, la del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2004 mantiene –recogiendo otras anteriores– una construcción consecuencialista del daño moral, en la reclamación planteado por unos padres ante el fallecimiento de sus hijos en un accidente de trabajo⁴⁵¹.

Por lo que respecta a la doctrina de los autores, ya BORRELL MACIÁ puso de manifiesto la que posteriormente se ha consolidado como concepción consecuencialista, sosteniendo que «por daño moral podemos entender el que no afecta al patrimonio de una persona determinada, el que no queda completamente compensado entregando una cantidad más o menos elevada de dinero.

⁴⁴⁹ Lo que ha sido ratificado, entre otras, por la STS de 19 de octubre de 1996, ponente D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1996, 7508), al establecer en su fundamento de derecho cuarto que «la acción reparadora del art. 1902 comprende el daño moral, referido hoy día no sólo al ataque a los derechos de la personalidad y sí al sufrimiento psíquico que pueda originar la pérdida de bienes materiales».

⁴⁵⁰ La STS de 25 de noviembre de 2002, ponente D. Antonio Gullón Ballesteros (RJ 2003, 10274), en su fundamento de derecho tercero, expone que «carece de toda consistencia... tal obligación de reparar que se quiere cobijar al parecer bajo el concepto de “daños morales impropios”, pues no hay más daño moral que el que resulte para el estado personal de la víctima la intromisión ilícita en sus derechos de la personalidad. Si esta intromisión tiene repercusiones en su patrimonio, las disminuciones que sufra son daños patrimoniales y como tal han de ser tratados. La moderna doctrina jurídica abandonó hace tiempo la distinción entre daños con repercusión sólo en la persona física o psíquica de la víctima, y con repercusión también en su patrimonio».

⁴⁵¹ La STS de 2 de abril de 2004, ponente D. Clemente Auger Liñán (RJ 2004, 2607) establece en su considerando cuarto que la construcción del daño moral «como sinónimo de ataque o lesión directos a bienes o derechos extrapatrimoniales o de la personalidad, peca hoy de anticuada y ha sido superada tanto por la doctrina de los autores como de esta Sala. Así, actualmente, predomina la idea del daño moral, representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, cual si el ataque afecta al acervo extrapatrimonial o de la personalidad (ofensas a la fama, al honor, honestidad, muerte de persona allegada, destrucción de objetos muy estimados por su propietario, etc.). De ahí que, ante, frente o junto a la obligación de resarcir que surge de los daños patrimoniales, traducido en el resarcimiento económico o dinerario del “lucrum cessans” y/o del “damnum emergens”, la doctrina jurisprudencial haya arbitrado y dado carta de naturaleza en nuestro derecho a la reparación del daño o sufrimiento moral, que si bien no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado».

De aquí que no puedan considerarse exclusivamente morales aquellos daños que repercuten al patrimonio del perjudicado»⁴⁵², lo que concreta con un ejemplo muy ilustrativo, afirmando que «si a consecuencia de una herida, por ejemplo, estoy dos días sin trabajar, dejando en ellos de percibir mi jornal de quince pesetas, y he invertido, además, cien pesetas en gastos de curación, la herida sufrida afectará a mi patrimonio en 130 pesetas, que constituirán el daño patrimonial; pero además, me habrá producido unas incomodidades, un dolor físico... y ello constituye el daño moral»⁴⁵³.

En la moderna doctrina española, caracteriza el daño moral por la naturaleza de las consecuencias de la lesión CARRASCO PERERA quien afirma que «hace referencia a una partida de daño susceptible de afectar a cualquier interés jurídico del acreedor, desde la propiedad hasta la salud mental; precisamente el daño que no tiene consecuencias patrimoniales»⁴⁵⁴. Está adoptando una concepción consecuencialista, lo que ratifica posteriormente criticando la concepción que incide en la naturaleza del bien afectado, poniendo de manifiesto «cómo el Tribunal Supremo puede balancear entre la concepción objetiva-típica del daño moral y la consideración del mismo como una partida autónoma del daño a cualquier interés protegible (arrendamiento, vacaciones). Yo creo, en efecto, que esta segunda concepción es la correcta: considerar el daño patrimonial como la cifra de la *utilitas inestimable* en cualquier suerte de suceso productor de daños»⁴⁵⁵. No obstante lo anterior, no es ajeno el autor a que dicha concepción plantea «el inconveniente de que deberá suministrar alguna forma para discriminar entre las múltiples consecuencias patológicas que un incumplimiento contractual puede causar en el ánimo del acreedor, pues todo el mundo está de acuerdo en que sólo algunas de estas afecciones son indemnizables»⁴⁵⁶. En similares términos, MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU afirman que el «daño moral se identifica con aquella partida de los daños, de naturaleza no patrimonial, que resulta de la lesión de cualquier interés jurídico, incluso cuando el interés primariamente lesionado tiene naturaleza patrimonial. El daño moral así considerado se refiere a las consecuencias no patrimoniales de un determinado evento dañoso, con independencia de la naturaleza, patrimonial o no patrimonial, del bien, derecho o interés de cuya infracción es consecuencia aquel perjuicio no económico»⁴⁵⁷. En la misma posición se ali-

⁴⁵² BORRELL MACIÁ, A., *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil*, Barcelona, 1942, p. 157.

⁴⁵³ BORRELL MACIÁ, A., *Responsabilidades derivadas...*, op. cit., p. 157.

⁴⁵⁴ CARRASCO PERERA, A., «Comentario a los artículos 1101...», op. cit., p. 699.

⁴⁵⁵ CARRASCO PERERA, A., «Comentario a los artículos 1101...», op. cit., p. 701.

⁴⁵⁶ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de...*, op. cit., p. 1231.

⁴⁵⁷ MARTÍN CASALS, M., SOLÉ FELIU, J., «Comentario a la STS de 31...», op. cit., p. 252.

nea PARRA LUCÁN al describir los daños morales como aquellos «que no tengan consecuencias patrimoniales, sin excluir posibles daños de afección, sentimientos de frustración, o de angustia, o que afectan a la tranquilidad de ánimo, producidos por el incumplimiento, aunque no afecten a alguno de los considerados como bienes de la personalidad y aunque resulten de perjuicios inmediatos a bienes patrimoniales»⁴⁵⁸.

Como se observa, la calificación del daño como moral, o no patrimonial, no dependerá de la naturaleza no patrimonial del bien afectado, sino de las consecuencias no patrimoniales que el incumplimiento produce en la persona que lo sufre. De tal concepción derivan dos consecuencias que ya han sido expuestas: de una parte, la posibilidad de que de la lesión de un bien, fuere de la naturaleza que fuere, se puedan derivar tanto consecuencias patrimoniales como no patrimoniales. Y de otra, el abandono de los denominados daños morales impropios o daños patrimoniales indirectos.

Por último, debe indicarse cómo a la calificación del daño en virtud de las consecuencias o repercusiones que tiene sobre el patrimonio no han sido ajenos autores pertenecientes a otros sistemas jurídicos. Así, en Italia, BONVICINI, que, si bien establece una distinción entre daños morales y daños no patrimoniales, afirma «il danno morale rappresenterebbe la *turbatio animi*, cioè una condizione transitoria di sofferenza somatica o psichica non accompagnata da alterazione di funzionalità organica; mentre il danno non patrimoniale terrebbe conto anche della compromissione dell'integrità fisica non avente però ripercussioni patrimoniali sul soggetto. Il danno morale sarebbe, secondo il suddetto studioso, una parte di una più vasta categoria di "danno extrapatrimoniale"»⁴⁵⁹. La misma concepción parece latir en el pensamiento de ROTONDI, quien, al abordar la cuestión de los daños no patrimoniales, afirma que «deben excluirse del campo de nuestro estudio actual aquellos que en otra ocasión llamamos repercusiones patrimoniales de los derechos personalísimos, los cuales pertenecen completamente a la categoría de los daños patrimoniales. Porque si una lesión de esta clase determina también consecuencias patrimoniales (daños patrimoniales indirectos), ya sabemos que estas consecuencias constituyen daños patrimoniales sobre cuya resarcibilidad no puede haber duda»⁴⁶⁰. No obstante emplear la denominación, que hemos desechado, de daños patrimoniales indirectos en relación a las consecuencias no patrimoniales derivadas de la lesión de derechos de

⁴⁵⁸ PARRA LUCÁN, M.^a A., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 15...», *op. cit.*, p. 586.

⁴⁵⁹ BONVICINI, E., *Il danno a persona, il danno risarcibile e il suo accertamento*, Giuffrè Editore, Milano, 1958, p. 117.

⁴⁶⁰ ROTONDI, M., *Instituciones de Derecho Privado*, prólogo, traducción y concordancias al Derecho español por Francisco F. Villavicencio, editorial Labor, Barcelona, 1953, p. 368.

la personalidad, parece tomar como referencia para la determinación de la naturaleza del daño, los efectos, las consecuencias que producen en el patrimonio, económico o personal, del sujeto que sufre el incumplimiento. Por su parte, BIANCA también se desvincula de la naturaleza del bien lesionado, en orden a la distinción entre daños patrimoniales y no patrimoniales, señalando que «in termini generali nel campo dell'illecito la nozione di danno può essere ravvisata nella lesione di un interesse che il soggetto subisce in conseguenza dell'altrui fatto ingiusto o di altro fatto che costituisca titolo di responsabilità. Un'ulteriore analisi consente di specificare tre distinte nozioni di danno. Precisamente, il danno può essere inteso come *evento lesivo*, cioè come risultato materiale o giuridico lesivo di un interesse giuridicamente rilevante. Può ancora distinguersi un significato di danno quale *effetto economico negativo*, cioè quale complessiva sofferenza económica che l'evento lesivo esprime nella sfera patrimoniale del danneggiato. Qui il patrimonio non deve assumersi come complesso di beni identificato da un rapporto di appartenenza»⁴⁶¹.

4.5.6 CONCLUSIONES SOBRE LA CONCEPCIÓN DEL DAÑO NO PATRIMONIAL: LA NATURALEZA DEL INTERÉS LESIONADO

Por nuestra parte, nos inclinamos en favor de la anteriormente descrita concepción subjetiva-consecuencialista o daño-consecuencial, por lo que calificamos un daño como patrimonial o no patrimonial tomando como referencia la naturaleza del interés lesionado⁴⁶², es decir, las consecuencias que el incumplimiento tiene en la esfera patrimonial o personal de quien lo sufre.

Para justificar nuestra postura debemos partir, siguiendo a ENNECCERUS y LEHMAN, de la concepción del derecho de crédito comúnmente aceptada como aquél «que compete a una persona, el acreedor, contra otra persona determinada, el deudor, para *la satisfacción de un interés digno de protección que tiene el primero*»⁴⁶³. Por ello, como ya hemos afirmado, resulta necesario conectar el menoscabo o detrimento con el carácter patrimonial o no del interés lesionado. Cuando se produce el incumplimiento de un contrato, decimos que se ha lesionado el interés del perjudicado, interés que es objeto de tutela

⁴⁶¹ BIANCA, C.M., *Dell'inadempimento...*, op. cit., pp. 246 y 247.

⁴⁶² En este sentido, afirma NAVEIRA ZARRA, M.M., que «la lesión a cualquiera de los intereses que se integran en la esfera jurídica personal o extrapatrimonial de los individuos será constitutiva de un daño o perjuicio de naturaleza extrapatrimonial», *El rescarcimiento del daño...*, op. cit., p. 104.

⁴⁶³ ENNECCERUS, L., LEHMAN, H., *Tratado de Derecho civil*, Tomo II, volumen I, traducido por Pérez González y Alguer, Barcelona, 1933, p.1.

por el derecho. Cuando hacemos referencia al interés de un contratante, nos estamos situando en la esfera de la satisfacción que una persona espera obtener, satisfacción que se obtiene respecto de algo, y ese algo puede ser un bien material o inmaterial, pero el bien es un mero instrumento para obtener satisfacciones, el bien sirve al interés como presupuesto necesario.

Debe aclararse que son tres los elementos que entran en juego en el momento de averiguar si nos encontramos ante un daño patrimonial o no patrimonial. Siguiendo un orden cronológico, serán el bien que directamente sufre la acción incumplidora del deudor, el interés que ese bien lesionado satisface, y por el último, el bien sobre el que se proyecta el interés lesionado. Por ello, puede afirmarse que existen dos bienes conectados por el interés: uno, que es el que *a priori* padece el incumplimiento, la satisfacción del interés que se persigue obtener con la celebración del contrato, y otro sobre el que se proyecta o refleja la insatisfacción del daño derivado del incumplimiento y que requiere un análisis *a posterius* del incumplimiento.

Para mayor claridad, pongamos un ejemplo: un deportista de élite que sufre una lesión de rodilla celebra un contrato con un prestigioso traumatólogo para la realización de una intervención quirúrgica. Como consecuencia de una mala *praxis* del médico, lo que en principio era una intervención sencilla, se complica y finalmente le causa una grave lesión en la pierna, que le impide seguir compitiendo. La acción incumplidora del médico repercute en un bien personal del deportista –primer elemento–, su pierna, y con ella se produce una insatisfacción del interés del deportista –segundo elemento–, interés que se proyecta en una doble dirección, afectando a dos bienes del acreedor –tercer elemento–. Por una parte, el patrimonial, puesto que, al no poder realizar profesionalmente su disciplina deportiva, no podrá obtener ingresos derivados de tal interés, al no poder seguir firmando contratos. Por otra parte, el no patrimonial, ya que la lesión le repercute en su salud, no sólo físicamente, sino también con los problemas psicológicos que se le presentan. Lógicamente, la naturaleza del interés lesionado siempre coincidirá con la del bien sobre el que dicho interés se proyecta.

Por ello, ante un menoscabo o perjuicio que produce un daño en la parte perjudicada, tenemos que calificar el tipo de interés. En función de que el interés que sufre el perjuicio sea material o inmaterial, estaremos en presencia de un daño patrimonial o no. Debe quedar claro que lo que otorga carta de naturaleza al daño patrimonial o no patrimonial no es el objeto sobre el que recae el interés, sino el interés mismo y su proyección en nuestra esfera patrimonial o personal.

Como se ha afirmado, siguiendo a DE CUPIS, el objeto del daño es el interés vulnerado, y éste, pudiendo ser tanto patrimonial como no patrimonial, obliga a delimitar a qué nos estamos refiriendo con el adjetivo patrimonial, qué notas o características cualifican la patrimonialidad del interés. Describe DE CUPIS la patrimonialidad como «una necesidad económica, por lo que patrimonial es, precisando más, cualquier bien exterior respecto al sujeto, que sea capaz de clasificarse en el orden de la riqueza material –y por esto mismo valorable, por su naturaleza y tradicionalmente, en dinero–, idóneo para satisfacer una necesidad económica»⁴⁶⁴. De la anterior descripción se extraen los presupuestos o caracteres que lo configuran, a saber: exterioridad en relación al sujeto que lo padece, valorable en dinero y susceptible de satisfacer una necesidad económica. Si, como ya se ha afirmado, el bien sirve de presupuesto al interés, el patrimonial «consiste en la utilidad que a un determinado individuo puede suministrar un bien patrimonial, es decir, en el beneficio patrimonial considerado en relación a un sujeto. Y daño patrimonial es el daño que tiene por objeto tal interés»⁴⁶⁵. Por el contrario, se configuran como bienes extrapatrimoniales aquellos que adolezcan de ser valorables en dinero y no sean susceptibles de satisfacer una necesidad económica, con independencia de que sean exteriores o interiores a una persona. Al respecto indica NAVIERA ZARRA, siguiendo los postulados de DE CUPIS, que «serán bienes extrapatrimoniales aquellos otros que carezcan de las notas apuntadas, es decir, los que no sean susceptibles de valorabilidad pecuniaria y que no respondan a una necesidad económica. No es preciso, en cambio, que se trate de bienes interiores o inherentes al sujeto, ya que, al contrario, existen bienes exteriores a la persona que sirven a la satisfacción de intereses extrapatrimoniales (*v. gr.*, la obra de ingenio, el animal de compañía por el que se siente cariño, etc.). El interés extrapatrimonial estará constituido así por la utilidad no económica (física, espiritual, intelectual, emocional...) que un bien puede reportar a una persona, de lo cual se desprende que la lesión inferida a este tipo de intereses integrará la categoría de los daños extrapatrimoniales»⁴⁶⁶.

Una vez definido el concepto de daño patrimonial y no patrimonial, debemos afirmar que al no estar vinculados los mismos necesariamente con un perjuicio en un bien patrimonial o no patrimonial, sino en la naturaleza que el interés representa para la parte que lo sufre y su reflejo en su patrimonio, de un

⁴⁶⁴ DE CUPIS, A., *El Daño. Teoría...*, *op. cit.*, p. 121.

⁴⁶⁵ DE CUPIS, A., *El Daño. Teoría...*, *op. cit.*, p. 122.

⁴⁶⁶ NAVIERA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, p. 81.

incumplimiento que cause un detrimento en un bien patrimonial, pueden derivar a la vez un daño patrimonial y no patrimonial⁴⁶⁷.

Debe indicarse que la noción del interés, si bien en algunos casos sin hacer hincapié en el papel protagonista que aquí le hemos otorgado, se encuentra en un amplio sector de la doctrina; así, CRISTÓBAL MONTES sostiene que «en cualquier relación obligatoria puede coexistir un interés del acreedor cuyo contenido sea o no patrimonial»⁴⁶⁸. GARCÍA SERRANO mantiene que «delimitado el daño en sentido jurídico dentro de una esfera más amplia del daño en sentido vulgar, aparece claro que aquella noción no puede quedar reducida, en modo alguno, al menoscabo de intereses económicamente valorables»⁴⁶⁹. Por su parte, RODRÍGUEZ GUITÁN también alude al interés cuando expone que «cabe argumentar que el adquirente que compra una vivienda tiene un interés no patrimonial consistente en la satisfacción moral o en el disfrute psicológico que le supone disponer de una vivienda en las condiciones pactadas, condiciones que van desde la entrega en la fecha programada hasta la entrega del inmueble con las condiciones de seguridad, habitabilidad y calidad acordadas»⁴⁷⁰. En la doctrina extranjera le conceden un papel protagonista al interés, entre otros, los hermanos MAZEAUD, al afirmar que «exigir un daño no significa exigir una pérdida pecuniaria. El hombre no sólo sufre cuando es lesionado en sus intereses materiales; un atentado contra sus intereses morales le puede resultar todavía más sensible. Eso quiere decir que la víctima de un *perjuicio moral* tiene el derecho de pedir reparación, igual que la víctima de un *perjuicio material*»⁴⁷¹. También, BIANCA define el daño no patrimonial como «la lesione di interessi non economici, ossia la lesione di interessi che alla stregua della coscienza sociale sono insuscettibili di valutazione economica»⁴⁷²; en la misma línea PESSOA JORGE afirma que «os prejuízos não patrimoniais ou morais são os que se verificam em relação a interesses insusceptíveis de avaliação pecuniária»⁴⁷³.

En nuestra doctrina existen autores que niegan tal relevancia al interés. Entre los que con mayor rigor han estudiado esta cuestión deben destacarse a MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU, quienes han afirmado que «la doctrina más moderna y la jurisprudencia mayoritaria han caracterizado el daño moral, no

⁴⁶⁷ DE CUPIS, A., *El Daño. Teoría...*, *op. cit.*, pp. 124 y 125.

⁴⁶⁸ CRISTÓBAL MONTES, A., «El daño moral...», *op. cit.*, p. 8.

⁴⁶⁹ GARCÍA SERRANO, F. DE A., «El daño moral...», *op. cit.*, p. 799, también hace referencia al interés en la p. 800.

⁴⁷⁰ Como afirma RODRÍGUEZ GUITÁN, A.M., «La reparación del daño moral...», *op. cit.*, p. 966.

⁴⁷¹ MAZEAUD, H. L. y J., *Lecciones de Derecho Civil...*, *op. cit.*, p. 60.

⁴⁷² BIANCA, C.M., *Diritto Civile...*, *op. cit.*, p. 166.

⁴⁷³ PESSOA JORGE, F., *Ensaio sobre...*, *op. cit.* p. 373.

desde el punto de vista del interés lesionado, sino de las consecuencias de la lesión. De este modo, daño moral se identifica con aquella partida de los daños, de naturaleza no patrimonial, que resulta de la lesión de cualquier interés jurídico, incluso cuando el interés primariamente lesionado tiene naturaleza patrimonial. El daño moral así considerado se refiere a las consecuencias no patrimoniales de un determinado evento dañoso, con independencia de la naturaleza, patrimonial o no patrimonial, del bien, derecho o interés de cuya infracción es consecuencia aquel perjuicio no económico»⁴⁷⁴.

Si bien hemos caracterizado al daño no patrimonial por la naturaleza del interés lesionado, por lo que en este punto no compartimos las afirmaciones de MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU, puede que por sendas diferentes estemos llegando a una misma solución. Tal vez el centro de la diferencia se encuentre en la concepción que deba atribuirse al interés. Si tomamos como partida el punto en que coincidimos, es decir, que las consecuencias de la lesión son las que otorgan carta de naturaleza al daño como patrimonial o no patrimonial, y la consecuencia es la insatisfacción, y la misma no es más que la lesión del interés de la parte contratante: ¿Serán lo mismo las consecuencias derivadas del incumplimiento que genera daños que el interés lesionado? Creo que la respuesta afirmativa debe ser la correcta. Lo que en modo alguno puede caracterizar al daño es el bien que *a priori* lo sufre.

En consonancia con la naturaleza del interés lesionado aquí sostenida, puede citarse, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2005⁴⁷⁵, que resuelve la controversia planteada como consecuencia de que una entidad de crédito incumplió el contrato de cambio de moneda entregando dólares falsos, y se condenó a la misma a indemnizar a los demandantes los perjuicios ocasionados por los billetes falsos, en la cantidad de 78.131 euros en concepto de daños morales. Se pronuncia el Tribunal Supremo en su fundamento de derecho quinto, afirmando que «en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1101 del Código civil la entidad demandada debe indemnizar a los demandantes los daños sufridos y éstos no son otros que los daños morales, que afectan a intereses espirituales del ser humano, evidentes en el caso presente que fueron atentados al sagrado derecho a la libertad personal, prescindiendo del tiempo que durara, al inalienable derecho a la dignidad, por las afrentas y vejámenes sufridos y al derecho a la seguridad jurídica, al verse inmersos en situaciones violentas en un país con escasa tradición democrática, lengua desconocida y garantías ignoradas». Los razonamientos del Tribunal Supremo

⁴⁷⁴ MARTÍN CASALS, M., SOLÉ FELIU, J., «Comentario a la STS de 31...», *op. cit.*, pp. 251 y 252.

⁴⁷⁵ STS de 17 de febrero de 2005, ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 2005, 92).

contrastan poderosamente con el pronunciamiento recurrido de la Audiencia Provincial de Santander, lo que pone de manifiesto no sólo las dificultades que conlleva la valoración económica del daño moral, sino también una muestra de la disparidad de criterios de nuestros tribunales en lo referente a este tipo de daños, que condena a la parte demandada al pago de 30.000 pesetas a cada uno de los demandantes, calificando sorpresivamente las «graves alteraciones y escándalos... su detención por la policía y retirada del pasaporte» como que «el incidente no pasó de una mera molestia por lo vejatorio de la situación».

4.5.7 LA SUPERACIÓN DE LA EXPRESIÓN DAÑO MORAL POR LA DE DAÑO NO PATRIMONIAL

A lo largo de este trabajo hemos ido diferenciando entre las nociones de daño patrimonial y daño no patrimonial, si bien en el análisis de éste en el Derecho español se ha empleado prioritariamente la expresión daño moral por ser fieles al término empleado por nuestra doctrina y jurisprudencia por influencia de la expresión *dommage moral* acuñada por el Código civil francés⁴⁷⁶. Llegados a este punto, consideramos necesario detenernos en el análisis de las expresiones daño no patrimonial y daño moral, para clarificar una serie de interrogantes: ¿Son expresiones sinónimas las de daño no patrimonial y daño moral? ¿Constituye el daño moral una partida más dentro de la noción más amplia de daño no patrimonial? ¿Es conforme con la expresión daño moral el contenido que en la actualidad le atribuye la jurisprudencia y la doctrina? ¿Ha llegado el momento de abandonar la expresión daño moral por la de daño no patrimonial o pecuniario? ¿Qué influencia tiene el actual proceso de modernización del Derecho privado europeo en la configuración del daño no patrimonial?

El problema relativo a la idoneidad de la expresión «daños morales» como acaparadora de todos los daños no patrimoniales, si bien ya ha sido objeto de debate por la doctrina⁴⁷⁷, continúa siendo el empleado en la actualidad.

⁴⁷⁶ La expresión daño moral ha sido criticada en la doctrina francesa por MAZEAUD, H. L. y J., quienes explican, en relación a las expresiones «perjuicio material» y «perjuicio moral», que «no están muy bien elegidas. En efecto, se está tentado de definir el perjuicio material, corporal; y el perjuicio moral, como aquel que afecta a un objeto al mundo inmaterial, incorporeal, de los pensamientos y de los sentimientos. Ahora bien ese no es el sentido exacto de la distinción. Se entiende por *perjuicio material* aquel que se traduce en una pérdida estimable pecuniariamente, el *perjuicio patrimonial* (si se admite que el patrimonio no contiene sino elementos pecuniarios...);... y se entiende por *perjuicio moral* aquel que no se traduce en una pérdida de dinero, porque atenta contra un derecho *extrapatrimonial*», *Lecciones de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 67 y 68.

⁴⁷⁷ ASÍ ÁLVAREZ VIGARAY, R., afirma «que el concepto de daños morales no debe reducirse solamente a los dolores o sufrimientos injustamente ocasionados, sino que en él ha de incluirse todo perjuicio no pecuniario producido por la lesión de un bien de la persona (salud, libertad, honestidad, honor, etc.) o de

sus sentimientos y afectos más importantes y elevados. La nota fundamental que caracteriza a estos daños, y permite incluirlos bajo un solo concepto, es su naturaleza no patrimonial, que lleva consigo como consecuencia el que no puedan evaluarse en dinero, por lo que, al no ser posible determinar la cuantía de la indemnización en virtud de una prueba que demuestre la magnitud exacta del daño, ha de ser fijada equitativamente por el juez. Teniendo en cuenta esta nota diferencial, por lo que se refiere a la denominación de estos daños, posiblemente fuera más exacta la denominación: daños no patrimoniales, con la cual los designa el Código Civil italiano de 1942 y gran parte de la doctrina de este país; pero no hay inconveniente en seguir utilizando, la expresión de daño moral, que, además de estar muy extendida, tiene a su favor el ser la que emplea el art. 104 del Código Penal español y numerosas Sentencias del Tribunal Supremo. Con todo, de acuerdo con el contenido que atribuye a la expresión daño moral una parte destacada de la doctrina, tal vez no deban considerarse como sinónimos los términos daño no patrimonial y daño moral, y fuera conveniente excluir de este último concepto los daños que se causen a la víctima en su persona física; si bien debe tenerse en cuenta que, aun cuando en principio estos daños no se consideren daños morales, siempre habrán de incluirse dentro de esta última categoría las repercusiones anímicas y afectivas de los daños a la persona física (dolores, sufrimientos, etc.). En cambio, el concepto de daño moral reducido a los dolores y padecimientos de ánimo, excluyendo de él los perjuicios no patrimoniales producidos por los atentados al honor, honestidad, libertad, etc., de la persona, al que sigue la distinción entre daño moral y daño personal, carece de una base sólida, porque el dolor o sufrimiento generalmente forma parte del daño producido por lesión a los bienes de la persona, siendo una de sus manifestaciones, y por otra parte, no es imprescindible que se ocasione un dolor o sufrimiento para que exista daño moral, como sucede en los daños causados al honor de las personas jurídicas», «La responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 85 y 86. Con mayor contundencia a favor de la denominación de daños no patrimoniales se ha manifestado GARCÍA SERRANO, F. DE A., indicando que en un «intento de determinar la peculiar posición que la categoría del daño moral ocupa, se plantea como problema previo, el de investigar si deben considerarse como sinónimas estas dos últimas nociones y, caso contrario, delimitar los ámbitos respectivos. Como dice Rovelli, es postura muy extendida la de quienes equiparan las categorías de daño moral y daño extrapatrimonial, siendo corriente definir aquél por contraposición al daño patrimonial. Expresamente se pronuncia en tal sentido Forchielli, Gómez Orbaneja y Borrell Macfía. Colasso, por su parte, hace una equiparación tácita de ambas nociones por cuanto que, al señalar que los daños no patrimoniales, son aquéllos que se manifiestan en la esfera del sentimiento, otorga a aquella noción, erróneamente a mi juicio, el mismo contenido que a la de daño moral. En términos similares se pronuncia también Barassi. Por su parte, Bonvicini parece incluso dar a la noción de daño moral un sentido más amplio que a la de daño extrapatrimonial, señalando que «daño moral, extrapatrimonial en sentido amplio, es aquél que no produce repercusión sobre el patrimonio material, si no es de modo indirecto». Sin embargo, no parece posible que pueda hacerse, válidamente, una equiparación de tal clase. La persona humana aparece como una unión indisoluble de cuerpo y alma, y ninguno de tales componentes tiene valor traducible a términos monetarios, estando fuera de toda unidad de medida. El daño a alguno de ellos tiene pues un acusado carácter extrapatrimonial por ser de tal naturaleza dichos bienes, y aparece que en buena lógica el daño moral debe ser considerado distinto del atentado físico, si bien en muchos tipos de daños aparecen estrechamente conexos. Resulta así que construir como sinónimos daño extrapatrimonial y daño moral implicaría tanto como adoptar una de estas dos alternativas: o pensar que la parte incluye al todo, lo que sería absurdo, o negar relevancia jurídica a los supuestos de lesión física, lo que sería inicuo. Si esto es así, con mucha mayor razón habrá que negar la posibilidad de dar a la noción de daño moral un contenido más amplio que a la de daño extrapatrimonial. Parece pues, que la categoría del daño moral debe considerarse como una parcela de los daños extrapatrimoniales. Sólo en un caso ambas tendrán idéntico contenido, y es en el supuesto de daño no patrimonial a persona jurídica, que es siempre constitutivo de daño moral. Ello es lógico porque, carentes de cuerpo como la persona física, un ataque de esta naturaleza hecho a aquéllas habrá de traducirse, necesariamente, en un ataque a cosas, con lo que adquiere carácter patrimonial. Lo que a mi juicio late en el fondo de toda la confusión reinante sobre el tema, se sustancia en un problema de índole lexicográfica y terminológica. La doctrina francesa opuso, como distintas, las categorías del «dommage matériel» y la del «dommage moral», englobando bajo esta última expresión, según nos dice Lalou aquellos daños que, no recayendo sobre intereses económicamente valorables entran dentro de lo que en nuestro lenguaje es más correcto denominar como daños no patrimoniales. Este modo de hablar parece justificarse en Francia por la mayor elegancia de tales expresiones pero incluso en dicho país ha sido criticado... Sin embargo, los

Consideramos que la respuesta a los anteriores interrogantes exige tomar como punto de partida la evolución jurisprudencial.

Siguiendo a GARCÍA SERRANO⁴⁷⁸, se han distinguido tres fases en la evolución jurisprudencial del daño moral: «A) En la primera no se admite la posibilidad de indemnizar pecuniariamente el daño moral. B) En la segunda se indemnizan aquellos supuestos de daño moral en cuanto producen repercusiones de tipo patrimonial. Más que el daño moral, lo que verdaderamente se sanciona es el patrimonial indirectamente causado. C) Finalmente, se admite la indemnización de los daños morales puros, con independencia de las posibles repercusiones patrimoniales que de los mismos deriven. Su admisión se inspira, además en criterios de amplitud»⁴⁷⁹.

Si nos detenemos en la segunda fase, iniciada con la ya citada sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1912, en la misma se afirma que «la honra, el honor y la fama de la mujer constituyen los bienes sociales de su mayor estima, y su menoscabo la pérdida de mayor consideración que puede padecer en una sociedad civilizada incapacitándola para ostentar en él la de carácter de depositaria y custodia de los sagrados fines del hogar doméstico»⁴⁸⁰. Se observa cómo el Tribunal, al referirse a la *honra, el honor y la fama*, está tutelando los denominados bienes o derechos de la personalidad. Ello nos lleva a situar los derechos de la personalidad en el germen de protección mediante la indemnización de las lesiones producidas en el ámbito o la esfera personal de quien padece el daño.

La indemnización de los daños ocasionados a los derechos de la personalidad ha continuado siendo la constante en las resoluciones posteriores con un criterio cada vez más aperturista. Así, en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1917, se afirma la indemnización de los daños morales en el «menoscabo causado en la fama y reputación profesional del demandante»⁴⁸¹; en la de 10 de julio de 1928, como consecuencia del automó-

traductores y la doctrina que fuera de Francia se han apropiado de dicha contraposición, lo han hecho en ocasiones de modo tan literal que han desvirtuado el sentido correcto que en dicho país se dio, generalmente, a la aludida distinción. No se ha tenido en cuenta que en múltiples ocasiones expresiones idénticas tienen significados completamente distintos en idiomas diferentes. Ya se dijo que el uso de la expresión «dommage moral», se justifica en Francia por una mayor elegancia de la misma frente a otras expresiones de contenido similar, pero en nuestro país, y lo mismo puede decirse de Italia, el sentido que se da a ambas expresiones debe ser distinto. Daño moral y daño extrapatrimonial no son sinónimos. Es más, como ya hemos dicho anteriormente, aquella expresión es más estricta que ésta», «El daño moral...», *op. cit.*, pp. 801 a 803. *Vid.*, también GARCÍA LÓPEZ, R., *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 79 y NAVEIRA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, nota al pie núm. 64, p. 102.

⁴⁷⁸ GARCÍA SERRANO, F. DE A., «El daño moral...», *op. cit.*, pp. 815 y ss.

⁴⁷⁹ GARCÍA SERRANO, F. DE A., «El daño moral...», *op. cit.*, p. 815.

⁴⁸⁰ STS de 6 de diciembre de 1912, ponente D. Rafael Bermejo (RJ 1912, 95).

⁴⁸¹ STS de 14 de diciembre de 1917, ponente D. Mariano Luján (RJ 1917, 205)

vil que atropelló a una niña causándole la muerte instantánea, afirma que «la jurisprudencia, es la que mediante las generales normas de interpretación que establece inspirándolas en los dictados de la razón y de la equidad y, sobre todo, en los principios informantes de la ley lleva a efecto esta evolución jurídica, al ritmo siempre de las nuevas necesidades de la vida y de los progresos de la ciencia; por eso, interin no se determinaran o concretaran en la realidad otras relaciones engendradas por los atentados contra el honor y la vida, que las puramente espirituales, no pudiendo surgir otra valoración que la moral que es inaplicable “per se” en el orden económico»⁴⁸².

Igualmente, debe destacarse la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1930, por cuanto supone una extensión en el reconocimiento del derecho al honor de las personas físicas a las jurídicas, el denominado honor mercantil, sosteniendo que «tan necesario es el crédito y el prestigio para la vida y el desarrollo del comercio como a la de los humanos el honor, y por ende cuando de algún modo ilícito e injusto se atenta por alguien, comerciante o no, ya de palabra, ya por escrito y por la Prensa u otro medio de publicación al crédito o al honor, aparte del delito que tales atentados puedan constituir, es palmario que los Tribunales de Justicia a ello requeridos deben intervenir, y reconocer, y declarar el derecho de los perjudicados, de los injuriados, a ejercitar la acción civil para pedir y exigir la debida reparación y obtener la consiguiente real indemnización proporcionada a los daños»⁴⁸³.

También debe citarse la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1959, en la litis establecida entre el inquilino de una vivienda y el propietario como consecuencia de un lanzamiento fraudulento de la misma, por cuanto resume la concepción del daño moral en la jurisprudencia. Sostiene que «no existe acto u omisión causante de daño moral para el demandante, quien no ha probado ni su concurrencia, ni su gravedad, ni la causa que lo origina, ni si afecta a la libertad, salud, honradez, etcétera del perjudicado; y habida cuenta que el concepto de daño moral, y tal y como ha sido perfilado por la jurisprudencia, está constituido por los perjuicios que sin afectar a las cosas materiales, susceptibles de ser tasadas, tanto en su totalidad como parcialmente en los diversos menoscabos que puedan experimentar, se refieren al patrimonio espiritual, a los bienes

⁴⁸² STS de 10 de julio de 1928, ponente D. Martín Perillán (RJ 1928, 128). En el mismo sentido la STS de 19 de mayo de 1934 (RJ 1934, 903): «si bien es cierto que el artículo 1.106 establece la forma normativa para regular los daños y perjuicios, cuando éstos tienen una realidad apreciable de modo material y tangible, no lo es menos que hay otros casos, en que esa apreciación material es de todo punto imposible como sucede cuando de la vida o del honor se trata, y en ellos la valoración no puede descansar en el resultado de una prueba objetiva».

⁴⁸³ STS de 31 de marzo de 1930 (RJ 1930, 816). En el mismo sentido la STS de 25 de junio de 1945 (RJ 1945, 721).

inmateriales de la salud, el honor, la libertad y análogos que son los más estimados y por ello más sensibles, más frágiles y más cuidadosamente guardados»⁴⁸⁴.

En las anteriores resoluciones se observa cómo paulatinamente la jurisprudencia ha ido ampliando el concepto de daño moral. Así, desde sus iniciales referencias al honor y la fama de las personas físicas, ha ido contemplando progresivamente la reputación profesional, el honor mercantil, etc., hasta realizar una referencia genérica al patrimonio espiritual, a los bienes inmateriales de la salud, la libertad, la honradez y otros análogos, que son los más estimados y por ello más sensibles, frágiles y cuidadosamente guardados. Tal amplitud gira en torno a los denominados derechos de la personalidad, lo que llevó a la doctrina a circunscribir el daño moral a la lesión de tales derechos. Así, DÍEZ-PICAZO sostiene que el daño moral debe reducirse «al sufrimiento o perturbación de carácter psicofísico en el ámbito de la persona... no todo sufrimiento psicofísico engendra un daño moral indemnizable, sino..., aquél que es consecuencia de lesiones de derechos de la personalidad»⁴⁸⁵. Por su parte, IGARTUA ARREGUI afirma, de forma muy restringida, que «en términos generales se entiende por daño moral aquél que se deriva de un ataque a los derechos de la personalidad, o mejor dicho, de la privación de aquellos bienes que son primordiales para el hombre (vida, honor, libertad, etc.)»⁴⁸⁶.

El paso de los años ha generado una inclusión cada vez más amplia por parte de la jurisprudencia de lesiones o perjuicios cobijados bajo la denominación de daños morales, que ya incluso desde sus inicios generaba dudas⁴⁸⁷, provocando que los contornos sobre los que se construían tales daños hayan quedado desdibujados y superados⁴⁸⁸, y se exija una reconstrucción de su propio concepto, o, incluso, como aquí se sostiene, la superación de la denominación de daños morales por la más amplia y adecuada a lo que realmente se está indemnizando, de daños no patrimoniales o no pecuniarios, lo que sin duda

⁴⁸⁴ STS de 28 de febrero de 1959, ponente D. Antonio de Vicente Tutor y Guelbenzu (RJ 1959, 1086). En el mismo sentido la STS de 28 de febrero de 1964, ponente D. Manuel Lojo Tato (RJ 1964, 1224).

⁴⁸⁵ DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de...*, *op. cit.*, pp. 328. En el mismo sentido CRISTÓBAL MONTES, A., «El daño...», *op. cit.*, p. 3.

⁴⁸⁶ IGARTUA ARREGUI, F., «Comentario a la Sentencia de 9...», *op. cit.*, p. 1636.

⁴⁸⁷ Como afirma CARRASCO PERERA, A., «la doctrina del resarcimiento del daño moral ha estado mediatizada entre nosotros por –en mi parecer– un insuficiente planteamiento conceptual de la propia institución de que se parte. En efecto, la utilización común de la expresión (francesa) de «daño moral» en lugar de la de «daño no patrimonial» ha oscurecido los perfiles de la cuestión», «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, p. 699.

⁴⁸⁸ Lo que lleva a NIETO ALONSO, A., a afirmar sobre la indemnización del daño moral, que «iniciada su indemnización en el campo de la culpa extracontractual, se amplió su ámbito al contractual... adoptándose una orientación cada vez más amplia, con clara superación de los criterios restrictivos que limitaban su aplicación a la concepción clásica del *pretium doloris* y a los ataques a los derechos de la personalidad», «Daños morales derivados...», *op. cit.*, p. 1116.

también contribuiría a un mayor acercamiento con las nociones del Derecho privado europeo de *non-pecuniary loss*, en el caso de los PECL y de *non-economic loss*, en el del DCFR.

Anteriormente se ha hecho referencia a tres fases de la evolución jurisprudencial del daño moral, a la que debe añadirse una más y, posiblemente en un futuro no muy lejano, una quinta que ponga coto a la en algunos casos desmesurada o desproporcionada indemnización de los daños no patrimoniales, anclando claramente los límites y, por tanto, las nuevas fronteras sobre las que debe construirse una adecuada indemnización de dichos daños, y así evitar y superar el escándalo del daño moral denunciado por el profesor DÍEZ-PICAZO⁴⁸⁹.

La anunciada cuarta fase de la evolución jurisprudencial debe situarse a partir de los años 80, dado que el Tribunal Supremo ha ido cada vez con mayor aceleración ampliando el concepto de daño moral, devorando con el tenedor del daño moral todas aquellas consecuencias patológicas no patrimoniales que derivadas del incumplimiento del contrato. Así, la ya citada sentencia de 31 de mayo de 1983, recaída ésta como consecuencia del derrumbamiento de una casa, que identifica el daño moral con todas las consecuencias que en la esfera personal de los afectados ha tenido «la intempestiva y dramática alteración de la pacífica normalidad de la vida hogareña que los demandantes sufrieron»⁴⁹⁰. Dicha sentencia supone el abandono de la concepción estricta del daño moral que lo identificaba con la violación de los derechos de la personalidad, contemplando ahora todas las consecuencias perjudiciales, representadas por dolores, sufrimientos y padecimientos, con independencia del bien que haya resultado lesionado. En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1996, sostiene que «la acción reparadora del art. 1902 comprende el daño moral, referido hoy día no sólo al ataque a los derechos de la personalidad y si al sufrimiento psíquico que pueda originar la pérdida de bienes materiales»⁴⁹¹. Como una muestra más del criterio aperturista seguido por nuestra jurisprudencia, debe citarse la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2000 que, como consecuencia del retraso de 8 horas de un vuelo, confirma la indemnización de 250.000 pesetas por los daños morales impuesta por la Audiencia Provincial. Sostiene tal resolución que respecto del daño moral se ha ido adoptando «una orientación cada vez más amplia, con clara superación de los criterios restrictivos que limitaban su aplicación a la concepción clásica del “pretium doloris” y los ataques a los derechos de la personalidad. Ciertamente que todavía las hipótesis

⁴⁸⁹ DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *El escándalo...*, *op. cit.*

⁴⁹⁰ STS de 31 de mayo de 1983, ponente D. Cecilio Serena Velloso (RJ 1983, 2956).

⁴⁹¹ STS de 19 de octubre de 1996, ponente D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1996, 7508).

más numerosas se manifiestan en relación con las intromisiones en el honor e intimidad (donde tiene reconocimiento legislativo), los ataques al prestigio profesional, propiedad intelectual (igualmente con regulación legal), responsabilidad sanitaria y culpa extracontractual (accidentes con resultado de lesiones, secuelas y muerte), pero ya se acogen varios supuestos en que es apreciable el criterio aperturista (con fundamento en el criterio de indemnidad), ora en el campo de las relaciones de vecindad o abuso de derecho, ora con causa generatriz en el incumplimiento contractual, lo que, sin embargo, no permite pensar en una generalización de la posibilidad indemnizatoria. La situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico. La reciente jurisprudencia se ha referido a diversas situaciones, entre las que cabe citar el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, impotencia, ansiedad, angustia, la zozobra, como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre, el trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuente, impacto, quebranto o sufrimiento psíquico. El problema concreto que se plantea en el asunto es si tal doctrina es aplicable a la aflicción producida por un retraso en un transporte aéreo. La parte recurrente, con fundamento en la doctrina de las Sentencias de 23 de julio de 1990 y 25 de junio de 1984, que consideran que el daño moral es el impacto o sufrimiento físico o espiritual producido por agresión directa al acervo espiritual, entiende que no procede estimar la pretensión indemnizatoria. Evidentemente, como sostiene la parte recurrente, no pueden derivarse los daños morales de las situaciones de mera molestia, aburrimento, enojo o enfado que suelen originarse como consecuencia de un retraso en un vuelo; y, obviamente también, tiene razón cuando indica que pueden darse hipótesis sujetas a indemnización cuando, durante la espera, los viajeros no han sido debidamente atendidos, o no se les facilita la comunicación con los lugares de destino para paliar las consecuencias del retraso. Pero, con ello, no se agotan todas las posibilidades, pues resulta incuestionable que también deben comprenderse aquellas situaciones en que se produce una aflicción o perturbación de alguna entidad, (sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad influya en la traducción económica), como consecuencia de las horas de tensión, incomodidad y molestia producidas por una demora importante de un vuelo, que carece de justificación alguna».

Justifica el Tribunal Supremo la indemnización de los daños morales por la concurrencia de tres requisitos: «en primer lugar, el retraso fue totalmente injustificado porque obedeció al mero interés particular de la Compañía aérea. No se debió a una de las muchas circunstancias (meteorológicas, seguridad, atribuibles a un tercero, etc.) que pueden explicar una demora, sino a la propia conveniencia de la TWA, de trasladar a Lisboa (donde había de hacer escala el

vuelo Nueva York-Barcelona) un motor para un avión de la misma entidad que estaba averiado en la Capital portuguesa. En segundo lugar, el retraso resultó importante (diez horas según la resolución recurrida). Y en tercer lugar, se dio la situación de afección en la esfera psíquica (como se establece en la Sentencia de la Audiencia), y resulta lógica su generación habida cuenta las circunstancias concurrentes, tanto las que menciona la resolución impugnada, como las que son deducibles de un juicio de notoriedad. Y así, a la tensión, incertidumbre, incomodidad, falta de una explicación razonable de la demora, inquietud por regresar al domicilio después de un viaje de novios, preocupación por la pérdida de un día de trabajo, hay que añadir el haberse producido el hecho en un país extranjero y lejano, la imposibilidad de poder buscar una actuación sustitutiva y la situación de preponderancia, e incluso prepotencia, contractual de la Compañía que, incidiendo en el sinalagma, lo cambia a su comodidad, con desprecio de los intereses de la otra parte, sin sacrificio alguno por la suya»⁴⁹².

Con mayor exhaustividad se han pronunciado otras muchas sentencias del Tribunal Supremo; así la de 22 de febrero de 2001 concibe el daño moral como todas las «categorías anidadas en la esfera del intimismo de la persona», en la que deben comprenderse toda gama de sufrimientos y dolores físicos y psíquicos que haya padecido la víctima a consecuencia del hecho ilícito (o hasta haber sido objeto de ataque a su prestigio o reputación artística); así como cualquier frustración, quebranto o ruptura de los sentimientos, lazos o afectos, soledad, orfandad, etc. Igualmente, la sentencia de 14 de julio de 2006⁴⁹³, a modo de glosario de otras muchas, contempla las posibles situaciones básicas para que pueda darse un daño moral, citando el impacto o sufrimiento o padecimiento psíquico⁴⁹⁴, la impotencia, zozobra, ansiedad, angustia⁴⁹⁵, sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre⁴⁹⁶, impacto, quebrantamiento o sufrimientos psíquicos⁴⁹⁷. También la sentencia de 11 de noviembre de 2003, reconoce que el daño moral «requiere un padecimiento o sufrimiento psíquico y la más reciente doctrina jurisprudencial se ha referido al impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, impotencia, zozobra, angustia, transtorno de ansiedad, impacto emocional, etc.»⁴⁹⁸. La sentencia de 9 de di-

⁴⁹² STS de 31 de mayo de 2000, ponente D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2000, 5089).

⁴⁹³ STS de 14 de julio de 2006, ponente D. Clemente Auger Liñán (RJ 2006, 4965).

⁴⁹⁴ SSTs: de 23 de julio de 1990, ponente D. Jaime Santos Briz, (RJ 1990, 6164); de 22 de mayo de 1995, ponente D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez, (RJ 1995, 4089); de 24 de septiembre de 1999, ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1999, 7272).

⁴⁹⁵ STS de 6 de julio de 1990, ponente D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1990, 5780).

⁴⁹⁶ STS de 22 de mayo de 1995, ponente D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez, (RJ 1995, 4089).

⁴⁹⁷ STS de 2 de julio de 1999, ponente D. Alfonso Villagómez Rodil, (RJ 1999, 4900).

⁴⁹⁸ STS de 11 de noviembre de 2003, ponente D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez (RJ 2003, 8289).

ciembre de 2003, como consecuencia de la expulsión del colegio de un alumno por un supuesto consumo de drogas, afirma que «el daño moral se sustantiviza para referirlo a dolor inferido, sufrimiento, tristeza, desazón o inquietud que afecta a la persona que lo padece. En el caso presente al alumno expulsado por consecuencia de la conducta del colegio, le alcanza situación de descrédito de su imagen ante los compañeros y entorno social, que indudablemente resultó dañada, pues fue desprestigiado de forma evidenciada, máxime si merodeó y se sembró sospecha de consumo de drogas en el recinto colegial, que para nada quedó demostrado, ya que también la sospecha cuenta con suficiente carga para ocasionar daño por sí y repercute en el interesado con estados de sufrimiento, intranquilidad y zozobra, que son fáciles de superar»⁴⁹⁹.

De las sentencias citadas se observa la evolución jurisprudencial indicada, el acentuado carácter consecuencialista que se le otorga al daño moral. En la superación de una concepción del daño circunscrita exclusivamente a los derechos de la personalidad, para ahora incluir todas las consecuencias patológicas no patrimoniales que deriven del incumplimiento, se insiste más que en el objeto que sirve de soporte al daño moral, en las consecuencias que el daño tiene en el patrimonio en sentido *lato* del perjudicado, ya sea en su esfera personal o patrimonial. Ahora, el daño moral se configura como comprensivo de todas aquellas situaciones en que se produce una aflicción o perturbación de alguna entidad. El elenco de consecuencias que el Supremo establece es muy prolija; así establece que son generadoras de daños morales las siguientes: *el impacto o sufrimiento o padecimiento psíquico, la impotencia, zozobra, ansiedad, angustia, sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre, impacto, quebrantamiento o sufrimientos psíquico*.

En consonancia con la jurisprudencia actual sobre el daño moral, lo describen como ya se ha indicado, entre otros, MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU⁵⁰⁰ y PARRA LUCÁN⁵⁰¹.

⁴⁹⁹ STS de 9 de diciembre de 2003, ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 2003, 8643). En el mismo sentido la STS de 15 de junio de 2010, ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2010, 5151).

⁵⁰⁰ MARTÍN CASALS, M., SOLÉ FELIU, J., afirman que el «daño moral se identifica con aquella partida de los daños, de naturaleza no patrimonial, que resulta de la lesión de cualquier interés jurídico, incluso cuando el interés primariamente lesionado tiene naturaleza patrimonial. El daño moral así considerado se refiere a las consecuencias no patrimoniales de un determinado evento dañoso, con independencia de la naturaleza, patrimonial o no patrimonial, del bien, derecho o interés de cuya infracción es consecuencia aquel perjuicio no económico», «Comentario a la STS de 31...», *op. cit.*, p. 252.

⁵⁰¹ PARRA LUCÁN, M.^a A., al describir los daños morales como aquellos «que no tengan consecuencias patrimoniales, sin excluir posibles daños de afección, sentimientos de frustración, o de angustia, o que afectan a la tranquilidad de ánimo, producidos por el incumplimiento, aunque no afecten a alguno de los considerados como bienes de la personalidad y aunque resulten de perjuicios inmediatos a bienes patrimoniales», «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 15...», *op. cit.*, p. 586.

No obstante el esfuerzo aperturista realizado por el Tribunal Supremo, debe objetársele que todas las consecuencias descritas, que engloba bajo la clásica denominación de daños morales, ya no se corresponden en pureza con la expresión tradicional de los mismos, y puesto que presentan la nota común de ser consecuencias no patrimoniales, debería haber abandonado definitivamente dicha denominación por la de daños no patrimoniales o no pecuniarios, para de este modo ser coherentes con lo que se está indemnizando. Por tanto, bajo la expresión daños no patrimoniales quedarían englobadas todas y cada de las lesiones o perjuicios que presentan la nota común de no ser traducibles en una pérdida económica, es decir, el daño corporal, el daño moral en el sentido clásico de *pretium doloris* y cualquier consecuencia perjudicial, ya vengan representadas por dolores, sufrimientos y padecimientos que lesionen la esfera personal, con independencia del bien que haya resultado lesionado.

4.5.8 DELIMITACIÓN CUANTITATIVA Y CUALITATIVA DEL DAÑO NO PATRIMONIAL

Que el concepto de daño no pecuniario es más amplio que el de daño moral se pone de manifiesto claramente en los PECL, que, como ya se ha dicho, incluyen expresamente en su artículo 9:501 la indemnización de las pérdidas no pecuniarias. De una lectura conjunta del tenor literal del artículo, de su Comentario y Notas de Derecho Comparado, se extrae una concepción amplia de tales daños. Bajo la expresión pérdidas no pecuniarias quedan cubiertas, además del daño moral, los corporales y todas aquellas consecuencias patológicas no patrimoniales que deriven del incumplimiento del contrato. Resulta clarificador de que las expresiones daño moral y daño no pecuniario no son sinónimas, que en el Comentario se afirme, en relación con las pérdidas reparables, que «no se limitan a las pérdidas pecuniarias, sino que pueden cubrir también, por ejemplo, daños o sufrimientos, molestias o la carga psicológica o daños morales». Tal vez, los redactores de los PECL hayan tenido presente el arraigo que en algunos sistemas jurídicos europeos tiene la expresión daños morales y, para evitar cualquier género de duda sobre a qué se refieren con la expresión de daños no pecuniarios, los incluyen expresamente, pero junto a otras manifestaciones o consecuencias generadoras de los mismos. Lo anterior pone de manifiesto que los daños morales en el sentido tradicional de la expresión no agotan las pérdidas no pecuniarias, sino que constituyen una partida más dentro del más amplio de daño no pecuniario. Lo mismo que de

los PECL, puede predicarse del DCFR, cuyo artículo III-3:701 trata del daño no patrimonial⁵⁰².

Los problemas relativos al daño no patrimonial ya no giran en torno a su carácter indemnizable, sino en relación a su alcance, a su amplitud. Si hemos concluido que serán indemnizables como daños no patrimoniales todas aquellas consecuencias patológicas no patrimoniales que deriven del incumplimiento del contrato, corresponde plantearnos la delimitación de la característica o características de dichos daños⁵⁰³. Como ha afirmado el profesor LÓPEZ Y LÓPEZ, en relación al tradicional daño moral, que hacemos extensivo al daño no patrimonial, sólo será indemnizable cuando tengan «cierta entidad, y no se confunda con la contrariedad general de la vida a que todos estamos sometidos»⁵⁰⁴. En parecidos términos se pronuncia CARRASCO PERERA, al exponer que «el criterio elegido por la jurisprudencia para discriminar entre lo protegible y lo inerte ha sido el de *la magnitud del impacto emocional* que siempre depende de las más sutiles circunstancias del caso, lo que ha propiciado un casi inevitable casuismo a la hora de decidir si el incumplimiento de un contrato puede producir un daño moral o no patrimonial indemnizable»⁵⁰⁵. El problema se focaliza ahora en cómo determinar qué nivel de entidad o intensidad debe exigirse para transitar de un simple enfado o molestia consustancial a la propia vida a un verdadero perjuicio no patrimonial⁵⁰⁶. Trazar una frontera nítida para distinguir los anteriores impactos de mayor o menor intensidad exige transitar por la jurisprudencia para extraer, si es posible, un criterio general para discernir la cuestión, lo que se presenta difícil, dada la variedad de situaciones que pueden acarrear un daño no patrimonial.

Si tomamos como botón de muestra la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2000⁵⁰⁷, en la misma se sostiene que «la situación básica

⁵⁰² En la misma línea que los textos del Derecho privado europeo citados, el Comentario al art. 2:101 de los PETL se establece que «el Art. 10:301 no define el daño inmaterial, pero como cualquier daño tiene que ser material o inmaterial, se puede concluir que el daño es inmaterial si no comporta una disminución del patrimonio (daño no patrimonial). Consecuentemente, el daño inmaterial puede ser definido como “la pérdida que no es daño en el patrimonio de una persona, en su riqueza o en sus ingresos y que no es, por lo tanto, susceptible de ser cuantificada de algún modo económicamente objetivo por referencia a un mercado”».

⁵⁰³ Como ha sostenido SOLÉ FELIU «parece oportuno sostener como regla de principio la no exclusión de la indemnización de la angustia y de los sufrimientos que derivan del incumplimiento contractual, en coherencia con la solución adoptada por los PECL, los Principios de UNIDROIT y, más reciente, el Art. 8.108(2) del CFR», «El daño moral por...», *op. cit.*, p. 29.

⁵⁰⁴ LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., *Fundamentos de Derecho Civil. Doctrinas generales y bases constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 453.

⁵⁰⁵ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de...*, *op. cit.*, pp. 1231 y 1232.

⁵⁰⁶ Como señala CARRASCO PERERA, A., «no podemos anticipar qué grado de aflicción va a considerarse suficiente para justificar un rescancimiento autónomo y exonerado de la necesidad de la prueba del daño», *Derecho de...*, *op. cit.*, p. 1232.

⁵⁰⁷ STS de 31 de mayo de 2000, ponente D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2000, 5089).

para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico... comprenderse aquellas situaciones en que se produce una aflicción o perturbación de alguna entidad». En dicha resolución se contraponen la «aflicción producida por un retraso en un transporte aéreo» como consecuencia «de las horas de tensión, incomodidad y molestia producidas por una demora importante de un vuelo que carece de justificación alguna» con «las situaciones de mera molestia, aburrimiento, enojo, o enfado que suelen originarse como consecuencia de un retraso de un vuelo». En este caso concreto, como afirma CARRASCO PERERA «son las ocho horas de espera las que marcan el tránsito del fastidio molesto a la aflicción psíquica indemnizable»⁵⁰⁸. El Tribunal Supremo justifica la indemnización del daño moral en la concurrencia de tres requisitos: tratarse de un retraso injustificado, la entidad de las horas de retraso y el impacto psíquico producido en la esfera personal de los viajeros. También se observa en la sentencia, al exponer que «la situación de preponderancia, e incluso prepotencia, contractual de la Compañía que, incidiendo en el sinalagma, lo cambia a su comodidad, con desprecio de los intereses de la otra parte, sin sacrificio alguno por la suya», lo ya denunciado por LÓPEZ Y LÓPEZ de que «a través del supuesto resarcimiento del daño moral, se introduce subrepticamente la figura de los daños punitivos, desconocida en el Derecho español»⁵⁰⁹.

De los tres requisitos de que hace depender el Supremo la tutela del daño moral se pueden extraer las siguientes conclusiones: 1.^a) se requiere un análisis profundo de todas y cada una de las circunstancias que concurren en el caso, es decir, el estudio exhaustivo del *factum*⁵¹⁰. 2.^a) la actitud que el deudor tenga respecto a la situación y el trato dispensado al acreedor. Tal vez si la compañía aérea hubiera atendido correctamente a los pasajeros, ofreciéndoles una adecuada información, la espera en una confortable sala vip o incluso en un hotel cercano al aeropuerto, haberles cambiado el asiento, aun en un vuelo retrasado, en una categoría superior, sus padecimientos se hubieran visto sensiblemente disminuidos. 3.^a) la menor intensidad del retraso. 4.^a) las especiales circunstancias de los viajeros: recuérdese que volvían de un viaje de luna de miel, se encontraban en un país extranjero, la pérdida de un día de trabajo como consecuencia del retraso, etc.

⁵⁰⁸ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de...*, *op. cit.*, nota al pie núm. 197, p. 1232.

⁵⁰⁹ LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., *Fundamentos de Derecho Civil...*, *op. cit.*, p. 454.

⁵¹⁰ Al respecto resulta ilustrativo lo establecido para el daño no patrimonial en el art. 10:301 de los PETL: «(2) *En general, para cuantificar tales daños se tendrán en cuenta todas las circunstancias del caso, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño.*».

Además de las circunstancias anteriores, y realizando una interpretación de las mismas en clave de los postulados de los PECL, puede resultar apropiado para discernir, cuándo nos encontramos ante una afección protegible, el empleo del «criterio de la razonabilidad»; por lo que sólo resultarían indemnizables aquellos impactos no patrimoniales que sufra el acreedor y que superen un test de razonabilidad atendidas todas las circunstancias concurrentes⁵¹¹. Podría concluirse que sería razonable que el acreedor soporte meras molestias, aburrimiento, enojo o enfado; por el contrario, superarían el test de razonabilidad el impacto, sufrimiento o padecimiento psíquico que, dadas todas las circunstancias concurrentes, sufre el pasajero que se encuentra abandonado en un aeropuerto durante un considerable número de horas.

4.5.9 LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL

La existencia del daño moral se encuentra sometida a los criterios generales de fijación por medio de prueba (artículo 299 de la LEC), y a las de tipo objetivo en los casos que proceda. Han de probarse los daños morales «de forma patente e indiscutible», dice la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2006⁵¹², llegando la de 16 de mayo de 2007⁵¹³ a declarar la nulidad de una sentencia por falta de motivación al no haberse probado. La prueba ha de referirse a su existencia, pero también a la determinación causal entre el daño y el agente, que es lo que realmente permite establecer si el daño puede ponerse a cargo del agente, como afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2006⁵¹⁴.

Dada la complejidad que la cuestión plantea por su carácter inmaterial, el tema probatorio ofrece ciertas singularidades, sobre las que el Tribunal Supremo se manifiesta en su sentencia epítome de 31 de mayo de 2000⁵¹⁵, que por su especial importancia transcribimos: «La temática planteada, aunque relacionada con la doctrina general sobre la carga de la prueba, presenta ciertas peculiaridades, sobre todo por la variedad de circunstancias, situaciones o formas (polimorfía) con que puede presentarse el daño moral en la rea-

⁵¹¹ En el DFCR se define el término «reasonable» afirmando: «What is “reasonable” is to be objectively ascertained, having regard to the nature and purpose of what is being done, to the circumstances of the case and to any relevant usages and practices», STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and...*, op. cit., p. 78.

⁵¹² STS de 21 de marzo de 2006, ponente D. Pedro González Poveda (RJ 2006, 1591).

⁵¹³ STS de 16 de mayo de 2007, ponente D. Xavier O’Callaghan Muñoz (RJ 2007, 3111).

⁵¹⁴ STS de 2 de marzo de 2006, ponente D. Vicente Luis Montés Penadés (RJ 2006, 919).

⁵¹⁵ STS de 31 de mayo de 2000, ponente D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2000, 5089).

lidad práctica, y de ello es muestra la jurisprudencia, que aparentemente contradictoria, no lo es si se tienen en cuenta las hipótesis a que se refiere. Así se explica que unas veces se indique que la falta de prueba no basta para rechazar de plano el daño moral (S 21 de octubre 1996. RJ 1996. 7235), o que no es necesaria puntual prueba o exigente demostración (S.15 febrero 1994. RJ 1994. 1308), o que la existencia de aquél no depende de pruebas directas (S. 3 de junio 1991. RJ1991. 4407), en tanto en otras se exija la constatación probatoria (14 diciembre 1993. RJ 1993. 9886), o no se admita la indemnización –compensación o reparación compensatoria– por falta de prueba (S. 19 de octubre de 1996. RJ. 1996. 7508). Lo normal es que no sean precisas pruebas de tipo objetivo (S. 23 de julio 1990. RJ. 1990 6164, 29 enero 1993. RJ. 1993. 515, 9 diciembre 1994. RJ 1994. 9433, y 2121 de junio 1996), sobre todo en relación a su traducción económica, y que haya de estarse a las circunstancias concurrentes, como destacan las sentencias de 29 de enero 1993 y 9 de diciembre de 1994. Cuando el daño moral emane de un daño material (S. 19 octubre 1996), o resulte de unos datos singulares de carácter fáctico, es preciso acreditar la realidad que le sirve de soporte, pero cuando depende de un juicio de valor consecuencia de la propia realidad litigiosa, que justifica la operatividad de la doctrina de la “in re ipsa loquitur”, o cuando se da una situación de notoriedad (SS 15 de febrero de 1994 y 11 de marzo de 2000) no es exigible una concreta actividad probatoria»⁵¹⁶.

Del estudio de la anterior resolución, entendemos que habrá de estarse al minucioso estudio de cada «factum» para intentar saber qué criterio haya de seguirse.

Con independencia de ello, constatamos la admisión, una vez más, de la responsabilidad objetiva con la teoría del «daño desproporcionado», donde por aplicación de la regla «*res ipsa loquitur*» (la cosa habla por sí misma) las conductas se califican como objetivamente responsables ante la producción de un daño, es decir, donde la producción de un evento dañoso normalmente no se produce sino por razón de una conducta negligente de la esfera del demandado, aunque no se conozca el detalle exacto. Se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia, y se corresponde con la doctrina alemana de la «apariencia de prueba» (*Anscheinsbeweis*), y con la francesa de la «prueba virtual» (*faute virtuelle*)⁵¹⁷.

⁵¹⁶ En el mismo sentido la STS de 11 de noviembre de 2003, ponente D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez (RJ 2003, 8289).

⁵¹⁷ Como complementaria *vid.* la STS de 29 de junio de 1999, ponente D. Xavier O’Callaghan Muñoz (RJ, 1999, 4895).

Nos queda por consignar que la carga de la prueba corresponde al sujeto que lo padece (artículo 217.2 de la LEC), con la excepción reseñada en la resolución que hemos transcrito, y de los supuestos contemplados en el ámbito de su aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil de Derechos al Honor, Intimidad Personal y Propia Imagen (BOE de 14 de mayo), que, en el párrafo tercero de su artículo 9, contiene una presunción *iuris et de iure* de su existencia: «*La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima*». Es decir, con la existencia de un hecho, el perjuicio se da por probado.

4.5.10 FIJACIÓN DEL «*QUANTUM*»: CRITERIOS PARA SU CÁLCULO. COMPETENCIA

El *quantum* de la indemnización es una cuestión reservada al juzgador de instancia al que se le otorga libertad para que lleve a cabo la valoración (exceptuando los casos en los que viene regulada en los artículos 316, 319, 326 de la LEC), usando máximas de la experiencia y criterios de equidad e igualdad, y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso⁵¹⁸. Se viene permitiendo por la jurisprudencia reciente⁵¹⁹ que se usen como referencia (no de forma vinculante) los criterios cuantitativos (baremos) para la fijación del *pretium doloris* que periódicamente se incorporan para la fijación de los daños corporales al Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (BOE de 5 de noviembre), por la Disposición Adicional 8.^a de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados (BOE de 9 de noviembre)⁵²⁰. Actualmente la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de Reforma del Sistema para la Valoración de los Daños y Perjuicios causados a las Personas en Accidentes de Circulación (BOE de 23 de septiembre), que modifica el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, deroga su sistema de valoración y aprueba uno nuevo en vigor desde el día 1 de enero de 2016.

Si bien es cierto que el Tribunal Supremo se mostró inicialmente renuente a aplicar el referido sistema como orientativo en otros ámbitos de la respon-

⁵¹⁸ STS de 4 de febrero de 2005, ponente D. Román García Varela (RJ 2005, 915).

⁵¹⁹ SSTs de 20 de febrero de 2008, ponente Francisco Marín Castán (RJ 2008, 2671); de 2 de julio de 2008, ponente D. José Antonio Seijas Quintana (RJ 2008, 4276); de 9 de marzo de 2010, ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2010, 3783).

⁵²⁰ Derogada por la disposición derogatoria única a) del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (BOE de 5 de noviembre).

sabilidad civil, no lo es menos que la doctrina más reciente admite sin problemas que pueda ser uno de los criterios de referencia para los jueces y tribunales de instancia⁵²¹. La sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2008⁵²², hace especial hincapié en su carácter orientativo respecto de la cuantificación del quebranto en un hecho no relacionado con la circulación⁵²³.

Aunque, en principio, el uso de tales baremos, en especial el que rige respecto de los daños corporales, pudiera servir como criterio de aproximación para obtener una no discriminada ni arbitraria indemnización, y que de hecho su uso ha venido a resolver problemas en los accidentes de circulación respecto de los daños corporales, tanto ellos, como otros que pudieran crearse para la indemnización de los daños morales, conllevarían casi siempre la dificultad de no lograr la justa correspondencia entre el daño moral como tal y la indemnización pecuniaria, por el escollo casi insalvable de intentar traducir en términos económicos el sufrimiento en el que el daño moral esencialmente consiste. No obstante, la introducción de baremos por vía legislativa podría parecer lo más acertado, siempre que los mismos fueran fijados por sectores de la vida social y económica y a la vista de sus peculiaridades. En este sentido, ya las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2005⁵²⁴ y 10 de febrero de 2006⁵²⁵ lo han venido aconsejando respecto a la responsabilidad médica, y de hecho, el párrafo tres del artículo 9 de la LOPDH, aparte de la importante novedad de introducir la presunción de la existencia del perjuicio una vez acreditada la intromisión ilegítima, establece que el daño moral se valorará atendiendo las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo cual se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido.

Los criterios que legalmente pudieran introducirse podrían intentar homogeneizar la apreciación del daño por los tribunales. En la actualidad, la fijación queda al prudente arbitrio de los jueces, atendiendo caso por caso (desechado que el daño moral sea igual para todas las víctimas), la consideración de la gravedad del daño y las circunstancias concurrentes, gravedad de la lesión producida, beneficio producido en el causante de la lesión, la propia conducta del perjudicado, atendiendo, como ya señalamos, a criterios de equidad e igualdad, y dentro de cánones de la proporción y la razonabilidad. Los crite-

⁵²¹ STS de 20 de febrero de 2008, ponente D. Francisco Marín Castán (RJ 2008, 2671).

⁵²² STS de 2 de julio de 2008, ponente D. José Antonio Seijas Quintana (RJ 2008, 4276).

⁵²³ En el mismo sentido, entre otras, la STS de 9 de marzo de 2010, ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2010, 3787).

⁵²⁴ STS de 21 de diciembre de 2005, ponente José Antonio Seijas Quintana (RJ 2005, 10149).

⁵²⁵ STS de 10 de febrero de 2006, ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2006, 674).

rios que, como decimos, legalmente pudieran introducirse, al menos de forma indicativa, podrían servir para lograr una homogeneidad en la apreciación por las resoluciones judiciales, ya que, en la práctica, suelen concurrir resoluciones distintas en casos análogos. Esto último, denunciado por la doctrina, tiene especial referencia en los propios y concretos asuntos que han servido a DÍEZ-PICAZO para afirmar que «tiene la impresión de que, en los últimos tiempos, se han ido produciendo –o se están produciendo– decisiones de los tribunales en que la figura del daño moral se ha aplicado –o se aplica– con escasa coherencia»⁵²⁶.

Por otra parte, hay que decir que, siendo la apreciación del daño una cuestión de hecho reservada a la exclusiva soberanía del Tribunal de Instancia⁵²⁷, las indemnizaciones fijadas, en consecuencia, no son revisables en casación, a no ser que se hayan alterado las bases fácticas tenidas en cuenta para su señalamiento, se incurra en flagrantes contradicciones o resultados aritméticos que pugnen con los datos de constatación del evento dañoso, o adolezcan de irrazonable desproporción de la cuantía fijada, o desajustes acusados a una racionalidad media⁵²⁸. La impugnación habrá de ser encausada por vía de infracción de ley o error en la valoración probatoria⁵²⁹. También, en este punto, hemos de advertir que, en cierta medida, queda un poco en el aire la alteración del *quantum* que pueda llevarse a cabo por el Tribunal Supremo, ya que, en nuestro recorrido por sus resoluciones, hemos observado que para su valoración sobre los criterios de «desproporción», «desajuste» o «racionalidad media» en que hayan podido incurrir los juzgadores de instancia, no se usa siempre la misma vara de medir. Es decir, que el propio Tribunal Suprem, mantiene diferentes opiniones sobre la cuantificación debido a la discrecionalidad en la valoración del *quantum*⁵³⁰. En este sentido, ha afirmado BARRIENTOS ZAMORANO que «cómo el tribunal llegó a la fijación de la suma a la que alcanza la

⁵²⁶ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *El escándalo...*, op. cit., p. 1.

⁵²⁷ SSTS de 9 de febrero de 1987, ponente D. Cecilio Serena Velloso (RJ 1987, 692); de 23 de febrero de 1989, ponente D. Alfonso Barcala Trillo-Figueroa (RJ 1989, 1250); de 12 de septiembre de 1996, ponente D. Francisco Morales Morales (RJ 1996, 6561); de 29 de septiembre de 1997, ponente D. Pedro González Poveda (RJ 1997, 8460).

⁵²⁸ SSTS de 4 de julio de 1991, ponente D. José Luis Albarca López (RJ 1991, 5324); de 15 de junio de 1992, ponente D. José Luis Albarca López (RJ 1992, 5138); de 26 de junio de 2003, ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 2003, 5960); de 9 de julio de 2003, ponente D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (RJ 2003, 4617); de 2 de abril de 2004, ponente D. Clemente Auger Liñán (RJ 2004, 2607); de 21 de abril de 2005, ponente D. Clemente Auger Liñán (RJ 2005, 4133).

⁵²⁹ STS de 31 de enero de 1980, ponente D. José Beltran de Heredia y Castaño (RJ 1980, 175).

⁵³⁰ SSTS de 1 de febrero de 2005, ponente D. José Almagro Nosete (RJ 2005, 1749); de 28 de abril de 2005, ponente D. Román García Varela (2005, 3646) y de 28 de marzo de 2005, ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 2005, 2614).

indemnización es de los enigmas procesales y sustantivos que las partes generalmente nunca resolverán con la sentencia»⁵³¹.

4.5.11 LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL: ¿PENA O COMPENSACIÓN? «EL PRETIUM DOLORIS»

La naturaleza de la reparación o función que cumple el dinero a cuyo pago ha sido condenado el autor de un daño, divide también a la doctrina⁵³² en el sentido de que hay quien entiende que cumple una función punitiva, mientras que para otros, es compensatoria; incluso, existe un sector que sostiene que cumple ambas funciones, punitiva para el causante del daño, y resarcitoria, para la persona que lo sufre.

Los que mantienen una función punitiva⁵³³ parten de la equivalencia que ha de darse entre el daño y el dinero pagado, y ello es prácticamente imposible, por lo que la indemnización no es una compensación, sino un castigo al causante⁵³⁴. Desde este punto de vista, la indemnización es una sanción privada que se impone a su causante, y más que perseguir la reconstrucción del daño, su eliminación, lo que hace es infligir un castigo al que lo genera⁵³⁵. Así, RO-

⁵³¹ BARRIENTOS ZAMORANO, M., *El resarcimiento por...*, *op. cit.*, p. 486. *Vid.*, también las pp. 486 a 493.

⁵³² Sobre la función o funciones que cumpla la indemnización del daño moral, *vid.*, entre otros: ÁLVAREZ VIGARAY, R., «La responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 90 a 95; BARRIENTOS ZAMORANO, M., *El resarcimiento por...*, *op. cit.*, pp. 51 a 64; CARRASCO PERERA, A., *Derecho de...*, *op. cit.*, pp. 1234 a 1236; GARCÍA LÓPEZ, R., *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 113 a 133; GARCÍA SERRANO, F. DE A., «El daño moral...», *op. cit.*, pp. 830 a 841; NAVEIRA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, pp. 219 a 226.

⁵³³ Respecto a la función punitiva del resarcimiento del daño, sostiene SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.^a P., que «no creemos que yerren completamente los que afirman que, pese a que en nuestro Ordenamiento no se reconocen los daños punitivos, la utilización real de la condena a indemnizar los daños morales recuerda en muchos casos... que los Tribunales civiles no pueden sustraerse del todo a la tentación de castigar lo que rechazan», «El daño moral. Una aproximación a su configuración jurídica», *Revista de Derecho Privado*, 2006, p. 43.

⁵³⁴ Frente al sector de la doctrina que defiende una función punitiva de la reparación del daño moral amparándose para ello en la falta de equivalencia entre el daño sufrido y la suma pecuniaria obtenida para su reparación, alega con acierto NAVEIRA ZARRA, M.M. que la función compensatoria «no exige una estricta correspondencia entre el daño extrapatrimonial causado y la cuantía indemnizatoria, por lo que ha de entenderse que tampoco es precisa ni posible la exacta equivalencia cuando lo que se comparan son sufrimientos y goces, entidades totalmente heterogéneas y subjetivas. Además debemos insistir, de nuevo, en que reparar no es borrar el perjuicio. Eso no se lograría por muy perfecta que fuese la reparación pues el daño nunca puede eliminarse de la realidad histórica en la que existió. Por el contrario, dirigiéndose la reparación a compensar el daño y siendo imposible una objetiva valoración pecuniaria del perjuicio extrapatrimonial, bastará con que la cantidad fijada a modo de indemnización sea la que razonablemente se estime adecuada para un hombre medio situado hipotéticamente en las circunstancias concurrentes en el caso concreto, al margen, por tanto, de sus particulares recursos económicos», *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, pp. 222.

⁵³⁵ Coincidimos con GARCÍA SERRANO, F. DE A., en relación con los argumentos que impiden atribuir en nuestro Derecho una función punitiva a la reparación del daño moral, «El daño moral...», *op. cit.*, pp. 835 a 838.

CES⁵³⁶ señala que «en la mayor parte de los casos, estas mal llamadas “indemnizaciones” presentan un señalado matiz penal, pues con ellas pretenden sancionarse ataques que envuelven intolerables faltas contra la “sociedad civilizada”... y proteger “bienes sociales de gran estima”»⁵³⁷.

Los partidarios de la función compensatoria, que consideramos acertada, arguyen que la cantidad entregada en concepto de indemnización puede proporcionar a la víctima la posibilidad de otros goces que atenúan el daño sufrido⁵³⁸. En tal sentido, GARCÍA SERRANO señala que «si como afirma Ihering, las funciones pensables que puede desempeñar la condena de una cantidad de dinero son las de pena, la de resarcimiento por equivalencia y la de reparación por compensación, una vez descartadas las dos primeras, parece que la función compensatoria o satisfactoria es la única que nos queda, y es además, la que menos inadecuada resulta»⁵³⁹. A la corriente compensatoria del daño moral se adscribe YZQUIERDO TOLSADA, sosteniendo que «la indemnización no puede cumplir una función punitiva ni meramente declarativa de derechos. Pero tampoco pensemos que su contenido es verdaderamente resarcitorio: el dinero no puede aquí resarcir, como dijo la sentencia de 1912. Pero ese dinero del “dolor” (“*Schmerzensgeld*”), si no hace la felicidad, en algo ayuda. Lo más correcto es dar a la indemnización, si no un carácter propiamente indemnizatorio (pues no deja indemne a la víctima), sí *compensatorio*»⁵⁴⁰. Por su parte, NAVEIRA ZARRA⁵⁴¹, tomando como punto de partida un concep-

⁵³⁶ ROCES, W., «Breves acotaciones...», *op. cit.*, p. 298.

⁵³⁷ En la doctrina italiana, BIANCA, C.M. sostiene una concepción compensatoria del daño, y critica la pretendida función punitiva, e indica que «una diffusa opinione assegna al risarcimento del danno non patrimoniale una funzione in tutto o in parte punitiva. Questa opinione non può essere condivisa poichè il riferimento normativo al “risarcimento” sta a significare che il rimedio è estraneo al tema delle punizioni, riservato al diritto penale. Anche la funzione del risarcimento dei danni non patrimoniali é quella di compensare la vittima per i danni sofferti, non quella di imporre una sanzione afflittiva», *Diritto Civile...*, *op. cit.*, p. 173.

⁵³⁸ Afirma NAVEIRA ZARRA, M.M. que «esta función de compensación del dinero se desarrolló, sobre todo, en relación con los perjuicios extrapatrimoniales, debido a la ineptitud de éstos para ser valorados en términos pecuniarios, circunstancia ésta que hace imposible el establecimiento de cualquier equivalencia entre el daño causado y una suma de dinero. Es este hecho el que lleva a los MAZEAUD a afirmar que el término “reparar”, en lugar de ser entendido en el sentido de borrar el perjuicio, en cuanto que éste es imborrable, debe ser interpretado con el significado más correcto de “colocar a la víctima en condiciones de procurarse un equivalente”, entendiendo la noción de equivalente en sentido amplio, sin que suponga, por tanto, la exigencia de una estricta correspondencia cuantitativa y cualitativa entre el dinero entregado en concepto de indemnización y el interés dañado –correspondencia ésta que no se podría alcanzar en los supuestos de daños no patrimoniales y ni siquiera en algunos casos de perjuicios materiales–, sino con el significado más extenso de que esa suma pecuniaria permita al dañado procurarse satisfacciones que le sirvan de compensación o contrapeso al daño sufrido», *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, pp. 220 y 221.

⁵³⁹ GARCÍA SERRANO, F. DE A., «El daño moral...», *op. cit.*, pp. 838 y 839.

⁵⁴⁰ YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, p. 164.

⁵⁴¹ NAVEIRA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, pp. 219 a 226.

to amplio de la reparación por equivalente, afirma que «la reparación por equivalente consiste en la entrega al perjudicado de una suma de dinero. Esa suma, en el caso de perjuicios patrimoniales, debe ser equivalente al valor o entidad económica del daño sufrido, mientras que tratándose de perjuicios extrapatrimoniales ha de resultar suficiente o apta para compensar el daño soportado por el perjudicado. Así pues, resulta que la reparación por equivalente se concreta siempre en una obligación de dar de contenido pecuniario, que proporciona al sujeto dañado, no el mismo interés o utilidad de que se ha visto privado a consecuencia del evento dañoso, sino un interés o utilidad diferente (dinero), por lo que se afirma que este tipo de reparación desempeña o cumple una función de compensación»⁵⁴². Por último, debemos indicar cómo DÍEZ-PICAZO, no apartándose de la función compensatoria, puesto que señala que «la víctima del perjuicio moral padece dolores, y la reparación sirve para restablecer el equilibrio roto (*pretium doloris*), pudiendo, gracias al dinero, según sus gustos y temperamento, procurarse sensaciones agradables, que vendrán a contrapesar las dolorosas o desagradables, o más bien revisitando la reparación acordada al lesionado, la forma de una reparación satisfactoria puesta a cargo del responsable del perjuicio moral, en vez del equivalente del sufrimiento moral»⁵⁴³, advierte que la falta de uniformidad de nuestra jurisprudencia provoca en no pocas ocasiones que «al lado de lo que puede ser estrictamente indemnización por daño moral, se colocan criterios en que se encuentra larvada la idea de daños punitivos»⁵⁴⁴.

Partiendo de la base de la finalidad compensatoria, se ha desarrollado la «teoría de la superación» que tiene como principal valedor en nuestro país al profesor MARTÍN CASALS⁵⁴⁵. Afirma que la función que se persigue mediante la suma pecuniaria obtenida por la indemnización del daño moral «es ofrecer unos bienes de diferentes características, que respondan a unos efectos totalmente diferentes y que proporcionan diferentes satisfacciones. Debe servir de medio para posibilitar al dañado perseguir otros fines que le dejen en una situación que, aunque sea diferente de la existente “ex ante”, sea tan favorable

⁵⁴² En similares términos DE CUPIS, A., *El Daño. Teoría...*, op. cit., p. 327.

⁵⁴³ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, V...*, op. cit., p. 120.

⁵⁴⁴ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de...*, op. cit., p. 240. En la misma línea LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., advierte que «a través del supuesto resarcimiento del daño moral, se introduce subrepticamente la figura de los daños punitivos, desconocida en el Derecho español», *Fundamentos de Derecho...*, op. cit., p. 454.

⁵⁴⁵ MARTÍN CASALS, M., «Notas sobre la indemnización por daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982», en AA. VV., *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, tomo II, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1238 a 1242.

como aquella»⁵⁴⁶. Mediante la compensación en dinero, no se pretende situar al perjudicado en una posición patrimonial mejor a la que tenía antes de producirse el daño, sino a superar los daños morales padecidos mediante la obtención de unos bienes de diferentes características que, reportándole satisfacciones diferentes, le permitan paliar o superar las sufridas anteriormente⁵⁴⁷. En la misma línea se posiciona LÓPEZ Y LÓPEZ afirmando que «la indemnización en el daño moral lo que hace es ofrecer al perjudicado unos bienes de diferentes características a los lesionados, y que pueden proporcionar a la víctima la satisfacción de deseos o satisfacciones distintos a los irreparables perdidos, pero que le proporcionan un conjunto de sensaciones o satisfacciones agradables que vengan a equilibrar en el futuro las desagradables consecuencias padecidas en el pasado»⁵⁴⁸.

Otro sector de la doctrina defiende que la reparación del daño moral cumple una doble función: de una parte, compensatoria para la víctima, y de otra, como castigo o sanción privada. En dicha postura se sitúa SANTOS BRIZ, afirmando que «la condena en dinero por haber estimado la realidad del daño moral tiene tanto de punitiva como de compensatoria, con lo cual ambos aspectos de pena e indemnización no son incompatibles y pueden tenerse en cuenta para determinar la cuantía de aquella»⁵⁴⁹. En la misma línea, ÁLVAREZ VIGARAY⁵⁵⁰, quien señala que «no hay inconveniente en conciliar estas dos funciones que se le asignan a la reparación del daño moral, y decir que la función del resarcimiento del daño moral es al mismo tiempo la de compensación que se concede a la persona damnificada por el perjuicio que se le ha causado, y la de pena privada impuesta al responsable del daño, que al sancionar la conducta dañosa, constituye una forma de protección de los bienes de la persona contra los ataques y lesiones a los mismos»⁵⁵¹. Esta postura ha sido criticada por GARCÍA SERRANO, que la denomina función mixta de la reparación, afirmando que «no parece defendible, porque si una forma pura explica suficientemente el cometido y las peculiaridades del dinero de dolor, ocioso resulta recurrir a formas híbridas»⁵⁵².

⁵⁴⁶ MARTÍN CASALS, M., «Notas sobre la...», *op. cit.*, p. 1238.

⁵⁴⁷ *Ult. op. cit.*, p. 1242.

⁵⁴⁸ LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., *Fundamentos de Derecho Civil...*, *op. cit.*, p. 456.

⁵⁴⁹ SANTOS BRIZ, J., *Derecho de...*, *op. cit.*, pp. 147 y 148.

⁵⁵⁰ ÁLVAREZ VIGARAY, R., «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 95.

⁵⁵¹ En el mismo sentido MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, L., expone que «no se puede reparar con dinero algo que, en su naturaleza, no es así evaluable. La solución viene de la conjunción que dentro de la llamada «indemnizabilidad» de ese daño moral, distingue entre el efecto punitivo para su autor a modo de pena por su transgresión y el efecto resarcitorio para el así dañado, evaluado razonablemente en un baremo de socialidad, homologado», «El daño moral: sus manifestaciones en el derecho español», *Diario la Ley*, de 29 de julio de 2008, número 6999, (LA LEY 38695/2008), p. 4.

⁵⁵² GARCÍA SERRANO, F. DE A., «El daño moral...», *op. cit.*, p. 839.

Nuestro Tribunal Supremo ha rechazado que la reparación tenga un carácter punitivo de la conducta del causante del daño. Así, entre otras, las sentencias: de 23 de junio de 1993⁵⁵³, en la que, como consecuencia de las lesiones ocasionadas en el ojo de una persona por la explosión de una botella de cerveza, afirma que «ni ha habido tampoco quebrantamiento de la presunción de inocencia, aplicable sólo en vía sancionatoria, pero no al ámbito de las obligaciones civiles nacidas de responsabilidades también civiles porque el responder del daño no es sanción, sino reparación»; la de 19 de diciembre de 2005⁵⁵⁴, en relación al litigio planteado con ocasión de la resolución unilateral de un contrato de agencia, en la que el Tribunal argumenta que «la indemnización por daños ha de comprender el daño emergente y el lucro cesante, pero teniendo la indemnidad del perjudicado como límite del resarcimiento..., pero no procurar una ganancia o un enriquecimiento al perjudicado. De modo, pues, que se reparan los daños efectivamente sufridos, ya que no conoce nuestro Derecho los llamados “daños punitivos” ni tiene ahora función la idea de una “pena privada”»⁵⁵⁵.

La función compensatoria del dinero es la generalmente admitida por nuestra jurisprudencia, quien, en sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1962, dice que «la víctima del perjuicio padece dolores, y la reparación sirve para restablecer el equilibrio roto («pretium doloris»), pudiendo gracias al dinero, según sus gustos y temperamento, procurar procurarse sensaciones agradables o, más bien, revistiendo la reparación acordada al lesionado la forma de una reparación satisfactoria puesta a cargo del responsable del perjuicio moral»⁵⁵⁶. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2003 declara que «lo que se trata precisamente no es de llevar a cabo una reparación en el patrimonio, sino de contribuir de alguna manera a sobrellevar el dolor y la angustia de las personas perjudicadas por el actuar injusto, abusivo o ilegal de otro»⁵⁵⁷.

De tal manera surge el *pretium doloris* como concepto autónomo para asumir el *quantum* fijado para los daños morales, para que pueda hacerse efectivo el principio de íntegra reparación del daño que se configura como independiente del resto de los daños originados por el hecho.

⁵⁵³ STS de 23 de junio de 1993, ponente D. Antonio Gullón Ballesteros (RJ 1993, 5380).

⁵⁵⁴ STS de 19 de diciembre de 2005, ponente D. Vicente Luis Montés Penadés (RJ 2006, 295).

⁵⁵⁵ Con el mismo rechazo a los daños punitivos se muestra la STS de 12 de enero de 2009, ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2009, 544), al afirmar que «habida cuenta de que la aplicación del Derecho español establece un marco contractual determinado desde la perspectiva de la valoración del daño (pues se excluyen los daños punitivos, admisibles en el Derecho de los Estados Unidos de América)».

⁵⁵⁶ STS de 7 de febrero de 1962, ponente D. Francisco Bonet Ramón (RJ 1962, 672).

⁵⁵⁷ STS de 9 de diciembre de 2003, ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 2003, 8643).

Como se ha expuesto, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia sostienen una función compensatoria de la indemnización del daño moral. Que la suma pecuniaria sirva para obtener otras satisfacciones, sensaciones agradables o le ayuden a superar el trance que le ha producido el daño, no son más que efectos que la compensación produce en el sujeto, pero que en nada desvirtúan la principal función compensatoria.

Por último, no apartándonos de la principal función compensatoria, hay que advertir que la reparación del daño moral, en determinados supuestos, parece adoptar otras funciones, a las que podríamos denominar secundarias o accesorias. Así, LÓPEZ Y LÓPEZ⁵⁵⁸ afirma que en la reparación del daño moral «se agazapa la posible confluencia en el mismo de las tres funciones que se adjudican a la responsabilidad civil, es decir la compensación, la punición y la disuación... nuestro sistema es reparatorio o compensatorio puro, pero ello no le priva de un cierto elemento punitivo. En todo caso,... hay que extremar los cuidados para que a través del daño moral no se produzca una sustancial alteración de la institución de la responsabilidad». Por su parte, CARRASCO PERERA afirma que de la doctrina jurisprudencial en torno al daño moral se extrae que su reparación se emplea con cuatro finalidades: «para evitar la infracompensación del daño... desempeñando larvadamente funciones punitivas... desempeñando en Derecho español funciones que en otros sistemas cumplen los daños *puramente nominales*... para indemnizar por daños que posible o probablemente podrían haber sido evitados con una conducta lícita alternativa del deudor, sin que sea seguro que ello ocurriría; lo que no se puede ya saber es si el daño se habría realizado igualmente de haberse omitido la conducta incumplidora»⁵⁵⁹.

4.5.12 LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN FORMA ESPECÍFICA O «IN NATURA»

En teoría⁵⁶⁰ es la forma más idónea para restablecer el menoscabo sufrido en el patrimonio moral y afectivo del sujeto dañado⁵⁶¹. De la mano de GARCÍA

⁵⁵⁸ LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., Fundamentos de Derecho Civil..., op. cit., p. 456.

⁵⁵⁹ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de...*, op. cit., pp. 1235 y 1236.

⁵⁶⁰ Sobre la reparación *in natura* de los daños, afirma LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., que «sin mucha meditación se suele afirmar que la reparación *in natura* o en forma específica debe prevalecer sobre la indemnización pecuniaria de los daños y perjuicios. Hace ya algunos años CAPILLA demostró que este modo de ver las cosas es falso para la responsabilidad derivada del crédito, resultando en la práctica la prevalencia de la indemnización de daños y perjuicios», *Fundamentos de Derecho Civil...*, op. cit., p. 454.

⁵⁶¹ Al respecto afirma NAVEIRA ZARRA, M.M., que «desde el momento en que la reparación *in natura* procura al dañado la misma utilidad de la que fue privado a consecuencia del hecho dañoso, se

SERRANO⁵⁶² podemos decir que la reparación en forma específica es al daño moral lo que el resarcimiento al daño patrimonial. Sin embargo, en la práctica los problemas surgen, porque en la mayoría de los casos no es posible, es excesivamente onerosa, o es insuficiente⁵⁶³, y en este último supuesto, la diferencia podría realizarse con dinero (que la sustituye) que compensara el desequilibrio entre el daño-reparación en específico⁵⁶⁴. Dicho autor recoge una cita de Santo Tomás que nos ha parecido de interés reseñar: «cuando lo que se quitó no se puede restituir por algo igual, se deberá compensar como sea posible, en dinero o en algún honor, considerando la condición de las personas según el arbitrio de hombres buenos»⁵⁶⁵.

En nuestra jurisprudencia encontramos alusiones a «hacer cesar la ofensa», «la pública retractación», «suprimir el medio en que el acto injurioso se haya realizado», «publicación total o parcial de una sentencia condenatoria», que suelen producirse en temas de honor y descrédito⁵⁶⁶.

En los PECL, el artículo 9:502, al disponer que «la indemnización por daños y perjuicios consiste en general en un importe que coloque a la parte perjudicada en una posición lo más próxima posible a la que hubiera disfrutado de haberse ejecutado correctamente los términos del contrato», le concede una clara preferencia a la reparación del daño mediante la entrega de una suma de dinero. No obstante ello, no le otorga la exclusiva a la reparación del daño mediante una prestación económica, puesto que emplea la expresión «*consiste*

puede afirmar que esa forma de resarcimiento es la más adecuada para alcanzar o satisfacer el fin ideal de la reparación, que no es otro que colocar al sujeto perjudicado en una situación lo más parecida posible a aquella en la que se encontraría en ausencia del evento dañoso», *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, p. 241.

⁵⁶² GARCÍA SERRANO, F. DE A., «El daño moral...», *op. cit.*, p. 844.

⁵⁶³ Señala DE CUPIS, A., que «la reintegración en forma específica resulta insuficiente cuando queda un residuo entre la situación creada por ella y la anterior a la producción del daño, como lo muestra la reparación de la cosa deteriorada que no ha sido hecha debidamente y que no reconstruye totalmente el valor precedente de la cosa. Este resto o residuo no puede ser colmado más que mediante el dinero, o sea, con la reparación por equivalente», *El Daño. Teoría...*, *op. cit.*, pp. 831 y 832.

⁵⁶⁴ Sobre los distintos inconvenientes o desventajas de la reparación *in natura*, *vid.*, entre otros: DE CUPIS, A., *El Daño. Teoría...*, *op. cit.*, pp. 831 a 834; FISCHER, H.A., *Los Daños Civiles...*, *op. cit.*, pp. 133 y 134; NAVEIRA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, pp. 241 a 253. No obstante los inconvenientes que en la práctica presenta la reparación *in natura*, en relación con la lesión de los derechos de la personalidad o de los derechos fundamentales, MARTÍN CASALS, M., SOLÉ FELIU, J., afirman que «a menudo, la protección de estos derechos podrá llevarse a cabo de manera más eficaz, al menos parcialmente, combinando la indemnización con otras medidas como la rectificación de una noticia, la retirada del material lesivo u otros mecanismos dirigidos a que cese la intromisión y a que no se vuelva a producir de nuevo», «El daño...», *op. cit.*, p. 872.

⁵⁶⁵ GARCÍA SERRANO, F. DE A., «El daño moral...», *op. cit.*, p. 834.

⁵⁶⁶ SSTS de 5 de julio de 2004, ponente D. Francisco Marín Castán (RJ 2004, 4938); de 15 de julio de 2010, ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2010, 6049); de 10 de noviembre de 2010, ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2010, 8037) y de 9 de febrero de 2012, ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2012, 4628).

en general en un importe». Lo anterior se justificaría, siguiendo a CAPILLA RONCERO, en que pueden existir determinados tipos de daños «en los que ciertamente parece posible, e incluso obligado, admitir esa forma de reparación *in natura*. Así, cuando como consecuencia del incumplimiento de una obligación resulten dañados el honor, intimidad, o imagen del acreedor... parece necesario reconocer amplio ámbito de actuación a la regla de la responsabilidad *in natura*, pues no tendría sentido restringir su juego exclusivamente al campo de la responsabilidad extracontractual»⁵⁶⁷.

4.5.13 LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL COMO DEUDA DE VALOR

A efectos prácticos, hemos de dejar constancia de que la cantidad a que se contrae la indemnización de daños morales se trata de una «deuda de valor»⁵⁶⁸. Sostiene la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1992 que «cuando se producen circunstancias especiales, cuales son entre otras, las del transcurso de un excesivamente largo periodo de tiempo entre la producción del daño y su efectiva reparación, así como la de que durante el mismo se haya producido una notoria desvalorización del dinero, como consecuencia de una notable inflación, pueda ser calificada la deuda en que consiste la indemnización como deuda de valor, con la evidente intención que las aludidas causas conviertan en inadecuada al montante declarado, la indemnización efectivamente percibida»⁵⁶⁹. Por su parte, el artículo 134 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias («BOE» de 30 de noviembre), establece que «*el beneficiario de las indemnizaciones, tiene derecho a una compensación, sobre la cuantía de la indemnización, por los daños contractuales y extracontractuales*

⁵⁶⁷ CAPILLA RONCERO, F., *La Responsabilidad patrimonial...*, op. cit., p. 55.

⁵⁶⁸ Como sostiene CARRASCO PERERA, A., «según la jurisprudencia hoy asentada, la obligación de reparar los daños y perjuicios no es una deuda de dinero simple, sino una *deuda de valor*, cuya cuantía ha de determinarse no en la fecha de producción del daño, sino en la fecha de su fijación procesal o, en su caso, en la fecha posterior en que se liquide su importe en período de ejecución de sentencia; de manera que el acreedor haya de recibir una cantidad de dinero que, atendiendo el valor adquisitivo que tenga la moneda en la fecha de la última actuación procesal, sea bastante para compensarle el quebranto sufrido. Sin embargo, esta doctrina tiene que ser concretada según la suerte de la obligación infringida... Si el Derecho de daños ha de cumplir una función compensatoria, y procurar situar al acreedor en la misma posición en la que se hallaría de no haberse incumplido la obligación, no cabe más remedio que aceptar que el valor del bien cuyo ingreso o reingreso en el patrimonio del acreedor no se ha hecho posible, deberá calcularse al que tenga en día de la última actuación procesal», «Comentario a los artículos 1101...», op. cit., pp. 704 y 705.

⁵⁶⁹ STS de 15 de junio de 1992, ponente D. José Luis Albácar Lopez (RJ 1992, 5138).

durante el tiempo que transcurra desde la declaración judicial de responsabilidad hasta su pago efectivo».

4.5.14 REFLEJO DEL DAÑO MORAL EN EL DERECHO POSITIVO ESPAÑOL

Dentro de esa orfandad legislativa que hemos venido constatando sobre normas generales atinentes al daño moral, con el tiempo han ido apareciendo disposiciones, en sectores concretos, que vienen a contemplarlo. De forma sucinta nos referimos a ellas a continuación⁵⁷⁰.

Ya hemos consignado algunos de los puntos más importantes de la LOPDH, a saber, la presunción *iuris et de iure* consagrada en su artículo 9.3, así como, en el mismo precepto y apartado, un sistema de valoración («... *atendiendo a las circunstancias del caso, y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido*»; y la posibilidad (artículo 4) de la designación testamentaria para el ejercicio de las acciones, y ello, con independencia del llamamiento (en el caso de fallecimiento sin haber podido ejercitar la acción, o no hubiera hecho designación testamentaria, o hubiera fallecido la persona designada) que se hace a través del apartado 2 del artículo 4 al cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos. Y, finalmente, y a falta de éstos (párrafo 3.º del mismo precepto), el ejercicio de la acción de protección corresponderá al Ministerio Fiscal. Por último, la función compensatoria viene recogida en el artículo 9.2, donde, tras declarar el restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, dicho restablecimiento incluirá –lo que entendemos una restitución «in natura»– la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida⁵⁷¹.

En materia de Propiedad Intelectual, el daño moral del autor se encuentra recogido en el artículo 140.2.a del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobada por Ley 22/1987, de 11 noviembre, que regulariza, aclara y ar-

⁵⁷⁰ Sobre el reflejo positivo del daño moral en el Derecho español, *vid.*, entre otros, NIETO ALONSO, A., «Daños morales derivados...», *op. cit.*, pp. 1120 a 1123 y MARTÍN CASALS, M., SOLÉ FELIU, J., «Comentario a la STS de 31...», *op. cit.*, pp. 259 y ss.

⁵⁷¹ *Vid.*, GARCÍA RUBIO, M.P., «Capítulo 24. Los Derechos de la Personalidad», en AA. VV., *Tratado de Derecho de la Persona Física*, Tomo II, (M.ª del Carmen GETE-ALONSO y CALERA directora y Judith SOLÉ RESINA coordinadora), Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 630 y 631.

moniza las disposiciones legales vigentes sobre la materia (BOE 22 abril 1996, núm. 97): «... En el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra». Con independencia de ello, el daño moral, en su acepción normal, padecido por el autor por incumplimiento del contrato se regulará por lo establecido en el Código civil⁵⁷².

El TRLGDCU contempla en su artículo 8, letra c, el derecho de todo consumidor a ser indemnizado y reparado por los daños causados, siendo recogido el daño moral en su artículo 128 que establece que *«todo perjudicado tiene derecho a ser indemnizado en los términos establecidos en este libro por los daños o perjuicios causados por los bienes y servicios. Las acciones reconocidas en este libro no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los morales, como consecuencia de la responsabilidad contractual, fundada en la falta de conformidad de los bienes o servicios o en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, o de la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar»*⁵⁷³.

El problema que suele plantearse, dado que se hace referencia concreta al daño moral por incumplimiento del contrato, es de si su regulación debe quedar contraída a esta norma, o si ha de acudir a otras. La doctrina mantiene que debe entenderse regulado por el régimen general de nuestro derecho positivo referente a la responsabilidad contractual y extracontractual, lo que significa que aquélla –la aparecida en el artículo 128– no agota la responsabilidad civil por daños causados por productos y servicios defectuosos. En consecuencia, las acciones reconocidas en su cuerpo no afectan a otros derechos que pueda tener el perjudicado, lo que no excluye que éste pueda interponer con éxito reclamaciones al amparo de otras reglas de responsabilidad. Y ello se justifica en que hay daños que no quedan cubiertos por este régimen (los artículos 129 y 141 dan fe de ello), y porque el mismo no excluye la opción de reclamar conforme a otras reglas de responsabilidad. En este sentido, indica PARRA LUCÁN que «para los daños por productos el TRLGDCU lo que hace es incorporar la regulación contenida en la Ley 22/1994, de

⁵⁷² En la STS de 26 de noviembre de 2003, ponente D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2003, 8098), se indemnizan los daños morales por plagio. También en la de 1 de febrero de 2005, ponente D. José Almagro Nosete (RJ 2005, 1749), en la que se condenó a la editorial a la indemnización de daños morales por la falta de reconocimiento de la paternidad de una obra.

⁵⁷³ PARRA LUCÁN, M.^ªA., «Artículo 128», en AA. VV., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Rodrigo Berco-vitz-Cano (Coordinador), Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 1609 a 1620.

responsabilidad por productos defectuosos, lo que significa que la indemnización de todos los daños no cubiertos por ella seguirá siendo posible al amparo de las reglas tradicionales de responsabilidad (arts. 1101 y ss. CC y, fundamentalmente, art. 1902 CC). Para los daños por servicios defectuosos el TRLGDCU incorpora la interpretación mayoritaria de las reglas de responsabilidad contenidas en el Capítulo VIII de la LGDCU, lo que significa que, fuera del ámbito de aplicación de la normativa de protección al consumidor, es preciso acudir a las reglas generales de responsabilidad por daños»⁵⁷⁴. La propia jurisprudencia del Tribunal Supremo así lo considera en cuanto que dice que «al lado de la regulación de la culpa extracontractual como fuente de la obligación de reparar los daños y perjuicios causados contenida en los arts. 1902 y siguientes del Código Civil, han aparecido moderadamente nuevas disposiciones legales dirigidas a obtener la reparación de los daños y perjuicios causados en el ejercicio de determinadas y específicas actividades a través de las cuales se pretende una mayor protección de los perjudicados»⁵⁷⁵.

El tenor literal del artículo 128 del TRLGDCU debe ser completado con el párrafo primero del artículo 129: «*el régimen de responsabilidad previsto en este libro comprende los daños personales, incluida la muerte, y los daños materiales, siempre que éstos afecten a bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privados y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado*». PARRA LUCÁN, ha criticado la exclusión del ámbito del artículo 129 de la responsabilidad por los daños morales producidos por servicios, afirmando que «la exclusión de la indemnización de los daños morales con arreglo a las reglas de responsabilidad del Texto Refundido para la responsabilidad por daños por servicios es una restricción nula, pues excede de los límites de la delegación la modificación de las reglas de responsabilidad contenidas en la LGDCU que es objeto de refundición, y en la que eran indemnizables todos los daños sufridos por los consumidores, incluidos los morales»⁵⁷⁶.

La Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (BOE de 8 de diciembre de 2001, núm. 294), en su artículo 43.2, recoge la posibilidad de exigir compensación por desprestigio que el uso ilícito de una marca puede suponer para la misma, afirmando que «*en el caso de daño moral procederá su in-*

⁵⁷⁴ PARRA LUCÁN, M.^ªA., «Artículo 128», *op. cit.*, p. 1611.

⁵⁷⁵ STS de 29 de mayo de 1993, ponente D. Pedro González Poveda (RJ 1993, 4052).

⁵⁷⁶ PARRA LUCÁN, M.^ªA., «Artículo 129», en AA. VV., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Rodrigo Berco-vitz-Cano (Coordinador), Aranzadi, Navarra, 2009, p. 1626.

*demnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico», fijando en el apartado 3 los elementos a tenerse en cuenta para fijar la indemnización*⁵⁷⁷.

Por último debe destacarse, si bien en sentido negativo, que la Comisión General de Codificación en su PMCC ha omitido, entiendo que de forma claramente intencionada, cualquier tipo de referencia a la indemnización del daño no patrimonial. No encuentro en los tiempos actuales una válida justificación de dicha omisión, puesto que en nuestro país existe un amplio repertorio jurisprudencial sobre el mal llamado daño moral, a lo que debe sumarse que los textos de Derecho privado europeo, los mismos que han servido de modelo al trabajo de la Comisión de Codificación, recogen expresamente la indemnización del daño no patrimonial. Considero que la Comisión de Codificación ha desperdiciado una magnífica oportunidad para fijar los cimientos del daño moral, de establecer los nuevos contornos de los mismos, e incluso, de haber acuñado la expresión, que hemos considerado correcta, de daños no patrimoniales. Su omisión no es más que vivir de espaldas a uno de los problemas que, dentro de la indemnización de los daños, tanto en sede de responsabilidad contractual como extracontractual, ha preocupado y preocupa tanto a los tribunales como a la doctrina civilística. Y, todo lo anterior, sin olvidar los peligros que pueden derivarse de que una pretendida y deseada modernización del derecho de obligaciones y contratos, se quede a medio camino de lo que realmente supone eso, es decir, modernizar de verdad.

4.5.15 EL DAÑO MORAL POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL EN NUESTRA JURISPRUDENCIA

Como ya se ha dicho, el vacío legal en el campo del daño moral en nuestra legislación se ha ido cubriendo por la jurisprudencia, y muestra de ello es el elevado número de resoluciones judiciales que venimos citando. Hemos creído, como más interesantes, citar las que siguen:

En primer lugar, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1984⁵⁷⁸, de la que ya hablamos anteriormente, en cuanto fue la primera de-

⁵⁷⁷ GARCÍA MARTÍN, I., «Comentario al artículo 43. Cálculo de la indemnización de daños y perjuicios», *Comentarios a la Ley de Marcas*, Tomo I (Artículos 1 a 50), Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano (Director), José Antonio García-Cruces González (Director-Adjunto), segunda edición, Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 699 a 720.

⁵⁷⁸ STS de 9 de mayo de 1984, ponente D. Carlos de la Vega Benayas (RJ 1984, 2403).

cisión en acoger la indemnización por daño moral en materia contractual. La acción fue ejercitada en solicitud de los daños morales causados a un abogado cuyo nombre, profesión, dirección y número telefónico fueron omitidos en la guía telefónica pese a la relación contractual existente entre él y la Compañía Telefónica, habiendo figurado en las guías de años anteriores con contrato de suplemento publicitario y abono de cuota independiente. Se motiva tal reconocimiento en los principios supraleales consagrados en nuestra Constitución de 1978, y en que las partes, de acuerdo con el artículo 1258 del Código civil, se encuentran compelidas a cumplir todas las consecuencias que según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley: «... sin olvidar tampoco que en punto a esta clase de perjuicios y daños inmateriales, su producción, su existencia, y su realidad, es decir, su prueba, es, paradójicamente, más fácilmente apreciable o perceptible en los casos de incumplimiento contractual, pues ya el hecho de esa conducta en una de las partes en el contrato produce, en curso normal de la convivencia y de las expectativas creadas por la relación negocial intersubjetiva, una frustración, una ruptura de la confianza que es la base de la buena fe (artículo séptimo, primero, y mil doscientos cincuenta y ocho del Código Civil)».

Justifica el daño dicha resolución «... en que como la fama, el prestigio, la nombradía profesional, la permanencia en el ejercicio de una actividad dependiente de clientela y anunciada mediante la normal publicidad en los casos en que, como el de autos y recursos, era realizada en la Guía Telefónica según contrato con el cliente o abonado reclamante, abogado en ejercicio, cuyos datos desaparecieron de la Guía durante un año, con la natural repercusión que ello entraña en punto a la incertidumbre de su baja o cesación profesional, traducible lógicamente en minoración de clientela y otros efectos, tales como, “mutatis mutandis”, es corriente en el mundo de la publicidad, en el que la permanencia del anuncio se convierte en necesidad inexcusable para la persistencia del tráfico mercantil, industrial o profesional».

Salvo algunas excepciones, como denominador común de las resoluciones que han ido viendo la luz a partir de la arriba citada, se puede señalar que el Tribunal Supremo declara que la indemnización por daño moral se encuentra en los daños y perjuicios a los que se refiere el artículo 1101 del Código civil, lo mismo que en base al artículo 1106, e incluso del artículo 1107, en cuyo ámbito resultan poder encajarse tanto el incumplimiento del deudor doloso como en el que cuya conducta cabe apreciar culpa (en este

caso en cuanto estarían comprendidos en la expresión «todos» del precepto)⁵⁷⁹.

En la doctrina, se han ocupado, entre otros, de hacer un recorrido por las más interesantes resoluciones recaídas en el tema que nos ocupa, BARRIENTOS ZAMORANO⁵⁸⁰, CARRASCO PERERA⁵⁸¹, MARÍN GARCÍA y MILÀ RAFEL⁵⁸², NIETO ALONSO⁵⁸³, PÉREZ ONTIVEROS⁵⁸⁴ y SOLÉ FELIU⁵⁸⁵. Nosotros, tanto de las mismas, como de las que particularmente hemos detectado, reseñamos las que creemos de más interés.

1) Daño moral por contrato de cambio de moneda: sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2005⁵⁸⁶. El supuesto contempla la reclamación por daño moral mediando entre las partes contrato de cambio de moneda en el que por la entidad bancaria se entregaron billetes falsos. Al intentar abrir una cuenta en un banco en el extranjero (Ohio), entregaron billetes falsos y, advertida la entidad bancaria, lo comunicó a la policía que los detuvieron, interrogaron en público, registraron, ficharon etc..., quedando en libertad al mostrar el resguardo de adquisición en la entidad bancaria. El Tribunal Supremo fundamenta la procedencia de la indemnización en las normas legales que regulan la responsabilidad contractual. Descarta la existencia del dolo en la entidad bancaria; sin embargo precisa que ha infringido el artículo 1107 del Código civil, al entender que tal precepto comprende los daños morales (atentado al sagrado derecho de la libertad personal, al inalienable derecho a la dignidad, al esencial derecho a la seguridad jurídica, y – refiriéndose a la ruptura de la pareja– al intransferible derecho al libre desarrollo de la personalidad), por lo que recoge la doctrina que la indemnización por daño moral alcanza también, cuando conste su concurrencia, al deudor culposo o negligente.

⁵⁷⁹ A favor del encaje legal del daño moral en nuestro CC, *vid.*, entre otros: CARRASCO PERERA, A., «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, pp. 666 y ss.; CRISTÓBAL MONTES, A., «El daño...», *op. cit.*, p. 10; IGARTUA ARREGUI, F., «Comentario a la Sentencia de 9...», *op. cit.*, pp. 1637 y 1638; MARTÍN CASALS, M., SOLÉ FELIU, J., «Comentario a la STS de 31...», *op. cit.*, pp. 252 y 257; NIETO ALONSO, A., «Daños morales derivados...», *op. cit.*, pp. 1117, a 1119; PARRA LUCÁN, M.^a A., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 15...», *op. cit.*, pp. 585 y 586; RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M., «La reparación del daño moral...», *op. cit.*, pp. 942 y 943. En contra de tal encaje legal se manifiesta ESPIAU ESPIAU, S., «La indemnización del...», *op. cit.*, p. 1789 y en «Comentario a la sentencia de 31...», *op. cit.*, pp. 1285 a 1287.

⁵⁸⁰ BARRIENTOS ZAMORANO, M., *El resarcimiento por...*, *op. cit.*, pp. 346 a 360.

⁵⁸¹ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de...*, *op. cit.*, pp. 1223 y 1234.

⁵⁸² MARÍN GARCÍA, I., MILÀ RAFEL, R., «Capítulo I. Daño moral...», *op. cit.*, pp. 259 a 295.

⁵⁸³ NIETO ALONSO, A., «Daños morales derivados...», *op. cit.*, pp. 1115 a 1197.

⁵⁸⁴ PÉREZ ONTIVEROS BAQUERO, C., *Daño moral por...*, *op. cit.*, pp. 55 y ss.

⁵⁸⁵ SOLÉ FELIU, J., «El daño moral por...», *op. cit.*, pp. 21 a 29.

⁵⁸⁶ STS de 28 de marzo de 2005, ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 2005, 2614).

2) Daño moral por pérdida de oportunidad⁵⁸⁷ de abogado o procurador: la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1997⁵⁸⁸, resuelve una reclamación formulada a un procurador de los tribunales por daños causados por su falta de personación en un recurso. Se aprecia el daño moral sufrido por los demandantes, al verse privados del derecho a que su demanda fuera estudiada por el Tribunal de Apelación, y, en su caso, por el Tribunal Supremo. Se concede la indemnización con apoyo en el artículo 1106. Por otro lado, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1998⁵⁸⁹ recoge la reclamación efectuada a un abogado por dejar transcurrir el plazo de prescripción, admitiendo la concurrencia en aplicación tanto de los artículos 1544, 1101 y 1104, como las normas contenidas en el Estatuto General de la Abogacía. En el mismo sentido se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2005⁵⁹⁰ y de 28 de enero de 2005⁵⁹¹ al considerar el daño moral originado en la actuación de un abogado por no presentar un recurso al imposibilitar a una persona el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva.

Por otra parte, se nos señala en la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2007⁵⁹², que la responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación

⁵⁸⁷ Sobre el concepto de «pérdida de oportunidad» la STS de 15 de noviembre de 2007, ponente D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (rj 2008, 17), indica que «tratándose de la responsabilidad profesional de un abogado, el daño moral en que se traduce la pérdida de oportunidades procesales ha de tener como necesario presupuesto la existencia de tales oportunidades y de las expectativas frustradas, así como la efectiva afectación del derecho a la tutela judicial que le sirve de fundamento, lo que en modo alguno cabe admitir en el presente caso, en el que la misma parte demandante, aquí recurrente, reconoció el hecho que motivó el despido disciplinario del que fue objeto, admisión que incide negativamente en el resultado del juicio probabilístico que ha de preceder a la determinación de los daños morales por semejante causa. y no está de más traer al recuerdo, a modo de cierre argumental, los términos de la Sentencia de esta Sala de fecha 27 de julio de 2006 (RJ 2006, 6548), en la que, recogiendo la doctrina jurisprudencial establecida en otras anteriores, se dice: “Mientras todo daño moral efectivo, salvo exclusión legal, debe ser objeto de compensación, aunque sea en una cuantía mínima, la valoración de la pérdida de oportunidades de carácter pecuniario abre un abanico que abarca desde la fijación de una indemnización equivalente al importe económico del bien o derecho reclamado, en el caso de que hubiera sido razonablemente segura la estimación de la acción, hasta la negación de toda indemnización en el caso de que un juicio razonable incline a pensar que la acción era manifiestamente infundada o presentaba obstáculos imposibles de superar y, en consecuencia, nunca hubiera podido prosperar en condiciones de normal previsibilidad. El daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando hay una razonable certidumbre de la imposibilidad del resultado. La responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas. En otro caso no puede considerarse que exista perjuicio alguno, ni frustración de la acción procesal, sino más bien un beneficio al supuesto perjudicado al apartarlo de una acción inútil, y ningún daño moral puede existir en esta privación, al menos en circunstancias normales”».

⁵⁸⁸ STS de 11 de noviembre de 1997, ponente D. Francisco Morales Morales (RJ 1997, 7871).

⁵⁸⁹ STS de 28 de enero de 1998, ponente D. Xavier O’Callaghan Muñoz (RJ 1998, 357).

⁵⁹⁰ STS de 28 de abril de 2005, ponente D. Román García Varela (RJ 2005, 3646).

⁵⁹¹ STS de 28 de enero de 2005, ponente D. Pedro González Poveda (RJ 2005, 1830).

⁵⁹² STS de 15 de noviembre de 2007, ponente D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (RJ 2008, 17).

fáctica o jurídica idóneas para realizarlas. Establece la anterior sentencia que «en otro caso no puede considerarse que exista perjuicio alguno, ni frustración de la acción procesal, sino más bien un beneficio al supuesto perjudicado al apartarlo de una acción». Es lo que la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2006 llama «la doctrina de la posibilidad del recurso frustrado»⁵⁹³.

3) Responsabilidad por vicios constructivos, defectos y ruinas de edificios. La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1997⁵⁹⁴ estima los daños morales en reclamación contra un arquitecto dado que los propietarios ocupantes tuvieron que desalojar sus viviendas habiendo adquirido los pisos para que les sirvieran de morada segura y no sometidos a contingencias negativas de una defectuosa construcción⁵⁹⁵.

4) Daños con ocasión de viaje aéreo: la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 20 de junio de 2005⁵⁹⁶ declara procedente la indemnización de daños morales como consecuencia de la pérdida de una maleta en un contrato de transporte aéreo, considerando que cabe reconocer tales daños teniendo en cuenta lo preceptuado en el artículo 22 del Convenio de Varsovia (I) para unificación de ciertas reglas del transporte aéreo internacional. La sala estimó que, no obstante el citado artículo fija una indemnización por kilogramo extraviado, éste representa sólo el valor material del equipaje perdido, pero ello no implica que no se pueda subsumir en su contenido el daño moral irrogado como consecuencia de la pérdida. La sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 7 de octubre de 2004⁵⁹⁷, con cita de la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1998⁵⁹⁸, entiende que los límites que los artículos 22 y 25 del Convenio de Varsovia (I) contemplan no pueden beneficiar al porteador si el daño producido proviene de dolo suyo o de faltas consideradas como equivalentes al dolo, lo que supone una clara remisión al art. 1107 del Código civil. La sentencia de la Audiencia Provincial

⁵⁹³ STS de 21 de marzo de 2006, ponente D. Pedro González Poveda (RJ 2006, 1591).

⁵⁹⁴ STS de 22 de noviembre de 1997, ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1997, 8097).

⁵⁹⁵ SSTs de 22 de noviembre de 1997, ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1997, 8097); de 11 de marzo de 2002, ponente D. José Almagro Nosete (RJ 2002, 5691); de 4 de febrero de 2005, ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 2005, 945); de 15 de marzo de 2005, ponente D. Francisco Marín Castán (RJ 2005, 2806).

⁵⁹⁶ SAP de Valencia (Sección 9.ª) de 20 de junio de 2005, ponente D. Gonzalo Caruana Font de Mora (AC 2005, 1174).

⁵⁹⁷ SAP de Alicante (Sección 6.ª) de 7 de octubre de 2004, ponente D. José María Rives Seva (AC 2005, 24046).

⁵⁹⁸ STS de 20 de junio de 1998, ponente Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa (RJ 1998, 4904).

de Madrid de 11 de abril de 2005⁵⁹⁹ tiene su causa en la pérdida de una maleta estimándose la pretensión de reparación de daños morales⁶⁰⁰.

La sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2000⁶⁰¹, considera procedentes los daños morales derivados del incumplimiento del contrato de transporte aéreo por retraso de vuelo, cuando el incumplimiento produce una aflicción o perturbación de cierta entidad. La sentencia establece la forma de valoración de los daños morales en caso de retraso, sosteniendo que no pueden derivarse de las situaciones de mera molestia, aburrimiento o enojo o enfado, «pero con ello no se agotan todas las posibilidades, pues resulta incuestionable que también deben comprenderse aquellas situaciones en que se produce una aflicción o perturbación de alguna entidad (sin perjuicio de lo que la mayor o menor gravedad influya en la traducción económica), como consecuencia de las horas de tensión, incomodidad y molestia producidas por una demora importante de vuelo, que carece de justificación alguna».

5) Daño moral en viaje combinado. Las sentencias de las Audiencias Provinciales⁶⁰² acogen los daños morales a los consumidores de viajes combinados frustrados. La regulación legal de este tipo de viaje está prevista en el Libro IV, Viajes Combinados, de la ley General de Defensa de Consumidores.

6) Daño moral en materia de Propiedad Intelectual (El derecho de autor). En la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1991⁶⁰³, se solicitaba la indemnización por daño moral derivado de los daños sufridos en el transporte de los cuadros de los que el reclamante era autor. Se acoge la indemnización con apoyo en los artículos 1101, 1106, y en su caso 1902, así como en el artículo 6 bis del Convenio de Berna de 9 de septiembre de 1886. Se distinguen en la sentencia entre dos grupos de derechos; unos, de contenido patrimonial, derivados de la explotación económica de la obra; y otros, de carácter personal, que son las facultades o derechos morales de los autores, como consecuencia de la paternidad de la obra por su talento, artes, inspiración, ingenio. Dice en su Fundamento de Derecho cuarto *in fine* «... la conclusión de la realidad concurrente de haber sufrido el promotor del presunto recurso de

⁵⁹⁹ SAP de Madrid (Sección 18.ª) de 11 de abril de 2005, ponente D. Jesús Rueda López (JUR 2005, 111010).

⁶⁰⁰ En la actualidad, el transporte aéreo de pasajeros se encuentra regulado por el Convenio de Montreal, en vigor en España desde el 28 de julio de 2004, que causó la derogación de la Ley 48/1960, de 21 de julio de Navegación aérea, en lo atinente al transporte aéreo de pasajeros, y por virtud de la vigencia para nuestro país del Reglamento n.º 889/2002.

⁶⁰¹ STS de 31 de mayo de 2000, ponente D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2000, 5089).

⁶⁰² Entre otras, la SAP de Valencia (Sección 9.ª) de 18 de febrero de 2005, ponente D.ª María Antonia Gaitón Redondo (AC 2005, 524).

⁶⁰³ STS de 3 de junio de 1991, ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1991, 4407).

casación, no sólo daños materiales... sino también daños de índole moral, en razón al sufrimiento y lesión a su sensibilidad artística, al ver mermada la integridad de sus pinturas, por consecuencia de los desperfectos y minoraciones que le afectan, ya que de tal manera se le causó una grave lesión espiritual, que no puede dejarse de lado...».

La sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2005⁶⁰⁴ considera también la procedencia de los daños morales «de acuerdo con los artículos 128 y 125 de la Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987 (RCL 1987, 2440), aplicable al caso, en relación con el núm. 4 del artículo 14 y disposición transitoria 4.^a».

7) Daño moral por incumplimiento de servicio funerario: sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio 2002⁶⁰⁵. Contempla el estudio de la pérdida de unos restos mortales al ser sacados de su nicho funerario antes del plazo fijado y depositados en una fosa común. La sentencia acoge la demanda por incumplimiento contractual y daños morales. El Tribunal Supremo estimó que los daños morales consistían en la imposibilidad de poder recuperar los restos mortales. El motivo para indemnizar lo centra en que el respeto a los restos mortales de una persona es muy importante, además de las creencias religiosas (sentimientos y convicciones), y en la salud de la demandante⁶⁰⁶. Otro caso se contempla en la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2000⁶⁰⁷ por desalojo y traslado al osario común sin conocimiento de familiares. Igualmen-

⁶⁰⁴ STS de 1 de febrero de 2005, ponente D. José Almagro Nosete (RJ 2005, 1749): «la sentencia impugnada establece que no se ha probado que en las ediciones sucesivas y cuestionadas se introdujeran modificaciones o alteraciones, ni que no se haya permitido la actualización de las mismas al autor, de manera, que la falta de soporte fáctico respecto de estos conceptos debe conducir a una minoración de la cantidad fijada como compensatoria de los daños morales. Mas no pueden aceptarse los razonamientos que utiliza la referida sentencia para excluir la indemnización por haber usado el nombre del autor sin su autorización; o no utilizar, ni siquiera el nombre del autor, ya que la objeción que la sentencia propone para denegarla, esto es, que «no consta la existencia de ninguna declaración documental del actor dirigida a la editorial demandada por la que modifique su voluntad de figurar como autor de la obra», no se sostiene, dado que la propia posición de la Editorial que se afirmaba propietaria de la obra con cesión de los derechos de autor y las circunstancias fácticas en que se desarrolla el cumplimiento del contrato, hacían inviable aquella prevención, por otra parte, no exigible en el desarrollo de un contrato que se supone (aunque no fuera desde luego civil) debiera haberse desenvuelto conforme a las reglas de la buena fe. Por ello, teniendo en cuenta la gravedad de la infracción y no pudiéndose determinar la tirada de las ediciones que, en este sentido, se realizaron, cabe, finalmente, reducir a diez millones de pesetas (10.000.000 de ptas) la cantidad a indemnizar por estos daños».

⁶⁰⁵ STS de 10 de junio 2002, ponente D. Antonio Romero Lorenzo (RJ 2002, 4982). *Vid.* también la STS de 7 de diciembre de 1979, ponente D. José Antonio Seijas Martínez (RJ 1979, 4119).

⁶⁰⁶ En similares términos, *vid.* también la STS de 7 de diciembre de 1979, ponente D. José Antonio Seijas Martínez (RJ 1979, 4119).

⁶⁰⁷ STS de 4 de marzo de 2000, ponente D. Jesús Ernesto Peces Morate (RJ 2000, 2459).

te se dan resoluciones en casos de pérdidas de expedientes, descuidos y errores que dan lugar a la estimación de daños morales⁶⁰⁸.

8) Daño moral por expulsión de un alumno de un centro escolar. La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2003⁶⁰⁹ estima la indemnización de daños morales solicitada como consecuencia de la expulsión de un alumno de un centro. La expulsión se produce con un expediente irregular por falta de información del instructor y de los cargos imputados, de audiencia y de pruebas sobre los hechos. Se produce un descrédito de la imagen del alumno ante los compañeros y entorno social por sospecha de consumo de drogas en el centro. Igualmente, zozobra y desasosiego en los padres del alumno. Como nota curiosa tenemos que señalar que, aun acogiendo los daños morales en base al artículo 1107, manifiesta que no se trata de daños derivados del propio incumplimiento contractual y tampoco derivados de la responsabilidad extracontractual, sino más bien de daños generados en línea de abuso de derecho o de contraderecho que se refuerza en su aspecto coactivo sancionador imputables al colegio demandado⁶¹⁰.

4.6 El alcance y los límites del daño no patrimonial en los PECL

Como ya se dijo, los PECL admiten expresamente en el párrafo segundo de su artículo 9:501 que «*las pérdidas que cubre esta indemnización incluyen: (a) Pérdidas no pecuniarias*». En su Comentario, con mayor amplitud que la mera referencia a los daños no patrimoniales del precepto, se afirma que «las pérdidas reparables no se limitan a las pérdidas pecuniarias, sino que pueden cubrir también, por ejemplo, daños o sufrimientos, molestias o la carga psicológica o “daños morales” que el incumplimiento de la prestación suponga para la otra parte». A lo que debe añadirse que en las Notas de Derecho Comparado, de forma detallada, se prevén como causas de los daños no patrimoniales al «daño y los inconvenientes subsiguientes al daño físico, a la vergüenza o a la vejación, o pueden derivar del ataque al honor, la reputación o la personalidad de un determinado sujeto, o por la muerte de un cónyuge o de otra persona próxima».

⁶⁰⁸ STS de 19 de octubre de 2000, ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 2000, 7733) y las SSAP de Málaga de 20 de marzo de 1999 (sección 6.ª), ponente D. José Calvo González (AC 1999, 707), de Huelva de 7 de marzo de 2000 (sección 1.ª), ponente D.ª Cristina Martínez de Páramo (JUR 2001, 34857).

⁶⁰⁹ STS de 9 de diciembre de 2003, ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 2003, 8643).

⁶¹⁰ En la misma línea la STS de 27 de julio de 1994, ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1994, 6787).

Lo anterior nos conduce a la concepción de un daño no patrimonial amplio, que engloba todas las posibles perturbaciones o lesiones que afecten a la esfera personal de los contratantes. Considero que la enumeración que realizan los PECL no debe entenderse como *numerus clausus*, no sólo porque expresamente la dispone a modo de ejemplo, sino porque de la filosofía que subyace en la misma se desprende que tienen cabida bajo el concepto de daño no patrimonial todas las posibles lesiones que sufran las partes en su esfera personal. La concepción de la esfera personal que realizan los PECL es integral; ello quiere decir que quedan protegidos los contratantes tanto en su ámbito interno, es decir, el psicológico, el espiritual, lo que en nuestro Derecho se denomina daño moral, como el ámbito externo, el físico, que también se denomina daño corporal. De ahí que hayamos afirmado que se protege de forma integral la esfera personal de los contratantes, tanto en su dimensión interna como externa.

Del recorrido realizado por los textos uniformes en el ámbito del Derecho internacional privado, del Derecho comunitario europeo y del Derecho privado europeo, e incluso en nuestro Derecho, se ha observado que, bien implícita o explícitamente, en unos casos con mayor y en otros con menor desarrollo, se admite el resarcimiento del daño no patrimonial por incumplimiento del contrato. Como ya se indicó, los problemas actuales relativos al daño no patrimonial no giran ya en torno a su admisión, sino a su alcance, a sus límites. No obstante dicha admisión, como afirma SOLÉ FELIU⁶¹¹, «ni los PECL, ni los principios UNIDROIT, ni tampoco los principios desarrollados en el Marco Común de Referencia (CFR) fijan criterios concretos que ayuden a fijar en qué casos, y bajo qué condiciones, el daño moral será indemnizable»⁶¹².

No obstante dicha ausencia de criterios concretos, y una vez que se ha delimitado el ámbito objetivo de los daños no patrimoniales, considero que del comentario al artículo 9:501 de los PECL, y de las conclusiones a las que hemos llegado en el ámbito del daño no patrimonial en nuestro Derecho, pueden

⁶¹¹ SOLÉ FELIU, J., «El daño moral por...», *op. cit.*, p. 2.

⁶¹² Sostiene SOLÉ FELIU, J., que «el análisis de los principales ordenamientos jurídicos de nuestro entorno tampoco ofrece criterios claros al respecto. Algunos de ellos, como Estados Unidos, Inglaterra o Alemania, adoptan una posición restrictiva al respecto y rechazan indemnizar el daño moral por infracción contractual, salvo en supuestos excepcionales. Otros ordenamientos, como Francia, Bélgica o España, parten de una posición más flexible, y admiten como regla general la indemnización del daño moral resultante del incumplimiento contractual. Sin embargo, como han resaltado diversas sentencias del propio Tribunal Supremo español, la indemnización del daño moral contractual “no puede operar sin más en todo caso de incumplimiento contractual”, lo que de nuevo pone el acento en la necesidad de identificar los criterios y las condiciones, bajo los cuales las molestias, las incomodidades o los perjuicios morales derivados del incumplimiento contractual podrán ser indemnizables en el derecho español», «El daño moral por...», *op. cit.*, p. 2.

extraerse cuáles son los criterios o condiciones que determinan en qué supuestos nos encontramos ante un daño no patrimonial en los PECL⁶¹³.

En el Comentario del artículo 9:501, expresamente, se afirma que se «permite que la parte perjudicada reciba una indemnización por daños y perjuicios siempre que haya sufrido pérdidas como consecuencia del incumplimiento injustificado de la otra parte. Esta sección no se ocupa de los daños que no sean relevantes cuando el incumplimiento no haya ocasionado pérdidas a la parte perjudicada»⁶¹⁴. De la afirmación de que no serán objeto de indemnización *los daños que no sean relevantes*, se extrae, de una interpretación a *sensu contrario*, que tanto para resarcir los daños patrimoniales como los no patrimoniales se exige que el daño sea relevante. Ello nos sitúa nuevamente, como ya se indicó respecto a nuestro Derecho, en la necesidad de que el daño no patrimonial responda a un cierto grado de relevancia, entidad o magnitud del impacto. En el mismo sentido sostiene SOLÉ FELIU que «el perjuicio tiene que constituir un “plus” o “añadir algo” a la simple incomodidad o al malestar que todo acreedor experimenta habitualmente ante el incumplimiento de su deudor contractual, y así lo asume cada una de las partes contratantes. Lo contrario implicaría reconocer una indemnización automática por daño moral en todos los supuestos en que exista incumplimiento contractual»⁶¹⁵.

Las anteriores afirmaciones nos conducen nuevamente a las conclusiones sostenidas respecto de nuestro Derecho: los criterios de razonabilidad o de relevancia. Por lo que resultarán indemnizables aquellos daños no patrimoniales que sufra el acreedor y que superen el test de razonabilidad o relevancia, quedando extramuros del concepto de daños no patrimoniales las meras molestias, aburrimiento, enojo o enfado que padezca el acreedor.

Debe indicarse que SOLÉ FELIU añade a las anteriores condiciones, apoyándose en el artículo 1107 de nuestro Código, que el daño no patrimonial sea consecuencia necesaria del incumplimiento y que supere el test de previsibilidad⁶¹⁶, lo que le lleva a afirmar que «el manejo de estos dos factores, junto con el carácter relevante del daño, constituye un enfoque adecuado para afrontar las reclamaciones del daño moral derivado del cumplimiento defectuoso o del

⁶¹³ Como señala SOLÉ FELIU, respecto a nuestro Derecho, siendo también predicable de los PECL, ahora el problema se plantea en relación a «las condiciones que deben concurrir para que el daño moral causado por un incumplimiento contractual resulte indemnizable, y cuya ausencia lleve a rechazar la indemnización», «El daño moral por...», *op. cit.*, p. 29.

⁶¹⁴ LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 639.

⁶¹⁵ SOLÉ FELIU, «El daño moral por...», *op. cit.*, p. 30.

⁶¹⁶ SOLÉ FELIU, «El daño moral por...», *op. cit.*, pp. 31 a 35. En el mismo sentido RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., «La reparación del daño moral...», *op. cit.*, p. 965.

incumplimiento contractual»⁶¹⁷. Coincidimos en la importancia de dichos factores en orden a la determinación del daño indemnizable, predicable tanto para los daños patrimoniales como los no patrimoniales, pero se trataría de una operación posterior, que delimitaría de entre los daños irrogados al acreedor cuáles son los indemnizables. Por ello, tendría que afirmarse que concurren dos tipos o clases de límites o condiciones para que el daño no patrimonial sea indemnizable. Un requisito interno, su relevancia, su magnitud, por lo que sería necesaria una importante labor jurisprudencial, en orden a establecer con nitidez cuál es la frontera entre lo relevante y no relevante. Y dos requisitos externos o exógenos: que el daño no patrimonial sea consecuencia necesaria del incumplimiento, y que el mismo hubiera sido previsto o previsible en el tiempo de constituirse la obligación.

Por último, debemos señalar otra conclusión que se extrae del anterior principio de no ser objeto de indemnización *los daños que no sean relevantes*. Se puede afirmar que los PECL, al igual que en nuestro Derecho, no se muestran partidarios de la indemnización simbólica del daño no patrimonial⁶¹⁸. Se entiende por tal la que por su mínima cuantía parece no tener un fin reparador o compensatorio del daño no patrimonial. Provoca su estudio la aparición en nuestro país de algunos fallos judiciales que fijaron como cantidad indemnizatoria la de una peseta⁶¹⁹. A raíz de ello, la razón de estas condenas, para un sector, obedecen a un reconocimiento del derecho de resarcimiento ante la imposibilidad de realizar una valoración; así BARRIENTOS ZAMORANO afirma que «las indemnizaciones simbólicas o “nummo uno”, no pueden ser consideradas propiamente una indemnización, sino sólo es el reconocimiento de un derecho»⁶²⁰. Coincidimos con MARTÍN CASALS cuando niega que la finalidad primordial del derecho de daños sea «la de afirmar o reconocer derechos. Si no hay indemnización, es porque no hay daño en sentido jurídico del que deba responder; si hay daño, y no puede ser reparado en forma específica, deberá haber una indemnización, es decir, una compensación pecuniaria»⁶²¹.

La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1993 sigue esta misma línea, rechazando una demanda por el daño moral causado a los derechos de un autor cifrada en una peseta, justificando que «los órganos de la ju-

⁶¹⁷ SOLÉ FELIU, «El daño moral por...», *op. cit.*, p. 32.

⁶¹⁸ Como indica BARRIENTOS ZAMORANO, M., «la indemnización del daño moral como reconocimiento de un derecho es una realidad en varios países de la Unión Europea. Si bien no es la regla general, sí se dan casos como en Francia en que las condenas se acercan a los “nominal damages” como son conocidos en el *Common Law*», *El resarcimiento por daño...*, *op. cit.*, p. 112.

⁶¹⁹ STS de 31 de diciembre de 1993, ponente D. Rafael Casares Córdoba (RJ 1993, 9918).

⁶²⁰ BARRIENTOS ZAMORANO, M., *El resarcimiento por daño...*, *op. cit.*, p. 113.

⁶²¹ MARTÍN CASALS, M., «Notas sobre la...», *op. cit.*, p.1264.

risdicción, lo mismo que no resuelven sobre cuestiones académicas o disputas doctrinales, tampoco están instituidos para imponer condenas simbólicas sin otra eficacia real que la de dar respuesta a sentimientos que, por muy legítimos que sean, escapan de la órbita de lo jurídico, razón última que impide utilizar a los tribunales, en su apoyo»⁶²².

4.7 El daño no patrimonial a las personas jurídicas

La última cuestión que abordamos en relación al daño no patrimonial es si las personas jurídicas pueden solicitar su indemnización⁶²³.

De la regulación que los PEC, y los textos uniformes anteriores y coetáneo, dedican a la indemnización de los daños y perjuicios, no se deduce que deban excluirse la indemnización de los no patrimoniales en relación a las personas jurídicas, máxime cuando adoptan un concepto omnicomprendido de los mismos, aglutinadores de la lesión de cualquier interés no patrimonial, por tanto no circunscrito al clásico concepto de *pretium doloris*, relativo al sufrimiento, angustia, dolor. Lógicamente la naturaleza impersonal de las personas jurídicas provoca que la posibilidad de que ante un incumplimiento se produzcan daños no patrimoniales se vea sensiblemente reducida, pero una cosa será que difícilmente se generen, y otra distinta, que en el supuesto de que así sea, deba excluirse su indemnización.

No les falta razón a quienes sostienen que la lesión del honor mercantil, la reputación o la pérdida de crédito de una persona jurídica normalmente tendrán un efecto perjudicial en el patrimonio de quien lo sufre y, por lo tanto, debe ser resarcido como daño patrimonial⁶²⁴. Consideramos que en el actual mundo empresarial, en el que la imagen y el prestigio comercial cada vez cobran mayor importancia, puede ocurrir que la lesión de los mismos no sólo se

⁶²² STS de 14 de diciembre de 1993, ponente D. José Almagro Nosete (RJ 1993, 9886).

⁶²³ Al respecto, afirma BARRIENTOS ZAMORANO, M., que «el que una persona jurídica pueda demandar indemnización por daño moral, es un tema que en el Derecho comparado y en especial europeo no es pacífico. Aunque en los últimos años el derecho a la reparación del daño moral se reconoce tanto a las personas físicas como a las jurídicas», *El resarcimiento por daño... op. cit.*, p. 133.

⁶²⁴ En tal sentido, afirma RODRÍGUEZ GUTIÁN que «es una idea muy extendida que la reputación mercantil de las personas jurídicas es un bien de naturaleza patrimonial, del cual derivan de modo exclusivo daños materiales, probablemente debido, por una parte, a la propia estructura de una persona jurídica (al carecer de sentimientos no tienen honor en sentido subjetivo) y, por otra, al ligamen tan intenso que existe entre la reputación económica y los bienes materiales que se obtienen gracias a la posesión de aquella. Así, se mantiene que una pérdida de reputación en una empresa no puede generarle más que un aumento de sus costes o pérdida de ingresos en el futuro, y estos perjuicios son compensables en dinero», «La reparación del daño moral...», *op. cit.*, p. 954.

traduzca en pérdidas patrimoniales, sino también no patrimoniales que deben ser objeto de las correspondientes indemnizaciones⁶²⁵.

En nuestro Derecho, hay quien se mantiene contrario a tal posibilidad, ya que en la legislación atinente al daño moral no se hace referencia a las personas jurídicas (a excepción del párrafo primero del artículo 4 de LOHIP, en cuanto contempla la posibilidad de legar el ejercicio de acciones de protección del derecho al honor a una persona jurídica); abundando otros en la imposibilidad de que una persona jurídica pueda sufrir daños extrapatrimoniales en función al aspecto inmaterial (sentimiento, angustia, aflicción) en que se presentan. Por su parte, el artículo 3 del TRLCU, entiende por «consumidor» (y por ende, susceptible de ser sujeto pasivo del daño moral) las personas «físicas o jurídicas» que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.

La jurisprudencia, después de unos inicios vacilantes se ha decantado por admitir como sujeto pasivo del daño moral a las personas jurídicas, si bien, puede que motivada por un fondo de justicia material, en el sentido de no dejar sin sanción actuaciones constitutivas de un menoscabo, *verbis gratia*: daño moral en el nombre comercial. En dicha línea nos encontramos con la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de junio de 1988⁶²⁶ y las del Tribunal Supremo 14 de diciembre de 1994⁶²⁷ y 20 de febrero de 2002⁶²⁸.

Efectivamente, la jurisprudencia, refiriéndose al reconocimiento de derechos fundamentales, dice que «aunque el honor es valor referible a personas físicas individualmente consideradas, el derecho a la propia estimación o al buen nombre o reputación no es patrimonio exclusivo de las mismas»⁶²⁹. La sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Octubre de 2007 afirma que «la persona jurídica puede así ver lesionado su derecho mediante la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la infame o la haga desmerecer en la consideración ajena. En este caso, la persona jurídica afectada, aunque se trate de una entidad mercantil, no viene obligada a probar el daño patrimonial

⁶²⁵ Como afirma ÁLVAREZ VIGARAY, R., «no es necesario para que exista daño moral que se produzcan sufrimientos físicos o morales del hombre, pues pueden causarse daños morales a las personas jurídicas, las cuales al carecer de un cuerpo físico, no pueden experimentar dichos sufrimientos, y en este sentido, es también daño moral la disminución o pérdida del prestigio de una persona jurídica a consecuencia de una campaña de difamación realizada contra ella, etc», «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 83.

⁶²⁶ STC de 8 de junio de 1988, ponente Eugenio Díaz Eimil (RTC 1988, 107).

⁶²⁷ STS de 14 de diciembre de 1994, ponente D. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa (RJ 1994, 10110).

⁶²⁸ STS de 20 de febrero de 2002, ponente D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez (RJ 2002, 3501).

⁶²⁹ STC de 11 de noviembre de 1991, ponente D. Vicente Gimeno Sendra (RTC 1991, 214).

a sus intereses, sino que basta constatar que existe una intromisión en el honor o prestigio de la entidad y que ésta no sea legítima»⁶³⁰.

4.8 Los daños presentes y los futuros

Como ya se indicó, los PECL no se limitan a establecer el principio de reparación integral del daño, sino que en su propio articulado realizan una concreción de qué tipos de pérdidas serán resarcidas como daños indemnizables. En concreto, el párrafo segundo de su artículo 9:501, dispone que «*las pérdidas que cubre esta indemnización incluyen... (b) futuras pérdidas que se darán previsible y razonablemente*». Tal afirmación nos lleva al análisis de la clasificación o distinción entre los daños presentes y futuros⁶³¹.

En relación a las pérdidas futuras, se indica en el Comentario del artículo 9.501 que «las pérdidas que puede recuperar la parte perjudicada incluyen las pérdidas futuras, esto es, pérdidas que seguramente se producirán después de haberse valorado los daños. Para los tribunales, ello supone estimar dos elementos inciertos: por un lado la probabilidad de que se produzca efectivamente la pérdida y, por otro, su importe»⁶³².

De lo hasta ahora expuesto se puede colegir la definición de los daños presentes y futuros, así como las características de los últimos. Puede afirmarse que para que los daños, ya sean presentes o futuros, resulten indemnizables, tienen que estar en conexión causal con el incumplimiento, por lo que todos los daños tendrán siempre un origen presente, el incumplimiento⁶³³. Cuando

⁶³⁰ STS de 31 de octubre de 2007, ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2007, 8515).

⁶³¹ Sobre los daños presentes y futuros, *vid.* entre otros: CERDÁ OLMEDO, M., «Responsabilidad civil...», *op. cit.*, pp. 623 a 647; DE CUPIS, A., *El Daño. Teoría...*, *op. cit.*, pp. 320 a 323; DíEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 373; LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 641, 642 y 645; MOISSET DE ESPANES, L., «Reflexiones sobre el “daño”...», *op. cit.*, pp. 195 a 204; NAVEIRA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, pp. 166 a 169; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, pp. 149 y 150.

⁶³² LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 641.

⁶³³ Como afirma MOISSET DE ESPANES, L., «si deseamos establecer una línea de separación entre el “daño actual” y el “daño futuro”, es indispensable determinar previamente en qué momento nos debemos colocar para apreciar los daños y clasificarlos. Deseamos destacar que *todos* los daños son una consecuencia o efecto del hecho generador que los ha causado; la lógica pone de manifiesto que el daño va a ser *posterior* en el tiempo al hecho generador, de manera que por veloz que sea el efecto, a punto tal que parezca “instantáneo”, se produce siempre en un momento “futuro”, con relación a la causa generadora. Pero no siempre el daño se produce de manera instantánea, sino que —con mucha frecuencia— las consecuencias dañosas se proyectan a lo largo del tiempo, a veces durante períodos bastantes extensos, como sucede en los casos de invalidez permanente. Insistimos, pues, en que si nosotros procurásemos determinar la “actualidad” o “futuridad” del daño con relación al momento de la comisión del hecho generador, todos los daños serían posteriores, es decir, “futuros”. Pero, no es éste el momento que tomamos como punto de

nos encontraremos ante un daño presente o futuro, dependerá del momento en que dichos daños se pongan de manifiesto⁶³⁴. El problema surge a la hora de fijar cuál sea el momento que determine ante qué tipo de daño nos encontramos. Según el Comentario al artículo 9:501, será el momento en el que se realice la valoración de los daños. Tanto en los PECL como en el DCFR se emplea la expresión «after the time damages are assessed», es decir, después del momento en que los daños y perjuicios hayan sido fijados, valorados o calculados. De tal manera, estaremos ante un daño presente cuando el perjuicio se haya puesto de manifiesto antes o en el mismo momento de la valoración en el procedimiento; por el contrario, estaremos en presencia de un daño futuro, cuando el mismo no se haya puesto de manifiesto en el momento de su valoración, pero resulta razonablemente posible que lo haga con posterioridad. Por tanto, el criterio que los distingue es el momento, antes o después de su fijación, en que entran en escena⁶³⁵.

Debemos realizar una aclaración sobre los requisitos que se le exigen a los daños futuros para que resulten indemnizables, partiendo de lo que consideramos que es un problema de traducción. La versión original en inglés del párrafo segundo letra (b) del artículo 9:501 dice que serán indemnizables «*future loss which is reasonably likely to occur*»⁶³⁶, que ha sido traducido en la versión no oficial española como «*futuras pérdidas que se darán previsible y razonablemente*»⁶³⁷. Por su parte las traducciones realizadas por DÍEZ-PICAZO *et alii* son «pérdida futura que razonablemente se prevea que puede ocurrir»⁶³⁸ y «el daño reparable incluye el daño futuro que, razonablemente, resulta probable que se produzca»⁶³⁹. A ello debe añadirse que el párrafo segundo del artículo III-3:701 DCFR, de forma especular a los PECL, establece que «*the loss for which damages are recoverable includes future loss which is reasonably likely to occur*»⁶⁴⁰. Considero que la traducción correcta del requisito que se le debe exigir al daño futuro, para que sea indemnizable, es que sea razona-

referencia cuando efectuamos la clasificación de los daños “actuales” y “futuros”, «Reflexiones sobre el «daño...», *op. cit.*, p. 198.

⁶³⁴ DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 373.

⁶³⁵ Al respecto, afirma NAVEIRA ZARRA, M.M., que «la clasificación de los daños en presentes y futuros se lleva a cabo teniendo en cuenta el momento en el que se manifiestan las consecuencias dañosas que derivan de la conducta del responsable», *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, p. 166.

⁶³⁶ LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, p. 434.

⁶³⁷ LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 638.

⁶³⁸ DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 70.

⁶³⁹ DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 373.

⁶⁴⁰ STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and...*, *op. cit.*, p. 915.

blemente probable que ocurra o se produzca⁶⁴¹. Se requiere, por ello, que el tribunal evalúe dos incertidumbres: por un lado, la probabilidad de que se produzca la pérdida en el futuro; y por otro, su cuantía. Como sostiene CERDÁ OLMEDO, para que el daño futuro sea indemnizable se exige la concurrencia de dos requisitos: «que se pruebe cumplidamente que su realización es desde ahora cierta y que sea susceptible de evaluación al tiempo que se reclama su reparación»⁶⁴²; siendo la previsibilidad no un requisito propio del daño futuro, sino una exigencia de conformidad al *test* de previsibilidad, que impera para todo tipo de pérdidas, y por tanto, también para las futuras.

Como afirman DÍEZ-PICAZO *et alii*, «la prueba de la existencia del daño se sustituye en este caso por la prueba de la certeza de su futura producción»⁶⁴³. En similares términos se pronuncia YZQUIERDO TOLSADA, afirmando que «se trata de acometer un juicio de probabilidad o verosimilitud en virtud del cual se viene a establecer la certeza de un efecto que, aun no habiendo ocurrido todavía, la regla de la experiencia común permite augurar que ocurrirá»⁶⁴⁴.

Como anteriormente hemos afirmado, el problema surge a la hora de fijar cuál será el momento que determine ante qué tipo de daño nos encontramos. Así, algunos autores, han fijado como momento, para diferenciar los daños presentes de los futuros, el de la finalización del procedimiento. En este sentido, YZQUIERDO TOLSADA afirma que «cuando hablamos de “daño presente o actual” y de “daño futuro” el momento del análisis es el de la resolución judicial (o arbitral o por convenio amistoso, en su caso) que decide la efectiva concurrencia de los elementos de la responsabilidad y decide la procedencia del resarcimiento»⁶⁴⁵. En similares términos, DE CUPIS sostiene que «por daño *presente* se entiende el daño que ya se ha producido, y que, por tanto, existe en el acto, en el instante en que se considera el nacimiento de la responsabilidad. Por daño *futuro*, se comprende aquel que aún no se ha llegado a producir, considerado en tal momento. La distinción adquiere su propio significado en relación con el momento del juicio sobre el daño»⁶⁴⁶.

Tratando de apartarse de los anteriores autores, MOISSET DE ESPANES propone como momento que debe ser fijado como punto de referencia «el liti-

⁶⁴¹ Señalan DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., que «admitir indemnización por el daño futuro ofrece la posibilidad de reclamar la indemnización de un daño que no se ha producido aún en el momento de la indemnización, pero que de acuerdo con criterios razonables, es razonable que se produzca», *op. cit.*, p. 373.

⁶⁴² CERDA OLMEDO, M., «Responsabilidad civil...», *op. cit.*, p. 624.

⁶⁴³ DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 373.

⁶⁴⁴ YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, p. 148.

⁶⁴⁵ YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, p. 148.

⁶⁴⁶ DE CUPIS, A., *El Daño. Teoría...*, *op. cit.*, p. 320.

gio en su totalidad, desde la demanda hasta la decisión definitiva del juez o Tribunal»⁶⁴⁷, concluyendo que «serán *daños actuales* los anteriores al litigio, los que ya se habían producido en el momento de entablarse la demanda, brindarse la prueba y dictarse el fallo; y *daños futuros* los posteriores a ese tiempo ideal único que es el pleito»⁶⁴⁸. Coincidimos con NAVEIRA ZARRA, en la crítica a las afirmaciones de MOISSET DE ESPANES, puesto que «la misma no difiere para nada de aquella otra que toma como punto de referencia el momento de la resolución, ya que según esta última, los daños que se hayan producido durante el devenir del litigio (supongamos un daño no acreditado en la demanda, pero sí en otro momento procesal oportuno posterior, por tanto, antes de la resolución que le pone fin) se considerarán igualmente daños presentes, siempre y cuando sean ciertos y se encuentren debidamente probados. Por ello nos parece que la postura de este autor peca de una artificialidad innecesaria»⁶⁴⁹.

Siendo el objetivo de los PECL ofrecer una regulación unitaria del Derecho sustantivo de los contratos, resulta complicado determinar cuál será el concreto «after the time damages are assessed» válido para todos los países de la Unión europea, pues cada uno tiene sus propias normas procesales. Fijar a priori un momento como punto de referencia para determinar cuándo estamos ante un daño presente o futuro dependerá de las posibilidades que ofrezcan las leyes procesales de cada sistema jurídico. Interpreto que el espíritu que inspira a los PECL es que el daño para bien o para mal haya podido ser objeto de computación durante el procedimiento, sea en la fase que sea. Debemos concluir que un daño será presente cuando en cualquier momento del iter procesal haya podido ser alegado y probada su existencia; en cambio, estaremos ante un daño futuro, cuando en el procedimiento sólo haya sido posible probar la certeza de su probable producción. En definitiva, el daño presente es un daño en «acto» en alguna fase del procedimiento que no permita su preterición en el momento en el que se fije la cuantía a indemnizar; y el daño futuro es un daño en «potencia», que todavía no ha desplegado su efectos perniciosos para el acreedor, pero resulta razonablemente posible que lo haga con posterioridad⁶⁵⁰.

⁶⁴⁷ MOISSET DE ESPANES, L., «Reflexiones sobre el “daño”...», *op. cit.*, p. 199.

⁶⁴⁸ MOISSET DE ESPANES, L., «Reflexiones sobre el “daño”...», *op. cit.*, p. 200.

⁶⁴⁹ NAVEIRA ZARRA, M.M., nota a pie de página núm. 214, *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, pp. 166 y 167.

⁶⁵⁰ Por lo que respecta a nuestro Derecho, la cuestión ha sido analizada de forma detallada y con acierto por NAVEIRA ZARRA, M.M., afirmando que «la calificación de un daño como presente o como futuro debe estar en relación con las posibilidades del demandante de introducir daños en el litigio y, por tanto, en relación con las posibilidades de alegación, petición y prueba que se abren para el actor en el curso del proceso civil. Esta afirmación nos obliga a analizar, ya sea de manera superficial, la regulación que en torno

4.9 Los daños directos e indirectos

Una concreción más del principio de reparación integral del daño en los PECL se encuentra en el Comentario a su artículo 9:502⁶⁵¹, que alude, e inclu-

a tales extremos lleva a cabo la LEC 1/2000. Pues bien, de acuerdo con el art. 399 de esta Ley, las alegaciones y peticiones, en el juicio ordinario, habrán de realizarse en la demanda, si bien el artículo siguiente precisa que ello «se entenderá sin perjuicio de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia permitidas en esta Ley en momentos posteriores a la demanda y a la contestación». Este último precepto nos remite, en consecuencia, al art. 426 de la Ley procesal civil, cuyo mismo título, «Alegaciones complementarias y aclaratorias. Pretensiones complementarias. Hechos acaecidos o conocidos con posterioridad a la demanda y la contestación. Presentación de documentos sobre dichos extremos», es significativo por sí solo de la materia que regula, la cual tiene por objeto permitir la aportación por los litigantes de cualquiera de los extremos enunciados (alegaciones, pretensiones, hechos o documentos) en el acto de audiencia previa al juicio. No obstante, a partir de ese momento sí deviene totalmente imposible la formulación de nuevas alegaciones o pretensiones. Así pues, a la vista de la regulación del proceso civil contenida en la LEC, hemos de concluir que aquellos daños cuya reparación se solicita y que, bien en el momento de presentar la demanda, o bien en el acto de audiencia previa, se hayan materializado ya de manera efectiva merecerán la calificación, a efectos teóricos, de daños presentes. La consecuencia práctica que resulta de dicha calificación es que estos daños han de ser probados en la fase correspondiente, tanto por lo que se refiere a su existencia, como a su cuantía. Por el contrario, aquellos otros perjuicios cuya reparación se ha solicitado por exigir certeza acerca de su materialización, pero que no se han hecho efectivos en ninguno de los momentos anteriores, ya sea en el curso del litigio o después de recaída sentencia, serán considerados como daños futuros. En relación con estos perjuicios habrán de aportarse en los momentos procesales oportunos los datos, alegaciones o documentos que permitan la certeza de su efectiva realización futura. Es preciso destacar que, en coherencia con el requisito de la certeza del daño resarcible, tanto los perjuicios presentes como los futuros han de revestir dicha nota, pues solamente en tal caso podrán ser objetos de reparación. Esta circunstancia exige la prueba, por parte del demandante, de que el daño es cierto, tanto en su existencia, como en su cuantía. Ahora bien, esta nota de la certeza podría vislumbrarse como incompatible con unos daños cuya concreción se hace esperar hasta un momento futuro. Pero si así se considerase y se excluyese, por ello, la exigencia de certeza, se estaría dando pie a demandas de reparación de daños futuros infundables, por cuanto que, de tal manera, podría obtenerse reparación por daños meramente eventuales o contingentes, esto es, inseguros. Precisamente para evitar esta circunstancia se exige la nota de la certeza también en los daños futuros, nota cuya concurrencia, en términos absolutos, habrá de ser apreciada por el juez o Tribunal con base en los conocimientos del caso, en los datos aportados por el actor y en las reglas de la experiencia común. Así las cosas, cuando resulte cierta o segura la producción futura de un daño que tenga su causa en un hecho generador de responsabilidad civil ya acreditada, habrá de acordarse su reparación, sin que sea necesario entablar un juicio posterior al ya planteado. Por el contrario, cuando exista una mera posibilidad de materialización de un daño futuro, faltando el requisito de la certeza, no será posible acordar su reparación en el litigio en curso, aunque ello no obstará para que, concretado con posterioridad el daño que en el momento de formular las pretensiones parecía simplemente eventual, quepa recabar su reparación mediante el planteamiento de un nuevo proceso. Es precisamente por esta razón que, a nuestro modo de ver, la clase de certeza que debe exigirse para la apreciación de los daños futuros no es una certeza relativa, como la que se requiere para apreciar el lucro cesante, sino una certeza igual que la exigida con relación a los daños presentes. y ello porque de existir dudas acerca de la producción de ese daño siempre subsistirá la posibilidad de solicitar su reparación *a posteriori*, una vez que se haya materializado efectivamente y sea, en consecuencia, cierto. En conclusión, no puede relajarse la exigencia de certeza cuando de daños futuros se trate, aun cuando su determinación exija una cierta reconstrucción de los hechos que han de acontecer, pues esa reconstrucción estará basada, en la mayor parte de los casos, en la circunstancia de que tales perjuicios constituyen una consecuencia o derivación lógica del hecho dañoso, siendo así cierta su futura producción», *El resarcimiento del daño...*, *op. cit.*, pp. 167 a 169.

⁶⁵¹ En este sentido afirman DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., que «la fórmula que utilizan los PECL (colocar a la parte perjudicada en la misma posición que tendría si el cumpli-

ye, como una partida más indemnizable, a las pérdidas indirectas o derivadas, denominadas en el *Common Law* como *consequential loss*⁶⁵². Ello nos sitúa en el análisis de la distinción entre los daños directos e indirectos⁶⁵³. Por su parte el DCFR en el Comentario al artículo III-3:702 se pronuncia en idénticos términos que los PECL⁶⁵⁴.

De forma muy ilustrativa de a qué tipo de daños nos referimos con la expresión *other loss*, se recoge en los PECL el siguiente supuesto: «B compra una lavadora de oferta al precio de 200 £. Su precio habitual es de 300 £. Debido a un defecto importante en la lavadora, se estropea la ropa que se lavó en ella y que tenía un valor de 50 £. Al devolver la lavadora, B tiene derecho a recuperar el precio que pagó por ella, más 100 £ por perder la oferta y 50 £ por las pérdidas derivadas de todo ello («*consequential loss*»)»⁶⁵⁵.

La distinción entre los daños directos e indirectos se efectúa desde el punto de vista de los efectos o las consecuencias del incumplimiento del contrato⁶⁵⁶. De tal forma que son directos los daños que son consecuencia inme-

miento se hubiera producido), da pie para incluir en la responsabilidad contractual este tipo de daños», *op. cit.*, p. 375.

⁶⁵² «Además de la demanda inicial por la pérdida del negocio en sí (es decir, la pérdida que sufrirá en todo caso la parte perjudicada como consecuencia del incumplimiento), el perjudicado puede percibir el importe de aquellas pérdidas que resulten de determinadas circunstancias particulares, siempre que sean previsibles en el sentido del artículo 9:503. En la práctica anglo-americana esas pérdidas se denominan «*consequential loss*» (pérdidas subsiguientes o consiguientes o pérdidas derivadas)», LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 647.

⁶⁵³ Aunque la CISG no se refiere expresamente a los daños indirectos, sí se consideran que son objeto de indemnización. Así STOLL, H., afirma que «any kind of non-performance, be it a complete failure to perform, a delay in performing or a defective performance, may involve additional losses that flow from the particular situation of the promisee and the arrangements he has already made. Consequential losses in this sense are, for example, loss caused by the fact that as a result of the breach of contract the promisee has incurred liability to third persons. If a buyer has not received a delivery from the seller or only defective goods have been supplied and he has agreed to resell those goods, he may then be held liable by this customer for non-performance or for defective performance. Furthermore, typical consequential losses arise where the supply of defective goods impairs the buyer's commercial reputation amongst his customer ('loss of goodwill') or injures his indemnity interest (loss caused by defective goods). The party responsible for the breach is also liable for consequential losses caused by it, provided that at the time of the conclusion of the contract he foresaw or ought to have foreseen them as a possible consequence of the breach of contract», «Commentary Art. 74 a...», *op. cit.*, p. 562.

⁶⁵⁴ STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and...*, *op. cit.*, p. 924.

⁶⁵⁵ LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 647. Similar ejemplo establecen DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., si un «vendedor entrega un animal enfermo, incumpliendo su obligación, hay un daño directo que experimenta el acreedor, al recibir un animal enfermo en lugar de un animal sano. Este daño es la manifestación de la insatisfacción de su interés. Pero si el animal enfermo, además contagia a otros animales del acreedor y todos ellos mueren se está produciendo un daño subsecuente, derivado del incumplimiento», *op. cit.*, p. 375.

⁶⁵⁶ Respecto a la distinción entre los daños directos e indirectos en los PECL, contraponen DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., «entre el daño que directamente implica la insatisfacción del interés expectante, que el cumplimiento del contrato está llamado a cumplir, y otros daños más o menos remotos o consecuentes que se producen por causa del incumplimiento», *op. cit.*, p. 374.

diata del incumplimiento, repercutiendo negativamente en el contenido estricto del contrato, produciendo la insatisfacción del interés que llevó al perjudicado a celebrarlo. Por el contrario, los daños indirectos son consecuencia mediata o remota del incumplimiento, perjuicios que derivan del incumplimiento, pero que no responden al interés del acreedor, no lesionan la prestación en sí misma. Los daños indirectos se caracterizan por ser reflejo de los perjuicios irrogados por la lesión del interés expectante del acreedor. Así, siguiendo con el mismo ejemplo que establecen los PECL, la entrega de una lavadora defectuosa tiene como efecto o consecuencia ulterior el destrozo de las prendas lavadas. Existe una clara relación de dependencia entre la venta defectuosa y los daños posteriores. Lógicamente, para que los daños indirectos resulten indemnizables, como para cualquier otro tipo de daños, tendrán que cumplir los requisitos de la relación de causalidad y la previsibilidad, salvo la excepción prevista para el incumplimiento deliberado o voluntario, y la imposibilidad de su mitigación.

En nuestro Código civil no existe ninguna referencia concreta a los daños indirectos. Han sido la doctrina y la jurisprudencia las que se han ocupado de la cuestión. MONTÉS PENADÉS los define como aquellos «derivados de la inejecución, pero no referidos al valor de la prestación misma, sino a otras consecuencias que se producen en el patrimonio del acreedor por razón de la inejecución, del retraso o de la ejecución defectuosa de la prestación»⁶⁵⁷. Por lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la sentencia de 22 de junio de 1979, relativa a la resolución de un contrato de compraventa de un tractor por la falta de entrega del mismo, acuerda la indemnización de los gastos indirectos de su matriculación⁶⁵⁸. La sentencia de 27 de octubre de 1983, en la que el objeto del litigio fue la entrega por la sociedad vendedora, Compañía Arrendataria del Monopolio de Petróleos, S. A., de un fuel-oil defectuoso a la compradora, Hidroeléctrica Española, S. A. El uso del fuel-oil suministrado provocó tal efecto contaminante en las fincas colindantes a la central térmica de la sociedad compradora, que motivó que tuviera que pagar una indemnización a los agricultores propietarios de tales fincas por la pérdida de la cosecha de cítricos. En concreto, en su considerando sexto afirma que el pago de la «indemnización satisfecha a los agricultores por los daños ocasionados a sus cose-

⁶⁵⁷ MONTÉS PENADÉS, V.L., «La responsabilidad por incumplimiento», en AA. VV., *Derecho de obligaciones y contratos*, (coordinado por Valpuesta Fernández), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, 2.ª edición, p. 206. *Vid.*, también, entre otros: PASCUAL ESTEVILL, L., *Derecho de daños*, Tomo I, Bosch, 2.ª edición, Barcelona, 1995, pp. 315 y 316; SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, *op. cit.*, pp. 152 a 158; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, pp. 149 y 150.

⁶⁵⁸ STS de 22 de junio de 1979, ponente D. Antonio Sánchez Jáuregui (RJ 1979, 2447).

■ LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO...

chas... es consecuencia directa de los daños ocasionados con el incumplimiento de los que debe responder la sociedad demandada». Debe advertirse por último que, al decir *consecuencia directa*, se está refiriendo a la relación de causalidad, y no a la presencia de daños directos.

CAPÍTULO IV

LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD Y LA DELIMITACIÓN DEL *QUANTUM RESPONDATUR*

1. INTRODUCCIÓN

El párrafo primero del artículo 9:501 PECL es, como ya se ha indicado, el fundamento normativo de la pretensión de resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por el acreedor a consecuencia del incumplimiento injustificado. Corresponde al párrafo segundo de dicho artículo y al 9:502 la determinación de qué conceptos o partidas se integran en el daño resarcible. Por su parte, el artículo 9:503, cuyo análisis abordamos en el presente Capítulo, establece hasta dónde se extiende la relación causal a efectos indemnizatorios en el supuesto de que exista una cadena indeterminada de daños conectados a la infracción obligacional; es decir, la cuestión de la determinación del *quantum respondatur*.

A los presupuestos o requisitos del incumplimiento injustificado y del daño, ya estudiados, debe unirse un tercer presupuesto para que surja la obligación de indemnizar: el nexo causal. Debe existir un vínculo causal entre el incumplimiento injustificado y el daño.

Este capítulo tiene como objeto ofrecer una respuesta a los siguientes interrogantes: ¿Cuáles son los daños que el deudor incumplidor ha de indemnizar? ¿De qué consecuencias lesivas debe responder? ¿De qué daños debe considerar un Tribunal que es responsable el deudor que incumple el contrato? ¿En qué daño nos detendremos? En definitiva, solucionar el problema de la delimitación del *quantum respondatur*. También deben tenerse presente, en tanto que limitan el principio de reparación integral del daño, lo establecido en

los artículos 9:504, respecto de las pérdidas imputables a la parte perjudicada, y 9:505, relativo al deber del acreedor de mitigar el daño ¹.

Comenzaremos por el estudio del nexo causal, expresamente contenido en el tenor literal del párrafo primero del artículo 9:501, al disponer que «*la parte perjudicada tiene derecho a una indemnización por daños y perjuicios respecto de las pérdidas sufridas a consecuencia del incumplimiento de la otra parte*». Como se analizará, el término «consecuencia», como manifestación de la causalidad fáctica entre el incumplimiento y el daño, no resuelve, además no es su misión, el problema del *quantum respondatur*². En principio, no todo daño causado es resarcible, y, aunque para ser indemnizado deba encontrarse en unión causal con el incumplimiento, tal vínculo por sí solo no determina su indemnización. Una vez superado el juicio de la vinculación causal fáctica, entra en acción el artículo 9:503³: «*la parte que incumple sólo responde de las pérdidas que haya previsto o que hubiera podido prever razonablemente en el*

¹ Al respecto, indica GÓMEZ POMAR, F., en relación a nuestro Derecho, que «la indemnización del interés contractual positivo está sujeta a un triple límite que puede reducir su alcance y su importe: El 1107 CC limita los daños y perjuicios de que debe responder el deudor de buena fe a los previstos o previsibles al constituirse la obligación y que sean consecuencia de su incumplimiento (parecidamente, art. 74 Convención de Viena y art. 9:503 PECL). Una regla similar se encuentra en los restantes códigos latinos (el francés y el italiano, señaladamente) y en el *Common Law* (la regla de la venerable sentencia *Hadley v. Baxendale*, “*a fixed star in the jurisprudential firmament*” en palabras de Grant Gilmore). Excepción acusada la tenemos en el derecho alemán, en el que tal límite se reemplaza por un deber de advertencia (cumplimentable post-contrato, pero siempre antes del incumplimiento) del daño extraordinario. La concurrencia o compensación de culpas, que permite reducir el importe indemnizatorio en atención a las culpas concurrentes de incumplidor y víctima es también empleado por el TS en la determinación de los daños contractuales, y no sólo en el ámbito extracontractual (SSTS, 1.ª, 15.1.2000, 6.11.2003 y 20.5.2004). Por otra parte, el contratante afectado por el incumplimiento tiene el deber de mitigar los daños que el contratante le ha causado con su incumplimiento (arts. 77 Convención de Viena y 9:505 PECL). En la jurisprudencia española, SSTS, 1.ª, 15.11.1994, 28.1.2000 y 23.5.2005», «El incumplimiento contractual en el Derecho Español», *InDret 3/2007*, (w.w.w.indret.com), pp. 22 y 23.

² Aunque la diferencia entre la causalidad propiamente dicha o causalidad fáctica y los criterios de imputación objetiva o causalidad jurídica será analizada posteriormente, conviene adelantar que la primera determina la existencia de una conexión fáctica entre el incumplimiento y el daño, cumple una función puramente de hecho. La segunda delimita cuáles de las consecuencias dañosas causalmente vinculadas al incumplimiento serán puestas a cargo del patrimonio del incumplidor.

³ Sobre el art. 9:503 PECL en la doctrina española, entre otros, *vid.*: Díez-Picazo, L., Roca Trias, E., Morales, A.M., *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 377 y 378; Marsal Guillamet, J., Lauroba Lacasa, E., «Mecanismos de protección en caso de incumplimiento contractual. Cumplimiento específico e indemnización por daños y perjuicios», en AA. VV., *Bases de un Derecho Contractual Europeo*, (editores Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 467; Navas Navarro, S., «El resarcimiento de daños en los Principios de Derecho de los Contratos (Con especial referencia al Derecho español)», *Actualidad Civil*, 2000, pp. 1235 a 1262; Palazón Garrido, M.L., «El nuevo derecho contractual europeo: incumplimiento y remedios», en AA. VV., *Europa y los nuevos límites de la autonomía privada*, (Juan Miguel Ossorio Serrano ed.), Universidad de Granada, 2005, p. 90; Sánchez Ruiz de Valdivia, I., «La moderna regulación de la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual en el nuevo Derecho de la contratación: El triángulo de las Bermudas», en AA. VV., *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, (dir. Klaus Jochen Albiez Dohrmann, coords. M.ª Luisa Palazón Garrido y M.ª del Mar Méndez Serrano

momento de la conclusión del contrato como consecuencia lógica de su incumplimiento, salvo que el incumplimiento sea deliberado o gravemente negligente»⁴. Este artículo tiene como misión determinar la extensión de la obligación de indemnizar, delimitar el *quantum respondatur*. Aborda el problema de la causalidad jurídica o imputación objetiva⁵, es decir, cuáles de los eventos dañosos causalmente vinculados (desde el punto de vista fáctico) al incumplimiento del deudor serán resarcidos y cuáles no. En definitiva, la imputación objetiva tiene como finalidad atribuir al deudor, a su patrimonio, las consecuencias lesivas de su incumplimiento⁶.

El artículo 9:503 aborda la cuestión de la imputación objetiva del daño al deudor que incumple, debiendo distinguirse dos niveles o grados de imputación. Debe advertirse que los PECL sólo contemplan expresamente el criterio

no), Atelier, Barcelona, 2011, pp. 468 a 470; SOLER PRESAS, A., «La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR», *InDret Barcelona Mayo de 2009*, (w.w.w.indret.com), pp. 5 a 8.

⁴ En similares términos se ha pronunciado el art. III-3:703 DCFR: «The debtor in an obligation which arises from a contract or other juridical act is liable only for loss which the debtor foresaw or could reasonably be expected to have foreseen at the time when the obligation was incurred as a likely result of the non-performance, unless the non-performance was intentional, reckless or grossly negligent». Si bien la regla de la previsibilidad del DCFR coincide con la de los PECL, se aprecian en su tenor literal dos diferencias respecto a los mismos. Con la expresión «other juridical act» extiende su ámbito de aplicación no sólo a la responsabilidad que deriva del incumplimiento de los contratos, sino también a declaraciones o acuerdos que pretendan producir efectos jurídicos. Por otro lado, amplía la exclusión del test de previsibilidad al deudor que incumple por imprudencia. En el DCFR se emplean las expresiones «was intentional, reckless or grossly negligent», por el contrario, en la versión inglesa de los PECL se excluye al deudor que incumple por «intentional or grossly negligent». Estas dos diferencias serán analizadas con detenimiento cuando tratemos la recepción del test de previsibilidad en los PECL. Por último, debe hacerse una precisión de traducción: en la versión española de la obra LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho Contractual Europeo*. Parte I y II. (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»), Edición: Ole Lando y Hugh Beale, (Edición española a cargo de Barres Benlloch P., Embid Irujo J. M. y Martínez Sanz F.), Colegios Notariales de España, Madrid, 2003, se traduce el art. 9:503 como «las pérdidas que haya previsto o que hubiera podido prever razonablemente en el momento de la conclusión del contrato como consecuencia lógica de su incumplimiento»; en cambio, en el DCFR se dice «was incurred as a likely result of the non-performance». ¿Es lo mismo consecuencia lógica que likely result? Además de que considero que la respuesta debe ser negativa, no deja de ser un desliz de traducción, puesto que en la versión inglesa de los PECL se habla también «likely result», que debe ser traducida como «consecuencia o resultado probable», con lo que además de evitarse tal vez un problema, resulta dicha expresión acorde con la empleada en la CISG.

⁵ Aunque resulta obvio, debe aclararse, como afirma PANTALEÓN PRIETO, F., «que “imputación objetiva” no tiene nada que ver con “responsabilidad objetiva”. La imputación objetiva (*imputatio facti*) del daño es un escalón previo a la imputación subjetiva (*imputatio iuris*) del hecho dañoso al responsable, bien con base en el criterio “subjetivo” de la culpa, bien en el criterio “objetivo” del riesgo», «Causalidad e imputación objetiva: Criterios de imputación», en AA. VV., *Centenario del Código Civil, Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Tomo II, Madrid, 1990, nota al pie núm. 3, p. 1562.

⁶ Al respecto señala SÁNCHEZ ARISTI, R., que «lo que se precisa son criterios con los que llevar a cabo un proceso de selección causal, y así poder concluir cuáles, de entre todas las consecuencias dañosas necesariamente conectadas con el incumplimiento, son realmente imputables al deudor», «Comentario a los artículos 1.101 a 1.107», en AA. VV., *Comentario al Código Civil*, (coordinado por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Navarra, 2001, p. 1292.

del test de previsibilidad, siendo los demás criterios de imputación objetiva atraídos al ámbito de la responsabilidad contractual mediante la expresión «likely result». Por orden cronológico, en un primer nivel operarían los criterios de imputación objetiva propiamente dichos, a saber: el riesgo general de la vida, la prohibición de regreso, la provocación, el incremento del riesgo, el fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad y la adecuación⁷. Y, en un segundo nivel, una vez superado el anterior, el test de previsibilidad, que si bien no es más que una específica concreción del concreto criterio de imputación objetiva del fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad, es el único criterio que se encuentra explícitamente comprendido en los PECL. Este segundo nivel de imputación, o de limitación de los daños resarcibles, sólo opera respecto del deudor ordinario⁸, o, lo que es lo mismo, del deudor cuyo incumplimiento no puede calificarse de intencional o deliberado o causado por negligencia grave. La exclusión del test de previsibilidad para aquellos deudores que de forma intencional o deliberada, o con negligencia grave, incumplan el contrato, no contradice que en los PECL nos encontremos ante un sistema de responsabilidad objetiva, sino que lo que significa es que la conducta del deudor ante el incumplimiento se toma en cuenta, siempre dentro de los daños objetivamente imputables, para extender la relación causal a efectos de la indemnización. En otros términos, tales deudores no se verán favorecidos por la limitación de la indemnización a los daños previstos o previsibles.

De una interpretación conjunta del párrafo segundo del artículo 9:501 y del artículo 9:502 con el 9:503, se llega a las mismas conclusiones que, respecto a los artículos 1106 y 1107 CC, señala CARRASCO PERERA al afirmar que «el artículo 1.107 es una determinación de la serie de daños imputables al deudor. Dentro de esta serie es donde actúa el artículo 1.106, estableciendo que, dentro del límite del daño imputable, rige la regla de indemnización de todo daño emergente o lucro cesante (full damages rule). Mientras el artículo 1.106 describe las partidas del daño resarcible, el artículo 1.107 delimita la serie causal de los mismos. La norma del artículo 1.107 es lógicamente de comprensión previa a la del artículo 1.106»⁹. De ello deriva que el artículo 9:503 no supon-

⁷ Los criterios de imputación objetiva son establecidos por el legislador o se deducen por los operadores jurídicos de la propia estructura y función de las normas de responsabilidad con la misión de fijar si los resultados dañosos, causalmente vinculados a la conducta en cuestión, serán puestos a cargo del patrimonio del incumplidor. Al ser una cuestión jurídica, responde a decisiones de dicho orden.

⁸ La opción por la denominación de «deudor ordinario» la justificaremos cuando abordemos esta cuestión en el epígrafe 6 en relación a los PECL.

⁹ CARRASCO PERERA, A., «Comentario a los artículos 1101 a 1107 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (dirigido por Manuel Albaladejo), Tomo XV, Volumen 1.º,

ga una quiebra del principio de reparación integral del daño, que, al igual que en nuestro Derecho, también está vigente en los PECL, sino que dicho principio debe ser entendido en el sentido de que, dentro de los daños objetivamente imputables a la falta de cumplimiento en cualquiera de sus manifestaciones, rige la plena indemnización del daño emergente y del lucro cesante¹⁰.

Debe concluirse que, una vez constatada la existencia de un incumplimiento injustificado y la producción de daños, se deben realizar, en orden a la atribución de las consecuencias lesivas del incumplimiento y sus límites al patrimonio del deudor, tres juicios sucesivos: el juicio de causalidad fáctica o vínculo causal, el de causalidad jurídica o imputación objetiva y el del test de previsibilidad.

Si hasta aquí habíamos enunciado tres presupuestos o requisitos para el nacimiento de la pretensión resarcitoria –incumplimiento injustificado, daño y nexos causal–, corresponde ahora añadir dos más: la imputabilidad al deudor del daño sufrido por el acreedor y la previsibilidad de dicho daño¹¹. Otra opción podría ser considerar que los presupuestos son tres: incumplimiento in-

Edersa, 1989, Madrid, p. 668. En el mismo sentido, entre otros, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., «Comentario a los artículos 1106 y 1107 del Código civil», *Comentarios al Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 45 y 46.

¹⁰ La necesidad de delimitación del principio de reparación integral del daño la justifica SOLER PRESAS, A., señalando que «en todos los ordenamientos jurídicos consultados se afirma con rotundidad la vigencia del principio del resarcimiento íntegro, sin que ello sea óbice para que, a su vez, se considere imprescindible delimitar en virtud de criterios jurídicos la extensión del daño que haya de ser «íntegramente» resarcido. Esta imperiosa necesidad de encorsetar la cuantía del resarcimiento no es, desde luego, novedosa. A los efectos que aquí interesan, y puesto que el análisis de los orígenes de los diversos criterios de delimitación ya han sido tratados por estudiosos más que solventes, nos limitaremos a resaltar que la mencionada necesidad se hizo sentir de forma especialmente acuciante coincidiendo con la era de la llamada revolución industrial –segunda mitad del siglo XIX–, época en la que se definieron los criterios aún hoy vigentes y a la que hemos de remontarnos para dilucidar la finalidad perseguida por los mismos. Situados en este contexto, es fácil comprender por qué resultaba de vital importancia la clara determinación de los criterios de delimitación del *quantum respondatur*. La razón no es otra sino la presión ejercida por la clase social entonces dominante que, detentando los medios de producción, únicamente aceptaba emplearlos en el desarrollo de las nuevas e inciertas empresas que las nuevas tecnologías permitían acometer si se le garantizaba, en la medida de lo posible, que los riesgos inherentes a las mismas se mantendrían dentro de unos parámetros razonables o, mejor, asumibles. La concreción de los criterios de delimitación del resarcimiento devino así en presupuesto necesario para el correcto cálculo de los costes reales que las nuevas suponían y, consecuentemente, para el logro de una provechosa distribución de los recursos económicos», *La Valoración del Daño en el Contrato de Compraventa*, Aranzadi Editorial, Navarra, 1998, pp. 37 y 38.

¹¹ En similares términos, pero en relación a nuestro Derecho, afirma OLIVA BLÁZQUEZ, F., que «hay que determinar si concurren o no los requisitos necesarios para reconocer la responsabilidad contractual por este tipo de daños, a saber: incumplimiento imputable, daño, relación de causalidad entre incumplimiento y el daño, imputabilidad al deudor del daño sufrido por el acreedor y previsibilidad del daño», «Comentario a la Sentencia de 7 de Julio de 2008», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, mayo-agosto 2009, número 80, p. 617.

justificado, daño y juicio de causalidad, subdividiéndose éste último en causalidad fáctica, causalidad jurídica y previsibilidad.

2. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE EL INCUMPLIMIENTO Y EL DAÑO

2.1 *Conditio sine qua non* y teoría de la equivalencia de las condiciones

En un primer intento en la búsqueda de un criterio que solucionara el problema de la relación de causalidad, la cuestión de qué patrimonio debe responder de los daños derivados del incumplimiento y hasta dónde, se acudió, como se indicará, de manera errónea, a la teoría de la equivalencia de las condiciones¹²; como señala PANTALEÓN PRIETO «bien bajo la fórmula de la *conditio sine qua non*, bien bajo la fórmula de la condición ajustada a las leyes de la experiencia científica»¹³.

¹² Sobre la relación de causalidad fáctica entre el incumplimiento y el daño, *vid.*, entre otros: ARCOS VIEIRA, M.^aL., *Responsabilidad Civil: Nexo Causal e Imputación Objetiva en la Jurisprudencia*, Aranzadi, Navarra, 2005; CARRASCO PERERA, A., «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, pp. 730 a 734; DE COSSIO y CORRAL, A., «La causalidad en la responsabilidad civil: Estudio del Derecho ESPAÑOL», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XIX, fascículo III, julio-septiembre 1966, pp. 527 a 554; Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, V La Responsabilidad Civil Extracontractual*, 1.^a edición, Civitas, Navarra, 2011, pp. 360 a 363; GIL RODRÍGUEZ, J., «Responsabilidad por incumplimiento», en AA. VV., *Manual de Derecho Civil. II Derecho de obligaciones. Responsabilidad civil y Teoría general del contrato*, (autores Lluís Puig I Ferrol, María del Carmen Gete-Alonso y Calera, Jacinto Gil Rodríguez y José Javier Hualde Sánchez), Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., segunda edición, Madrid, 1998, p. 308; INFANTE RUIZ, F.J., *La Responsabilidad por Daños: Nexo de causalidad y «causas hipotéticas»*, Tirant Monografías, Valencia, 2002, pp. 141 a 149; LLAMAS POMBO, E., «Comentario a los artículos 1.096 al 1.109 del Código Civil», en AA. VV., *Jurisprudencia Civil Comentada, Código Civil*, Tomo II, (dirigido Miquel Pasquau Liaño), Comares, Granada, 2000, pp. 1825 y 1826; MARTÍN CASALS, M., SOLÉ FELIU, J., «Comentario al artículo 1902», en AA. VV., *Comentarios al Código Civil*, (director Andrés Domínguez Luelmo), Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 2050; OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Comentario a la Sentencia de 7 de Julio de 2008...», *op. cit.*, p. 623; PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva...», *op. cit.*, pp. 1561 a 1565; REGLERO CAMPOS, F., MEDINA ALCOZ, L., «Capítulo V. El nexo causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor», en AA. VV., *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, Parte General, L. Fernando Reglero Campos coordinador, cuarta edición, Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 721 a 780. SALVADOR CODERCH, P., FERNÁNDEZ CRENDE, A., «Causalidad y responsabilidad», tercera edición, *Indret 1/2006*, (w.w.w.indret.com), pp. 3 a 7; SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, *op. cit.*, pp. 40 y 41; XIOL RÍOS, J.A., «Criterios de imputación en la responsabilidad contractual», *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXV, Número 2132, Junio de 2011, pp. 5 y 6; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil, Contractual y Extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 187 a 190.

¹³ PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva...», *op. cit.*, p. 1561. En nota al pie núm. 1 de la página citada justifica dicho autor el empleo del término *conditio*, indicando que escribe «*conditio* y no, como muchos autores españoles y extranjeros, *conditio*, porque aquella es la forma correcta en latín clásico, en el que “condición” era *condicio*, *-onis*, mientras que *conditio*, *-onis* significaba

La teoría de la *condicio sine qua non*¹⁴ se formula tratando de determinar si un suceso concreto¹⁵, en sede contractual, el incumplimiento del contrato, es la causa condición del daño producido. En palabras de INFANTE RUIZ, se consideraría «causa de un resultado toda condición que no puede ser suprimida en mente sin que desaparezca el resultado concreto»¹⁶. La aplicación extrema de esta teoría conduce a considerar todas las causas presentes en un resultado como equivalentes. Así, como sigue diciendo el mencionado autor, «no se realiza ninguna selección causal, entre las innumerables condiciones de cualquier resultado, sino, por el contrario, se consideran equivalentes todas las condiciones. De ahí que también se la conozca como teoría de “equivalencia de las condiciones”. En tal sentido, se suele decir que, cuando el movimiento corporal no puede ser suprimido *in mente* sin que desaparezca la producción de un resultado, existe relación causal entre aquél y éste. El método a seguir por el juzgador será el siguiente: debe colocar un proceso causal hipotético en vez del que se ha producido realmente y preguntarse: ¿Qué habría sucedido si el agente no hubiera actuado?»¹⁷.

Al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2008 afirma que «mediante la aplicación de la regla de la “conditio sine qua non”, conforme a la que toda condición, por ser necesaria o indispensable para el efecto, es causa del resultado; y la de la “equivalencia de condiciones”, según la cual, en el caso de concurrencia de varias, todas han de ser consideradas como iguales en su influencia causal si, suprimidas imaginariamente, la consecuencia desaparece también»¹⁸.

“fundación” o “creación” (del verbo *condo, is, -ere, didi, ditum; post Roman conditam*: después de la fundación de Roma)).

¹⁴ Indica Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., que la teoría de la *condicio sine qua non* «fue forjada, especialmente para el Derecho penal, por VON BURI en 1855 y parece haber recibido la influencia de las ideas relativas a los métodos científicos, especialmente de JOBS y de S. MILL. Es científica, porque rompe con cualquier connotación teológica o metafísica y establece un examen de los fenómenos en sí mismos considerados. Cuando un resultado aparece tras un conjunto de condiciones, el método experimental exige suprimir mentalmente o empíricamente cada una de ellas. En este sentido, causa es la condición *sine qua non* del daño, es decir aquél de los elementos o de las condiciones, que, si hubiera faltado el resultado dañoso no se hubiera producido. Si se quita la causa, desaparece la consecuencia (*sublata causa tollitur effectus*)», *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, V..., *op. cit.*, p. 360. *ViD.*, también YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, pp. 188 y 189.

¹⁵ En este sentido afirma Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., que «sólo hay que diferenciar entre condición *sqn* y las demás, es decir, aquéllas que si son mentalmente suprimidas, el resultado sigue produciéndose. Causa es, de esta manera, toda condición sin la cual el efecto no se habría producido», *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, V..., *op. cit.*, p. 360.

¹⁶ INFANTE RUIZ, F.J., *La Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, p. 142.

¹⁷ INFANTE RUIZ, F.J., *La Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, p. 142.

¹⁸ STS de 9 de octubre de 2008, ponente D. José Ramón Ferrándiz Gabriel (RJ 2008, 6042).

La asunción de la *condicio sine qua non*, sin ulteriores matices, se ha manifestado excesiva e insuficiente, al no solucionar determinados grupos de casos¹⁹.

Respecto a lo excesivo de sus postulados, señala YZQUIERDO TOLSADA que «no ya sólo desde el punto de vista filosófico, sino, y sobre todo, desde el propiamente jurídico, pues, al hacer responsable a la persona de todas las consecuencias, se llega a conclusiones que la propia razón no puede admitir. Así, por ejemplo, de la negligencia del médico al tratar una lesión, podría responder también el propio causante de ésta; el caso fortuito no serviría tampoco como eximente; la culpa del propio perjudicado tampoco tendría relevancia para mitigar la responsabilidad, etc. Y es que no es precisamente lo mismo *causa* que *ocasión*»²⁰.

En concreto, la utilización exclusiva de la teoría de la *condicio sine qua non* no ofrece soluciones satisfactorias respecto a siguientes grupos de casos: a) Los casos de causalidad concurrente o cumulativa: se trata de los supuestos en que concurren dos cursos causales independientes produciendo simultáneamente el mismo resultado dañoso, de forma que cualquiera de los mismos tiene entidad suficiente para generar el mismo daño. Un ejemplo sería el del empleado que despedido de la fábrica donde trabaja, en represalia, acude por la noche a la misma y le prende fuego, y, a los pocos minutos, como conse-

¹⁹ Lo que lleva a INFANTE RUIZ, F.J., entre otros, a afirmar que «la adopción de esta sintética fórmula pronto acarreó diversos problemas de sobra conocidos (*regressus ad infinitum*, y que no se aprehende de forma inmediata la relación de causalidad, sino que la *presupone lógicamente*, pues sólo cuando ya se sabe que existe relación de causalidad entre la causa y el resultado puede decirse que sin la causa tampoco se hubiera producido el resultado)», *La Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, p. 142.

²⁰ YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, p. 190. En este sentido, resulta muy gráfico el ejemplo que expone en la p. 187 de la misma obra citada, sobre una noticia de prensa en la que se lee: «Un perro cae al vacío y provoca varias muertes consecutivas. Una cadena de sucesos trágicos se sucedió en el barrio bonaerense de Caballito a partir del momento en que un perro cayó accidentalmente desde un tercer piso. “Cachi”, que así se llama el animal, fue a golpear en la cabeza de Marta Fortunata, de setenta y cinco años de edad, que caminaba despreocupada por el lugar. Como consecuencia del impacto, la anciana murió de forma instantánea. Seguidamente, una rueda de curiosos se comenzó a formar en torno al cadáver. El corro desbordó pronto la acera y comenzó a ganar parte a la calzada, donde el tráfico se desarrollaba a gran velocidad. En ese momento, un autobús alcanzó de lleno a Edith Solá, de cuarenta y seis años, quien murió en el lugar después de haber sido arrastrada varios metros por el vehículo. Cuando el estupor de los presentes ante este nuevo y trágico suceso no había desaparecido, frente al escenario de los hechos, un hombre que no fue identificado sufrió un ataque cardíaco y murió minutos después, en el interior de la ambulancia que lo trasladaba a un hospital». Si este trágico suceso de la vida real fuera sometido a un Tribunal que siguiera en exclusividad los enunciados de la *condicio sine qua non*, no tendría otra solución que hacer responsable al propietario del perro de los trágicos daños que produjo. También resulta muy ilustrativo del exceso al que nos podría llevar la *condicio sine qua non*, el ejemplo de GOLDENBERG, I., «a causa de un clavo la herradura se perdió, a causa de la herradura el caballo se perdió, a causa del caballo el jinete se perdió, a causa del mensaje la batalla se perdió, a causa de la batalla, la guerra se perdió, a causa de la guerra el Imperio se perdió, a causa de un clavo el Imperio se perdió», *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1984, p. 123.

cuencia de un rayo que impacta en la fábrica, se produce otro incendio. Al resultado –la fábrica ha quedado totalmente carbonizada–, se ha llegado por dos cursos causales distintos, el intencionado por el empleado despedido y por el caso fortuito del rayo²¹; de forma que si mentalmente suprimimos cualquiera de ellos, hubiéramos tenido idéntico final²². b) Los supuestos de causalidad hipotética, en los que existe una primera causa del daño o causa real y otra causa reserva, que, de no ser por la primera, también hubiera producido el mismo resultado²³. PANTALEÓN PRIETO cita un ejemplo muy ilustrativo, aunque de responsabilidad extracontractual, de ENGISCH: «al padre de la víctima asesinada se le permite presenciar la ejecución del asesino de su hijo; consigue aproximarse a hurtadillas al patíbulo y, en el momento decisivo, aprieta el botón –en vez del verdugo, al que aparta en el mismo instante– a fin de vengar por su propia mano la muerte de su hijo»²⁴.

Como se puede deducir, si aplicamos a cualquiera de los dos grupos de casos anteriores los enunciados de la *condicio sine qua non*, llegaríamos a soluciones difícilmente asumibles. ¿Habría que eximir de responsabilidad al vengativo empleado porque de todas formas la fábrica hubiera ardido? ¿No habría cometido un delito el desconsolado padre que pulsa el botón del asesino de su hijo? La respuesta es clara: no sería sensato dejar ambas actuaciones impunes bajo la excusa que, de todas formas, se hubiera producido el daño. Como señala INFANTE RUIZ para estos grupos de casos, «si se suprime *in mente* el proceso causal que ha tenido lugar realmente y se sustituye por uno hipotético, se llega a la conclusión de que el resultado se habría producido en todo caso. La pregunta que surge inmediatamente es la siguiente: ¿Se podrá negar

²¹ Cita INFANTE RUIZ, F.J., cómo se solucionó en Estados Unidos, ante las deficiencias de la *condicio sine qua non* (but for test), un supuesto similar de causalidad cumulativa, indicando que «la Corte de Minnesota en el célebre caso *Anderson v. Minneapolis St. P. & S. S. M. R. Co, Minnesota*, 1920 (dos incendios son causados culposamente e independientemente concurren a la producción del daño, pero cada uno de ellos habría sido suficiente para provocarlo), abandonó el *but for test* por una regla más amplia, que ha sido generalmente aceptada en los EE. UU. En virtud de esta última regla, denominada, *substantial factor rule*, la conducta del demandado es causa del evento dañoso si fue un *elemento material* y un *factor sustancial* en su causación. Esta regla, sin embargo, no puede ser denominada “test” según entiende la más autorizada doctrina, pues no es más que una corrección al llamado *but for test*, para este especial grupo de casos en los que falla», *La Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, p. 148.

²² Sobre la causalidad concurrente o cumulativa, también denominada doble o adicional, *vid.*, entre otros: PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva...», *op. cit.*, pp. 1561; INFANTE RUIZ, F.J., *La Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, p. 143 y SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, *op. cit.*, p. 41.

²³ Sobre la causalidad hipotética, *vid.*, entre otros: PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva...», *op. cit.*, pp. 1562; INFANTE RUIZ, F.J., *La Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, p. 143 y SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, *op. cit.*, p. 41.

²⁴ PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva...», *op. cit.*, p. 1562.

aquí la relación de causalidad sobre la base de la teoría de *la condicio sine qua non*?»²⁵.

Con la intención de superar los problemas que plantea la teoría de *la condicio sine qua non*, postuló ENGISCH una corrección de la misma mediante la fórmula de la condición ajustada a las leyes de la experiencia científica.²⁶ La misma niega la existencia de causalidad cuando no existe certeza científica que ratifique que de esa acción u omisión deriven tales daños. Por tanto, existirá causalidad cuando quede acreditada «si a una acción se han vinculado modificaciones en el mundo exterior subsiguientes en el tiempo, que estaban unidas con la acción según las leyes [naturales] y que se presentan como resultado típico»²⁷.

Del estudio de *la condicio sine qua non*, corregida mediante la condición ajustada a las leyes de la experiencia científica, así como de la regla parecida denominada *but for test* del Derecho angloamericano²⁸, corregida por la *substantial factor rule*, concluye INFANTE RUIZ, con el que coincidimos, que «la “condición ajustada a las leyes de la experiencia científica” nos llevará, particularmente, a no negar el nexo causal en los cursos causales alternativos hipotéticos... de suerte que la “causa real” resultará la condición que conforme a las “leyes causales generales” sea el “factor material” del daño. Por consiguiente, es necesario un ulterior paso, para negar o no la responsabilidad del

²⁵ INFANTE RUIZ, F.J., *La Responsabilidad por Daños...*, op. cit., p. 143.

²⁶ ENGISCH, K., *Die Kausalität als Merkmal strafrechtlicher Tatbestände*, Tübingen, 1931.

²⁷ ENGISCH, K., *Die Kausalität als...*, op. cit., p. 21. La traducción es de INFANTE RUIZ, F.J., *La Responsabilidad por Daños...*, op. cit., p. 145. Tales afirmaciones han llevado como indica INFANTE RUIZ, F.J., a sostener que «el nexo de causalidad entre la conducta y el resultado concreto debe darse por establecido, si, dada la ley de “eventos del tipo C + K que vienen regularmente sucedidos por un evento del tipo R”, el resultado, la conducta y las demás circunstancias concomitantes pueden reconducirse respectivamente a R, C y K», *La Responsabilidad por Daños...*, op. cit., p. 145. En el mismo sentido, también acudiendo a las leyes de la experiencia científica matiza SOLER PRESAS, A., la teoría de la equivalencia de las condiciones, señalando que resulta «preferible enunciarla considerando si dos eventos del tipo C y K vienen regularmente sucedidos por un resultado del tipo R, el nexo causal entre la conducta y el resultado debe considerarse establecido si dichos resultado, conducta y circunstancias concomitantes pueden reconducirse, respectivamente, a R, C y K. En definitiva, parece conveniente matizar la teoría de la equivalencia atendiendo a las leyes de la experiencia científica o a criterios de regularidad causal, pues sólo así podremos predecir, en cierto modo, el curso de los acontecimientos, predicción que impide el enunciado tradicional de la *condicio* al limitarse a confirmar una relación causa-efecto cuando ya sea patente, esto es, cuando ya se sabe que la conducta C ha influido en el resultado R», *La Valoración del...*, op. cit., p. 41.

²⁸ En relación a la teoría denominada *but for test*, según INFANTE RUIZ, F.J., «un acto u omisión no es contemplado como causa de un evento si el particular evento hubiera ocurrido sin él. A nivel jurisprudencial se expresa del siguiente modo: “la conducta del demandado es causa del evento si éste no hubiese ocurrido sin esa conducta; viceversa, la conducta del demandado no es causa del evento, si éste hubiera ocurrido incluso sin ella”. Este test sirve para explicar el mayor número de casos, pero, según señala la doctrina, hay un grupo de casos en los que falla: si dos causas concurren a causar un evento, y cualquiera de ellas, operando por sí sola, habría sido suficiente para causar idéntico resultado, se necesitaría algún otro test», *La Responsabilidad por Daños...*, op. cit., pp. 147 y 148.

sujeto agente en estos casos, y éste no es otro que la tan anunciada “imputación objetiva”»²⁹.

Las críticas recibidas por la teoría de la equivalencia de las condiciones llevaron a la doctrina, como señala DÍEZ-PICAZO, a realizar «una valoración de las condiciones, no equivalentes entre sí para poder saber cuál ha de ser en cada caso la causa del daño»³⁰. Así surge la teoría de «la causa próxima», según la cual se le debe otorgar relevancia a la causa inmediata o más próxima en el tiempo, sin necesidad de remontarse a las demás causas que son consideradas excesivamente distantes o alejadas (*too remote*)³¹. Si bien la causa próxima puede resultar válida para algunos supuestos, también se le ha criticado, con acierto, que plantea principalmente dos problemas, ya que «a la dificultad de establecer cuál ha sido la condición última en un suceso, se añade que no siempre el antecedente temporal más próximo en la cadena causal es el determinante»³². De las críticas a la teoría de la causalidad próxima surge la de la causalidad adecuada, que será objeto de estudio pormenorizado junto con los demás criterios de imputación objetiva³³.

2.2 Causalidad fáctica e imputación objetiva

El recorrido realizado en la búsqueda de una acertada teoría de la causalidad ha llevado a la doctrina y a la mejor jurisprudencia a la conclusión de que en el fondo del problema laten dos cuestiones diferentes, una fáctica y otra jurídica; como señala YZQUIERDO TOLSADA, una *quaestio facti*, en relación a la causalidad –causalidad fáctica o *causation in fact*–, y otra, *quaestio iuris*, respecto de la imputación objetiva –causalidad jurídica o *causation in law*–³⁴. La anterior distinción fue por primera vez postulada en nuestra doctrina civil en el año 1966 por DE COSSIO al afirmar que «en cuanto el *hecho causal* del daño o del perjuicio puede ser *imputado* o atribuido a una determinada persona, la cual habrá, por tanto, de sufrir la compulsión, sufrir la pena o reparar por

²⁹ INFANTE RUIZ, F.J., *La Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, p. 149.

³⁰ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, V...*, *op. cit.*, p. 361.

³¹ Sobre la causalidad próxima, *vid.*, entre otros a: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, V...*, *op. cit.*, pp. 362 y 363; SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, *op. cit.*, pp. 41 y 42 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, pp. 190 y 191.

³² YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, p. 191.

³³ Sobre la causalidad adecuada, *vid.*, entre otros a: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, V...*, *op. cit.*, pp. 364 a 366; SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, *op. cit.*, p. 42 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, pp. 191 a 193.

³⁴ YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, p. 193.

su cuenta el daño, es decir, *responder* de la infracción producida... no se trata tanto de imputar a una persona un hecho dañoso como de determinar cuál sea el patrimonio que en último término habrá de soportar sus consecuencias dañosas, y así, más que de una imputación personal, se trata aquí de una imputación patrimonial»³⁵. Continúa DE COSSIO señalando que causalidad e imputación son dos ingredientes diferentes y a la vez necesarios para que nazca la obligación de *responder* puesto que «la causalidad del daño es una relación de carácter objetivo que no basta por sí sola para determinar la imputación del mismo a un sujeto, ya que ésta depende, además, de la concurrencia de otros requisitos jurídicos, que unidos al de causalidad, constituyen al agente en responsable civil... podemos desde ahora dejar sentado que sin causalidad no hay imputación posible, pero que no basta la causalidad para que el hecho dañoso sea imputable»³⁶.

Siguiendo esta línea, como afirma PANTALEÓN PRIETO³⁷, «el problema de la existencia o no de nexo de causalidad entre la conducta del posible responsable y el resultado dañoso –lo que los anglosajones llaman *causation in fact*– no debe ser en modo alguno confundido con el problema radicalmente distinto, de si el resultado dañoso, causalmente ligado a la conducta en cuestión, puede o no ser “puesto a cargo” de aquella conducta como “obra” de su autor, de acuerdo con los criterios establecidos al efecto por el legislador, o deducidos por el operador jurídico de la estructura y función de las normas de responsabilidad corrientes. No debe ser en modo alguno confundido, en suma, con el problema de si el resultado dañoso es o no *objetivamente imputable* a la conducta del demandado –lo que se ha llamado, en forma muy imprecisa, “causalidad jurídica” (la *causation in law, legal causation o remoteness of damage* de los anglosajones) y lo que la doctrina alemana, con más precisión, denomina *objektive Zurechnung*»³⁸.

De las afirmaciones de PANTALEÓN PRIETO se extraen que las deficiencias que se le han criticado a la teoría de la equivalencia de las condiciones devienen de que se buscaba en ella soluciones no conformes con su finalidad³⁹, puesto que el nexo de causalidad tiene como misión determinar la exis-

³⁵ DE COSSIO Y CORRAL, A., «La causalidad en...», *op. cit.*, p. 527 y 528.

³⁶ DE COSSIO Y CORRAL, A., «La causalidad en...», *op. cit.*, p. 536.

³⁷ PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva...», *op. cit.*, pp. 1561 y 1562.

³⁸ En el mismo sentido se han pronunciado, entre otros: GIL RODRÍGUEZ, J., «Responsabilidad por...», *op. cit.*, p. 308; INFANTE RUIZ, F.J., *La Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, pp. 149 y 150; SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, *op. cit.*, p. 40 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, pp. 193 y 194.

³⁹ Lo que le llevó a afirmar en relación a la distinción entre el nexo causal y la imputación objetiva que «desgraciadamente, tan importante distinción no suele encontrarse en los civilistas españoles quienes,

tencia de la conexión entre el incumplimiento y el daño, y, por tanto, nos encontramos ante una cuestión puramente de hecho. Por el contrario, la función de la imputación objetiva es delimitar cuáles de las consecuencias dañosas causalmente vinculadas al incumplimiento serán puestas a cargo del patrimonio del incumplidor, lo que entraña un juicio posterior al de la vinculación causal. El nexo de causalidad, al ser una cuestión de hecho, no puede ser modulable por el legislador; en cambio, los criterios de imputación objetiva, al ser una cuestión jurídica, sí responden a decisiones de orden jurídico⁴⁰.

Continuando con las afirmaciones de PANTALEÓN PRIETO, que tiene el mérito de haber impulsado en nuestra doctrina civil esta metodología⁴¹, nos indica que «el Derecho no puede sino partir del concepto de causalidad propio de la Lógica y de las Ciencias de la Naturaleza: la llamada “concepción nomológico-funcional” de la causalidad. Los operadores jurídicos no son “productores”, sino “consumidores” de las leyes causales. Por ello puede afirmarse que la decisión sobre la existencia o no de la relación de causalidad es una “cuestión de hecho”, libre de valoraciones específicamente normativas. Por el contrario, el problema de la imputación objetiva –la función de cuyos criterios es evitar que sean puestas a cargo del responsable absolutamente todas las consecuencias de las que su conducta es causa– es una cuestión claramente *jurídica*»⁴².

Una vez delimitada la distinción entre causalidad e imputación objetiva, nomenclaturas que considero las más acertadas por resultar las más acordes con la función que cada una tiene asignada, no debe extrañarnos que se empleen también las expresiones causalidad de hecho o fáctica y causalidad jurídica, respectivamente. Estimo que continuar empleando la expresión causalidad jurídica desvirtúa los contornos sobre los que se han cimentado los criterios de imputación objetiva, y, además, puede llevarnos al error de seguir conside-

en consecuencia, rechazan hoy mayoritariamente la teoría de la equivalencia de las condiciones como vía correcta para la determinación de la relación de causalidad. No podía ser de otra forma: si las cuestiones de causalidad en sentido propio no se diferencian de las de imputación objetiva, es claro que aquella teoría no puede ser aceptada, porque conduciría a una indeseable, por ilimitada, extensión de la responsabilidad. Cuando lo cierto es que la dificultad surge al pretender utilizar la teoría de la equivalencia de las condiciones, o la fórmula de la *condicio sine qua non*, en algo para lo que no sirven ni han servido nunca: para determinar los límites de imputación objetiva de las consecuencias dañosas a la conducta del responsable», PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva...», *op. cit.*, p. 1565.

⁴⁰ Como afirma XIOL RÍOS, J.A., «el nexo de causalidad se considera tradicionalmente por la jurisprudencia como una cuestión de hecho que corresponde apreciar a los tribunales de instancia. Sin embargo, la imputación objetiva se considera como una *quaestio iuris* revisable en casación en el ámbito de la aplicación del artículo 1902 CC», «Criterios de imputación...», *op. cit.*, p. 6.

⁴¹ Cimentada en su trabajo «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1982», *La Ley*, 1982-2, 385 y 391.

⁴² PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva...», *op. cit.*, p. 1563.

rándolo como un problema de causalidad, cuando, como se ha insistido, lo que hacen es establecer criterios de imputación en relación al patrimonio que tiene que cargar con la indemnización de los daños. Por ello, corresponde replantearse la idoneidad de la teoría de la equivalencia de las condiciones para solucionar el problema de la relación de causalidad en el sentido expuesto.

Si, como se ha afirmado, el único cometido de la relación de causalidad es establecer un vínculo causal entre el incumplimiento y el daño, debe afirmarse que dicha función sí la cumple la teoría de la equivalencia de las condiciones⁴³, ya que, si se opera mentalmente la supresión de cualquiera de las condiciones concurrentes, se observará si el daño se hubiera producido o no⁴⁴.

Debe indicarse que la distinción entre causalidad e imputación objetiva ya fue sostenida en nuestro país a mediados de los años 60, por influencia de la doctrina penal alemana, por GIMBERNAT⁴⁵, habiendo sido seguida por un importante número de sentencias del Tribunal Supremo en materia penal⁴⁶.

⁴³ OLIVA BLÁZQUEZ, F., comentando la STS de 7 de julio de 2008, ponente D. José Almagro Nose-te (RJ 2008, 4473), en la que la Entidad Mercantil «Lackey, S. A.» reclama indemnización de daños contractuales a «Ariño Duglass, S. A.», derivados de la defectuosa fabricación por ésta de unos cristales que la demandante empleaba en la fabricación de hornos, afirma que «es necesario destacar que debe probarse la existencia de una relación de causalidad fáctica entre el incumplimiento imputable del deudor y el daño padecido por el acreedor. Debemos advertir que en este momento el término “causalidad” lo empleamos en un sentido literal o estricto; se trata de determinar si un concreto suceso, la falta de ejecución de la prestación acordada, es la causa-condición del daño alegado (*causation in fact*). Por lo tanto, en función de la teoría de la *conditio sine qua non*, que considera causa de un resultado cualquier condición que no puede ser mentalmente suprimida sin que desaparezca el resultado concreto, puede afirmarse que, efectivamente, el incumplimiento contractual es *conditio sine qua non* del daño invocado por el recurrente en casación», «Comentario a la Sentencia de 7 de Julio de 2008...», *op. cit.*, p. 623.

⁴⁴ Como indica GIL RODRÍGUEZ, J., «la afirmación de la relación de causalidad se alcanza con base en las leyes de la experiencia científica, de manera que las pruebas practicadas al efecto pueden proporcionar la convicción de que los daños alegados han sido o no causados por la conducta del deudor (STS de 13-II-1991: las vacas murieron por la ingestión de sustancias tóxicas del pienso suministrado; STS de 3-X-1991: la cosecha de limones se perdió por causa del producto antiplaga; STS de 4-III-1995: no queda acreditado que la falta de producción y el virus de determinadas cepas provenga del material vegetal suministrado para la plantación del viñedo; STS de 19-III-1998: no hay relación de causa a efecto entre la actuación del Notario y el perjuicio alegado, pues la falta de inscripción de la hipoteca se debió al impago del impuesto por los interesados)», «Responsabilidad por...», *op. cit.*, p. 308.

⁴⁵ GIMBERNAT ORDEIG, I., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966, pp. 73 y ss. Al que han seguido: LARRAURI I PIJOAN, E., «Notas preliminares para una discusión sobre la imputación objetiva», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988, pp. 715 a 775; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General: Fundamentos y teoría del delito*, 2.ª ed., Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1985, pp. 176 y ss., y TORÍO LÓPEZ, A., «Naturaleza y ámbito de la imputación objetiva», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1986, pp. 33 a 48.

⁴⁶ STS de 20 de mayo de 1981 (Sala Segunda), ponente D. José Hermenegildo Moyna Ménguez (RJ 1981, 2247) en la que se afirma que «el delito de imprudencia como todos los tipos de resultado, suscita el problema de la relación o nexo causal, que es presupuesto primero y esencial de la imputación “objetiva”, y a falta de toda norma legal su regulación ha quedado confiada a la elaboración jurisprudencial, predominando en las resoluciones de esta Sala la doctrina de la equivalencia que concede el valor de causa a todas las condiciones necesarias para la producción de un resultado, pero como este criterio provoca una ampliación insatisfactoria de la esfera de la responsabilidad criminal se ha sentido la necesidad

Afortunadamente, el camino iniciado en nuestra doctrina civil por DE COSSIO y difundido por PANTALEÓN PRIETO, ha calado en nuestra mejor doctrina⁴⁷, e incluso se han cumplido los deseos del segundo de que «la Sala Primera del Tribunal Supremo siga el ejemplo de las sentencias antes citadas de la Sala Segunda, así como el de la moderna jurisprudencia comparada. Desde cualquier punto de vista, dogmático o práctico, el separar las cuestiones causales de los problemas de imputación objetiva no puede sino merecer aplauso»⁴⁸.

Los aplausos reclamados por PANTALEÓN PRIETO, aunque se han hecho rogar, ya se han producido⁴⁹; así la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de

de acotar y restringir el campo del nexo causal antes de llegar al plano de la culpabilidad, utilizando a estos fines la doctrina de la causa adecuada o eficiente que contempla el problema desde el punto de vista de la acción, o refiriéndose a las consecuencias naturales, lógicas o racionales que lo consideran desde la vertiente del resultado, pudiendo afirmarse como síntesis de lo expuesto, que quien ha puesto una condición “sine qua non” del resultado ha causado el resultado, pero para que éste pueda serle “objetivamente” atribuido es necesario, además, que tal condición sea adecuada, eficiente, o apropiada, conforme a las reglas de la experiencia, para producir el resultado típico, que, por ende, ha de aparecer como consecuencia natural, lógica o racional de la acción». Con mayor claridad aún la STS de 5 de abril de 1983 (Sala Segunda), ponente D. Martín Jesús Rodríguez López (RJ 1983, 2247), señala que «la sentencia de esta Sala de 20 mayo 1981 (RJ 1981/2247), ya ha distinguido con la precisión posible dentro de la difícil doctrina de la causalidad, entre relación causal e imputación objetiva, como categorías independientes y sucesivas, y que para la responsabilidad penal no basta con la constancia de la relación causal –a determinar según el criterio de la equivalencia de condiciones– sino que además se precisa la imputación objetiva del resultado, para lo que se requiere la adecuación de la causa para producir aquél como consecuencia lógica y natural de aquélla. Es decir, como se tiene adelantado, que la imputación objetiva se sitúa en un momento anterior a la llamada imputación subjetiva. La concurrencia o no de causalidad es algo empíricamente constatable, a determinar según los métodos de las ciencias naturales, y ésta es la base de la teoría de la equivalencia de condiciones. Pero otra cosa distinta es que para el injusto típico se requiera además la concurrencia de una categoría puramente normativa: la imputación objetiva, es decir que mediante criterios extraídos de la interpretación de la esencia y función del tipo de injusto, se pueda afirmar desde el punto de vista jurídico penal, que un resultado es objetivamente atribuible, imputable, a una acción. Como criterio de imputación objetiva del resultado puede señalarse (como más frecuente) el de la adecuación, pero también pueden existir otros, como el de la relevancia, el de la realización del peligro inherente a la acción base, o los del incremento o disminución del riesgo, o el del fin de protección de la norma; estos últimos discutidos, pero esclarecedores en materia como la de la causalidad, cuya conceptualización doctrinal sigue en evolución». En el mismo sentido pueden consultarse las SSTS de 11 de febrero de 1987 (Sala Segunda), ponente D. Fernando Díaz Palos (RJ 1987, 1241) y de 17 de noviembre de 1987 (Sala Segunda), ponente D. Eduardo Mórner Muñoz (RJ 1987, 8532). *Vid.* también las numerosas sentencias citadas por INFANTE RUIZ, F.J., *La Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, pp. 155 y 156.

⁴⁷ Tras los pasos de DE COSSIO y PANTALEÓN, han admitido la distinción entre el nexo de causalidad y la imputación objetiva, entre otros: CAVANILLAS MÚGICA, S., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1988», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 17, abril-agosto, 1988, pp. 379 a 388; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, V..., *op. cit.*, pp. 366 a 375; LLAMAS POMBO, E., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1992», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 30, septiembre-diciembre, 1992, pp. 995 a 1007; SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, *op. cit.*, pp. 40 y 41. Más recientemente, INFANTE RUIZ, F.J., *La Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, pp. 149 a 160; OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Comentario a la Sentencia de 7 de Julio de 2008...», *op. cit.*, pp. 623 a 627.

⁴⁸ PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva...», *op. cit.*, p. 1566.

⁴⁹ Al respecto, señalan MARTÍN CASALS, M., SOLÉ FELIU, J., que «en los últimos años, se ha impues- to en la jurisprudencia del TS español un análisis de las cuestiones causales basado en un doble enfoque,

octubre de 2005⁵⁰ resuelve la petición de indemnización de daños y perjuicios interpuesta por una señora contra el médico que, a consecuencia de una operación de cirugía estética llevada a cabo por el mismo, le produjo «unas secuelas consistentes en unas cicatrices queloideas en el labio inferior y en el mentón, y un consiguiente trastorno psíquico calificado por los especialistas de “neurosis de angustia”, como consecuencia de habersele practicado el 11 de mayo de 1987 por el médico Dr. Carlos Manuel, en su consulta “Centro de Salud y Estética” de Bilbao, una intervención consistente en tratamiento dermoabrasador por láser quirúrgico CO₂ con la finalidad de hacer desaparecer unas pequeñas cicatrices puntiformes en la región peribucal y mentón provenientes de una depilación eléctrica realizada hacía algunos años». En dicha sentencia argumenta el Tribunal Supremo que «la intervención quirúrgica del médico demandado está prevista en el estado de conocimiento de la ciencia médica en el momento de su práctica como idónea para conseguir el resultado pretendido y fue practicada correctamente con arreglo a la técnica y práctica médica. Es por ello que no cabe hacer al Dr. Carlos Manuel ningún juicio de reproche en el ámbito de la culpabilidad, pero incluso se debe decir que falta el elemento de la causalidad en su secuencia de causalidad jurídica –criterio de imputación objetiva o de atribuidibilidad del resultado–. Evidentemente hay causalidad física o material –“*questio facti*” para la casación–, porque el queloide se generó como consecuencia de la intervención quirúrgica, y sin ésta no habría habido aquél. Pero no hay causalidad jurídica –juicio perteneciente a la “*questio iuris*”–, bien porque se entienda aplicable la exclusión en virtud del criterio de imputación objetiva del “riesgo general de la vida”, bien porque no ha sido la intervención la denominada causa próxima o inmediata, ni la causa adecuada, criterio éste (para unos, filtro de los restantes criterios de imputación; para otros, residual de cierre del sistema, y que, por ende, opera cuando no sea aplicable alguno de los previstos específica-

material y jurídico, que había venido siendo defendido por un sector de la doctrina. Así, constituye ya un criterio habitual en las sentencias de nuestro Alto Tribunal el establecer, en primer lugar, la existencia del nexo de causalidad desde un punto de vista físico (causalidad de hecho), de acuerdo con la regla la equivalencia de las condiciones (*conditio sine qua non*), según la cual “es causa todo aquello que no pueda suprimirse imaginariamente sin que desaparezca también el efecto” [STS 27-6-2005 (RJ 2007\4438)]. Sin embargo, este primer criterio debe complementarse con otro, de carácter jurídico (causalidad jurídica o imputación objetiva), cuyo fin consiste en establecer “si el resultado dañoso producido es o no objetivamente atribuible” al agente, en el sentido de que pueda ponerse jurídicamente a su cargo [SSTS 26-1-2007 (RJ 2007\1873), 17-2-2009 (RJ 2009\1494) y 2-3-2009 (JUR 2009\169946)]. Para llevar a cabo este segundo juicio normativo, el TS acude principalmente al criterio de la causalidad adecuada [entre otras SSTS 27-6-2005 (RJ 2007\4438), 26-1-2007 (RJ 2007\1873) y 16-2-2009 (RJ 2009\1491)], pero cada vez con mayor frecuencia utiliza o cita otros criterios de imputación objetiva como el del riesgo general de la vida, el fin de protección de la norma, el criterio de la provocación o el del la prohibición de regreso [v. gr. STS 17-2-2009 (RJ 2009\1494)], «Comentario al artículo 1902», *op. cit.*, p. 2050.

⁵⁰ STS de 21 de octubre de 2005, ponente D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2005, 8547).

mente en la doctrina –riesgo general de la vida, provocación, prohibición de regreso, incremento del riesgo, ámbito de protección de la norma, consentimiento de la víctima y asunción del propio riesgo, y de la confianza–) que descarta la causalidad cuando, como dice la doctrina, “el daño aparece como extraordinariamente improbable para un observador experimentado que contara con los especiales conocimientos del autor y hubiese enjuiciado la cuestión en el momento inmediatamente anterior a la conducta”. Y en ello encaja el supuesto de autos y la apreciación de la resolución recurrida, pues aun cuando en la misma se alude a la imprevisibilidad, y no cabe estimar no previsible aquel tipo de complicaciones que en ocasiones se pueden producir, es obvio que no cabe cargar en la actuación del agente las que tienen carácter excepcional, dependen de condiciones genéticas del sujeto concreto (paciente) y que no existe posibilidad normal de conocer o averiguar con anterioridad a la intervención. Por lo que hay una ausencia de causalidad jurídica (en cuya órbita se sitúa el caso fortuito del art. 1105), aparte también en todo caso de culpabilidad (reproche subjetivo)⁵¹.

También debe invocarse la ya citada sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2008⁵², en cuanto que resume el recorrido de la relación de causalidad de la siguiente manera: «Dicha relación se reconstruye, en una primera fase, mediante la aplicación de la regla de la “*conditio sine qua non*”, conforme a la que toda condición, por ser necesaria o indispensable para el efecto, es causa del resultado; y la de la “equivalencia de condiciones”, según la cual, en el caso de concurrencia de varias, todas han de ser consideradas como iguales en su influencia causal si, suprimidas imaginariamente, la consecuencia desaparece también. Afirmada la relación causal según las reglas de la lógica, en una segunda fase se trata de identificar la causalidad jurídica, para lo que entran en juego los criterios normativos que justifiquen o no la imputación objetiva de un resultado a su autor, en función de que permitan otorgar, previa discriminación de todos los antecedentes causales del daño en función de su verdadera dimensión jurídica, la calificación de causa a aquellos que sean relevantes o adecuados para producir el efecto»⁵³.

Posteriormente, el Tribunal Supremo ha continuado ratificando la distinción que venimos abordando, señalando en su sentencia de 10 de julio

⁵¹ Curiosamente ahora que la imputación objetiva parece una teoría asumida por el Tribunal Supremo, se empieza a cuestionar su importancia por algunos autores como GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*, Comares, Granada, 2008, pp. 117 a 134.

⁵² STS de 9 de octubre de 2008, ponente D. José Ramón Ferrándiz Gabriel (RJ 2008, 6042).

⁵³ La misma distinción se observa en las SSTS de: 30 de abril de 1998, ponente D. Pedro González Poveda (RJ 1998, 2602); 20 de febrero de 2003, ponente D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2003, 1174) y 11 de abril de 2008, ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2008, 4358).

de 2012 que, «establecido el nexo de causalidad por la sentencia de apelación entre la omisión de sus obligaciones por parte de la concesionaria y el resultado producido, únicamente resta en casación la facultad de examinar si se ha verificado adecuadamente la imputación objetiva del daño a la entidad de la que se exige responsabilidad, pues la imputación objetiva, que integra una “*quaestio iuris*” [cuestión jurídica], comporta un juicio que, más allá de la mera constatación física de la relación de causalidad, obliga a valorar con criterios extraídos del ordenamiento jurídico la posibilidad de imputar al agente el daño causado apreciando la proximidad con la conducta realizada, el ámbito de protección de la norma infringida, y la frecuencia o normalidad del riesgo creado frente a la existencia de los riesgos generales de la vida, entre otras circunstancias»⁵⁴.

Iniciábamos este apartado con el propósito de plantear y ofrecer una solución a la cuestión del nexo de causalidad. De su estudio, concretamente de la evolución en la doctrina y la jurisprudencia, se ha concluido que una cuestión es el nexo de causalidad, entendido como el vínculo concurrente entre el incumplimiento y el daño, lo que resuelve la teoría de la equivalencia de las condiciones; y otra, la de qué patrimonio debe responder de los daños que derivan del incumplimiento del contrato; lógicamente, de entre los vinculados causalmente al incumplimiento, cuestión que incumbe a la imputación objetiva, concretamente a los distintos «criterios de imputación que la doctrina moderna ha propuesto junto al tradicional y bien conocido de la adecuación»⁵⁵. Criterios de imputación objetiva que serán analizados con posterioridad.

Por lo que respecta a los PECL, la referencia al nexo de causalidad se encuentra contenida en la palabra «*caused*» del párrafo primero del artículo 9:501, que establece que «*la parte perjudicada tiene derecho a una indemnización por daños y perjuicios respecto de las pérdidas sufridas a consecuencia del incumplimiento de la otra parte*». Es por ello que el primer juicio o test que debe superar un daño para que sea indemnizado es que sea causado o consecuencia del incumplimiento⁵⁶; juicio al que seguirán el de imputación objetiva y, por el último, el de la previsibilidad, en función de cuál sea la conducta del deudor en el incumplimiento. En este punto, los PECL también si-

⁵⁴ STS de 10 de julio de 2012, ponente D. Antonio Salas Carceller (RJ 2012, 8357). En el mismo sentido la de 15 de julio de 2010, ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2010, 6049).

⁵⁵ PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva...», *op. cit.*, p. 1566.

⁵⁶ Al respecto afirman LANDO, O., BEALE, H., en relación al art. 9:501, que «este artículo permite que la parte perjudicada reciba una indemnización por daños y perjuicios siempre que haya sufrido pérdidas como consecuencia del incumplimiento injustificado de la otra parte. Esta sección no se ocupa de los daños que no sean relevantes cuando el incumplimiento no haya ocasionado pérdidas a la parte perjudicada», *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 639.

guen la teoría de la equivalencia de las condiciones, por lo que será necesario establecer que el incumplimiento es la causa-condición de los daños.

3. LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN OBJETIVA

3.1 Introducción

Cuando se ha estudiado la relación de causalidad, hemos partido de la distinción entre la *quaestio facti*, en relación a la causalidad o nexo causal, y la *quaestio iuris*, respecto de la imputación objetiva (*objektive zurechnung, proximate causation*)⁵⁷. Abordamos ahora el análisis de la imputación objetiva⁵⁸, es decir, la cuestión de si una vez afirmado que un daño es *conditio sine qua non* del incumplimiento, éste es o no objetivamente imputable a la conducta del demandado. De ello deriva que la imputación objetiva, sus criterios, tienen como función delimitar cuáles de las consecuencias dañosas causalmente vinculadas al incumplimiento serán puestas a cargo del patrimonio del deudor incumplidor⁵⁹. A diferencia del nexo de causalidad fáctica, los criterios de imputación objetiva responden a decisiones de orden puramente jurídicas⁶⁰.

⁵⁷ La cuestión de la imputación objetiva ya ha sido objeto de profusos trabajos en nuestra doctrina, entre otros, *vid.*: Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, V...*, *op. cit.*, pp. 366 a 375 y *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II Las Relaciones Obligatorias*, 6.ª edición, Civitas, Navarra, 2008, pp. 784 a 786; INFANTE RUIZ, F.J., *La Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, p. 149 a 202; PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva...», *op. cit.*, pp. 1566 a 1591; SALVADOR CODERCH, P., FERNÁNDEZ CRENDE, A., «Causalidad y responsabilidad», ..., *op. cit.*, pp. 7 a 18 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, pp. 194 a 196.

⁵⁸ Como señala INFANTE RUIZ, F.J., «la “imputación objetiva” del resultado al sujeto posible responsable se establece acudiendo a los llamados “criterios de imputación objetiva”, que no son más que pautas, más o menos precisas (algunos de ellos de contornos todavía no bien definidos, lo cual demuestra no la incorrección tanto dogmática como práctica de esta teoría, sino que nos encontramos ante criterios doctrinales y jurisprudenciales que necesitan de una mayor discusión), que la Jurisprudencia y la doctrina aprehende del sistema normativo de responsabilidad, y de su función», *La Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, pp. 160 a 161.

⁵⁹ Posiblemente, en materia de responsabilidad, ya sea derivada de un ilícito civil o del incumplimiento del contrato, la causalidad, entendida ésta como imputación objetiva, sea la que más controversias ha suscitado en la doctrina tanto patria como extranjera. De forma gráfica, SALVADOR CODERCH, P., FERNÁNDEZ CRENDE, A., han intitulado la entrada de su trabajo «Causalidad y responsabilidad», ..., *op. cit.*, p. I., «no tomarás la causalidad en vano», recogiendo seguidamente la cita de John FLEMING «la causalidad es una peste». Entendemos, que no es para menos plantearse con suma atención el tema, cuando se trata de buscar y obtener el o los criterios idóneos para la imputación del daño, con las importantes consecuencias que ello lleva aparejada, esto es, el patrimonio que debe responder del mismo.

⁶⁰ Indica Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., que «se ha dicho que la teoría de la imputación objetiva tiene el cometido de fijar criterios normativos por los cuales un resultado –en el que reside la lesión de un bien jurídico– es atribuible a un comportamiento. El problema consiste entonces en encontrar los fundamentos de la imputación y tipificar los supuestos que permitan verificarla o excluirla a través de criterios

Como ya se ha afirmado, una vez probada la existencia de nexo causal⁶¹, se debe distinguir entre dos juicios o niveles de imputación objetiva. En el primero operarían los criterios de imputación objetiva propiamente dichos⁶², a saber: el riesgo general de la vida, la prohibición de regreso, la provocación, el incremento del riesgo, el fin de protección de la norma, en este caso del contrato, y la adecuación. En el segundo, el juicio o test de previsibilidad, que no es más que una concreción del criterio de imputación objetiva del fin de protección del contrato⁶³; es el único criterio de imputación explícitamente comprendido en los PECL.

La expresión «*likely result*» del artículo 9:503 atrae al régimen de la indemnización de los daños en los PECL los criterios de imputación objetiva, donde encuentran asiento⁶⁴. Por el contrario, la aplicación del juicio de previsibilidad es exclusiva del deudor al que hemos denominado ordinario.

que sean de carácter puramente normativo», *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, V...*, *op. cit.*, p. 367.

⁶¹ Como afirma SOLER PRESAS, A., «la labor propia del jurista empieza allí donde acaba el juicio empírico, esto es una vez constatada la relación causal que une el incumplimiento con el daño. Debe entonces determinar si, de conformidad con los criterios valorativos deducibles de cada ordenamiento en cuestión, ha de ponerse el daño a cargo de quien está detrás de esa particular condición del mismo que es el incumplimiento o si, por el contrario, debe atribuirse a cualesquiera otras concausas intervinientes en su producción», *La Valoración del...*, *op. cit.*, p. 40.

⁶² Como afirman SALVADOR CODERCH, P., FERNÁNDEZ CRENDE, A., «las insuficiencias y excesos del principio causal han llevado a los juristas a construir criterios normativos de imputación objetiva que permitan modularlo, es decir, ampliarlo o restringirlo según convengan... El problema es que muchos criterios de imputación objetiva se detienen en el nivel de las propuestas doctrinales. Pocas leyes los han hecho suyos, aunque podemos identificar algunos positivados de forma dispersa: Los arts. 154, 269, 389, 1596, 1903 y siguientes del Código Civil, que delimitan los roles sociales básicos a cuyo cargo se ponen los daños causados por personas distintas al demandado: padres, tutores, propietarios, empresarios, maestros», «Causalidad y responsabilidad», ..., *op. cit.*, p. 7.

⁶³ PANTALEÓN PRIETO, F., indica que «la regla de proposición primera del artículo 1107. I CC no es sino la manifestación típica, en el campo de la responsabilidad contractual, del criterio de imputación objetiva del “fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad”, de una vez se acepta que dicha norma fundamentadora es el *contrato mismo*, ley entre las partes», «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, p. 1026.

⁶⁴ En el mismo sentido, pero en relación a la expresión «consecuencia necesaria» del artículo 1107 de nuestro Código civil afirma PANTALEÓN PRIETO, F., que «el requisito de que el daño sea “consecuencia necesaria” de la falta de cumplimiento debe estimarse que incorpora los restantes criterios de imputación objetiva del daño: riesgo general de la vida, adecuación, incremento del riesgo, etc», «Voz Responsabilidad Contractual», en AA. VV., *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. IV, (dir. Alfredo Montoya Melgar), Civitas, Madrid, 1995, p. 5925. Al respecto, afirma OLIVA BLÁZQUEZ, F., que «según el artículo 1107. I el deudor de buena fe responderá de los daños y perjuicios siempre y cuando “sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento”. Desde luego, la expresión no es afortunada, en tanto que parece remitirnos a un problema de pura causalidad fáctica. Tal conclusión nos llevaría al absurdo de abrir las puertas a la indemnizabilidad de cualquier daño causalmente vinculado con el incumplimiento, amén de que el requisito de la causalidad entre el incumplimiento y el daño es un presupuesto previo e imprescindible para que pueda prosperar la acción indemnizatoria, con independencia de que el deudor sea de buena o mala fe... Por todo ello, entiendo con la mejor doctrina que el problema se limita a tratar de determinar qué daños de las series causales registradas a raíz del incumplimiento contractual son realmente imputables al deudor.

En los epígrafes siguientes analizaremos los distintos criterios de imputación objetiva, dedicando especial atención al del fin de protección del contrato y al de la adecuación.

3.2 El criterio del «riesgo general de la vida» (*Allegemeine Lebensrisiko, general life risks*)

Este criterio niega la imputación de aquellos daños «que sean realización de riesgos habitualmente ligados a la existencia natural del dañado: tanto los vinculados a formas de actuar que ordinariamente ocurren o que siempre cabe esperar en el normal transcurso de la existencia del afectado, como los que, con independencia de una acción u omisión del dañado desencadenada precisamente por la conducta del responsable, estén ligados de manera muy general a la existencia humana en la forma de socialización y civilización correspondiente»⁶⁵.

De conformidad con este criterio, no se podrá imputar un daño que derive de los riesgos inherentes a la vida cotidiana, incluso aunque el incumplimiento haya sido ocasión o desencadenante del resultado lesivo⁶⁶. No obstante lo anterior, señala PANTALEÓN PRIETO que «la producción del evento dañoso al que la víctima (enfermo de corazón, hemofílico, artrítico, neurótico, etc.) está especialmente expuesta o es anormalmente propensa, no puede

Estamos, pues, ante un problema de imputación jurídica, no de causalidad fáctica, por mucho que, como muy acertadamente ha sido señalado, no siempre resulta claro dónde termina un juicio fáctico de causalidad y dónde comienza una regla jurídica de imputación del daño», «Comentario a la Sentencia de 7 de Julio de 2008...», *op. cit.*, p. 625. *Vid.*, también SÁNCHEZ ARISTI, R., «Comentario a los artículos 1.101...», *op. cit.*, p. 1292.

⁶⁵ PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva...», *op. cit.*, pp. 1566 y 1567. Este criterio de imputación lo describe Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., afirmando que «si en el curso causal puesto en marcha por el deudor contractual intervienen acciones de terceros que suponen un modo de actualización de un riesgo habitualmente ligado a la existencia natural del dañado, o un riesgo que pertenece a aquellos que desencadena la existencia humana, la forma de socialización y civilización correspondiente, la actualización de tales riesgos no debe imputarse al deudor contractual que sería sólo su autor mediato», *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II...*, *op. cit.*, p. 785

⁶⁶ Los ejemplos ofrecidos por PANTALEÓN PRIETO, F., resultan muy clarificadores de cómo opera este criterio de imputación: «no cabrá imputar al responsable de haber causado leves heridas a otro, los daños que éste haya sufrido, por ejemplo, al ser atropellado cuando regresaba andando desde el hospital a su casa, tras haber sido curado de las primeras heridas; o los daños sufridos a resultados del accidente de circulación en que se vio envuelto el taxi que cogió para ir al hospital. La solución habría de ser distinta si, por ser aquellas heridas de mayor gravedad y muy urgente el tratamiento médico de las mismas, el taxi o la ambulancia hubieran ido a muy alta velocidad, y ésta hubiera sido la razón del accidente de tráfico», «Causalidad e imputación objetiva...», *op. cit.*, p. 1567. *Vid.* también los ejemplos formulados por INFANTE RUIZ, F.J., *La Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, pp. 163 y 164 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, p. 194.

considerarse realización del riesgo general de la vida, que excluya la imputación objetiva, a no ser que el suceso imputable al demandado, que actualizó la predisposición dañosa, no sea sustancialmente distinto de otros que resulten muy frecuentes en la vida cotidiana. Este me parece el justo término medio entre el derecho de los enfermos y los débiles a no ser ciudadanos de segunda (a poder llevar una vida normal, sin que ello se considere “culpa” por su parte) y el de sus conciudadanos a no cargar *uti singuli* (otra cosa es la Seguridad Social) con las enfermedades y las debilidades ajenas»,⁶⁷ matización que facilita la fijación de los contornos de lo que debe entenderse por riesgo general de la vida.

Resulta ilustrativo el siguiente ejemplo propuesto por DÍEZ-PICAZO: «no puede imputarse al deudor contractual que negó el uso de una tarjeta de crédito para la adquisición de un billete de avión el hecho de que el cliente tuviera que tomar otro y sufriera en él un accidente aéreo»⁶⁸. Otro ejemplo sería el del matrimonio, que para celebrar sus veinticinco años de casados, decide reservar on line, con un mes de antelación, las entradas para una exitosa obra que se representa en un teatro de la Gran Vía de Madrid. Al llegar al teatro, les comunican que se han vendido más entradas que aforo tiene el teatro, por lo que le hacen entrega de unas entradas para el día siguiente. Al volver caminando a casa les sorprende una fuerte tormenta, que les provoca una severa pulmonía obligándolos a tener que permanecer unos días en cama.

3.3 El criterio de la «prohibición de regreso» (*Regressverbot*)

En base al mismo, cabe negar la imputación de aquellos daños, cuando en el curso causal derivado del incumplimiento del deudor se ha producido la interferencia sobrevenida de la conducta gravemente imprudente o dolosa de un tercero⁶⁹. En definitiva, este criterio hace las veces de un *cortafuego* impidiendo el retroceso del curso causal hasta quien lo puso en marcha, siempre y cuando se haya producido la intervención de una conducta gravemente impru-

⁶⁷ PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva...», *op. cit.*, p. 1568.

⁶⁸ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho...*, *op. cit.*, p. 785.

⁶⁹ Resulta ilustrativo el ejemplo de FRANK citado por YZQUIERDO TOLSADA, M., «no respondería el cazador que deja una escopeta cargada en una taberna en la que se encuentran discutiendo varias personas si alguno de los participantes en la disputa utiliza el arma para matar dolosamente a otro: no habría imputación objetiva, pues, a pesar de haber sido el cazador quien puso en marcha el proceso, ha sobrevenido en la secuencia causal la conducta dolosa de un tercero que impide regresar hasta quien puso en marcha el curso causal», *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, p. 194

dente o dolosa de un tercero. El profesor PANTALEÓN PRIETO define este criterio indicando «que propone negar la imputación objetiva del daño, cuando en el proceso causal dañoso, ciertamente puesto en marcha por el demandado, se ha incardinado sobrevenidamente la conducta dolosa o muy gravemente imprudente de un tercero»⁷⁰. Un ejemplo sería el del vendedor que se obliga a entregar una mercancía en el puerto de Sevilla el día 5 de febrero para su posterior transporte en barco a Barcelona. Como consecuencia de su retraso, la mercancía no llega al puerto hasta el día 5 de marzo y en el momento de su carga en el barco, el operario del puerto que manipula la grúa, encontrándose en un evidente estado de embriaguez, realiza mal su trabajo y la mercancía se precipita sobre el río.

Este criterio se aplicó para negar la imputación de los daños en dos célebres sentencias del Tribunal Supremo, de 16 de noviembre de 1983, en el conocido como «caso Banca Catalana»⁷¹, y de 11 de marzo de 1988, sobre el incendio ocurrido en el «Hotel Corona de Aragón»⁷².

⁷⁰ PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva...», *op. cit.*, p. 1568. *ViD.*, también DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho...*, *op. cit.*, p. 785; INFANTE RUIZ, F.J., *La Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, pp. 164 a 169; SALVADOR CODERCH, P., FERNÁNDEZ CRENDE, A., «Causalidad y responsabilidad», ..., *op. cit.*, pp. 13 y 14 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, p. 194.

⁷¹ STS de 16 de noviembre de 1983, ponente D. Cecilio Serena Velloso (RJ 1983, 6116). Los hechos que dieron lugar al litigio fue el pago por el Banco de un cheque, con defectos formales, a un señor, a la sazón secretario de la Entidad demandante, que habiéndose aprovechado de la confianza de los tres que mancomunadamente tenían que firmarlo, lo cobró y desapareció. El TS estimó el recurso planteado casando la sentencia de la Audiencia y dictó segunda sentencia desestimando la demanda. El argumento esencial para negar la imputación del daño al Banco es que «ni el daño surge de la operación bancaria de realización o pago del talón (en lo que se agota la participación del banco demandado en el proceso de los hechos), sino en la conducta del tomador al apropiarse del dinero efectivo así obtenido, ni cabe conceptualizar la generatriz de culpa contractual referible al contrato de cuenta corriente, evidenciándolo así el que, aún en hipótesis de talón absolutamente correcto –lo que tan fácilmente pudo acaecer– el daño patrimonial también se hubiera inferido, por lo cual no puede reputarse al talón causal de dicho daño siquiera instrumentalmente, estando el tal daño conectado directamente y causalmente tan sólo con la conducta extracontractual y dolosa y con toda probabilidad delictiva atribuible exclusivamente al procesado rebelde, que, por otra parte, al haber sido declarado en rebeldía, ya en esta vía civil, pudo y debió ser demandado como que es obviamente el principal protagonista del daño cuyo resarcimiento se pretende». Esta sentencia es estudiada por PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva...», *op. cit.*, pp. 1568 y 1569.

⁷² STS de 11 de marzo de 1988, ponente D. José Luis Albácar López (RJ 1988, 1961). En el «Hotel Corona de Aragón», en Zaragoza, tuvo lugar un incendio que produjo la muerte de setenta y seis personas. Los familiares de uno de los fallecidos interpusieron una demanda en reclamación de 10 millones de pesetas en concepto de indemnización de daños y perjuicios. Durante la Primera Instancia, en la que se desestimó la demanda, quedó probado que el incendio producido en la cocina del hotel era de escasa importancia y hubiera sido fácilmente sofocado, lo que no ocurrió por la introducción de personas desconocidas de material inflamable dentro del extintor situado en dicha cocina, lo que provocó que el incendio tomará dimensión elevada derivando en una catástrofe humana. En vista de los hechos el TS desestimó el recurso de casación directo, en base a que «resulta lógica y ajustada a derecho la conclusión a que llega la resolución que se recurre de que el nexo causal entre el incendio de la churrería y el resultado dañoso habido quedó interrumpido por la introducción de un elemento extraño explosivo, y al

La prohibición de regreso no se aplicará en aquellos supuestos en los que la conducta gravemente negligente o dolosa del tercero se haya visto sensiblemente beneficiada por la actuación del demandado. Como ejemplo de lo anterior, señala DÍEZ-PICAZO el supuesto en el que «obligado a la custodia de una cosa la deja abandonada y un tercero se apodera de ella»⁷³. En estos supuestos el daño sería imputable al depositario negligente, como afirma PANTALEÓN PRIETO, por ser su conducta «una de aquellas que la norma de cuidado infringida por el demandado tenía la finalidad de prevenir»⁷⁴.

Por último, afirma INFANTE RUIZ, siguiendo a ROXIN, que este criterio no se aplica en aquellos supuestos en los que «la conducta voluntaria y conscientemente lesiva del tercero o terceros es conforme a Derecho», lo que ilustra señalando como ejemplo «los daños causados por los bomberos en las tareas de extinción»⁷⁵.

3.4 El criterio de la «provocación» (*Herausforderung*, *provocation*)

Este criterio permite imputar los daños al que inicia el curso causal⁷⁶, que se denomina provocador, aunque haya intervenido otra persona, siempre y cuando la actuación del tercero en el curso causal abierto fuera razonable⁷⁷. Lo

no existir relación de causalidad entre la presunta conducta negligente de los empleados del hotel y el resultado lesivo originado, no puede hablarse de responsabilidad extracontractual por parte de los demandados». Esta sentencia ha sido analizada por PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva...», *op. cit.*, pp. 1569 y 1579; e INFANTE RUIZ, F.J., *La Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, pp. 165 a 167.

⁷³ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho...*, *op. cit.*, p. 785.

⁷⁴ PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva...», *op. cit.*, p. 1573.

⁷⁵ INFANTE RUIZ, F.J., *La Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, p. 165.

⁷⁶ SALVADOR CODERCH, P., FERNÁNDEZ CRENDE, A., citan la «STS, 2.ª, 26.9.2005 (La Ley, n.º 6369): la víctima, detenida ilegalmente por Víctor M y Rafael, sufrió lesiones personales y daños en la ropa al arrojarle por la ventana para huir de sus captores cuando éstos la estaban amenazando con bisturís, cable eléctrico y una pistola para que se quitara la ropa. La SAP Madrid de 4.10.2004 condenó a los acusados, Víctor M. y Rafael, por sendos delitos de robo con intimidación, detención ilegal y delito contra la integridad moral, pero les absolvió de indemnizar a la víctima. El Tribunal Supremo, en cambio, estimó el recurso de casación, revocó la SAP e imputó objetivamente los daños a la conducta de los culpables condenándoles a indemnizar a la víctima con 21.600 € por las lesiones, 3.083,41 € por las secuelas y 81,30 € por los daños en la ropa. Literalmente, el Tribunal expuso: “[e]n el caso que se analiza la situación coactiva o la presión ocasionada por el delito contra la integridad moral fue la desencadenante de las lesiones y daños sufridos. El perjudicado no se las produjo por su propia voluntad. Si existía algún resquicio para eludir la acción criminal, no puede impedírsele esa posibilidad, obligándole a soportar aquel delito y no consta que hubiera podido eludir la acción criminal sin tales riesgos, traducidos en daños corporales y materiales, que, por lo tanto, deben considerarse vinculados y objetivamente imputables a la acción delictiva anterior de los acusados, tipificada en el delito contra la integridad moral del art. 173.1 CP”», «Causalidad y responsabilidad», *op. cit.*, p. 16.

⁷⁷ YZQUIERDO TOLSADA, M., pone el ejemplo «de un guarda jurado que, persiguiendo a un delincuente, causa daños en una propiedad, siempre que las condiciones de la persecución de ese provocador

describen SALVADOR CODERCH y FERNÁNDEZ CRENDE como aquél «que permite imputar los daños sufridos por una persona, o causados por ésta a un tercero, en el intento de salvar su vida, su integridad física o sus bienes, o la vida, integridad física o bienes de un tercero, al que culpablemente creó la situación de peligro cierto sobre los bienes jurídicos mencionados»⁷⁸. Por su parte, DÍEZ-PICAZO, en su aplicación en materia contractual, lo define indicando que «en un curso causal abierto por un provocador, no son imputables al deudor contractual, por más que hubiera intervenido en él, los actos o los accidentes experimentados, cuando la actuación era, dado el curso causal, razonable, y son, por el contrario, imputables objetivamente al provocador»⁷⁹. Un ejemplo podría ser el del electricista que es contratado para instalar la red eléctrica en una vivienda. Como consecuencia de los defectos de la instalación se produce un incendio en la vivienda, motivo por el cual unos vecinos llaman a lo bomberos, que, ante la ausencia de los propietarios en el inmueble, se ven obligados a derribar la puerta para poder sofocar el fuego.

Ha afirmado PANTALEÓN PRIETO que este criterio «ha sido desarrollado para resolver los problemas de imputación objetiva en dos grupos de casos fundamentalmente. En el primero, una persona resulta lesionada (o lesiona a un tercero) en un accidente sufrido en la persecución de un delincuente o de un dañante que huía del lugar de los hechos. Los daños derivados de tales lesiones serán objetivamente imputables a quien huía, siempre que pueda estimarse que la persecución fue provocada por él, en el sentido de poder considerarse una conducta no irrazonable, atendida la condición del perseguidor (la policía puede y debe asumir mayores riesgos que los particulares), tras una ponderación *ex ante* de los riesgos reconocibles de la persecución frente a la importancia de llevarla a cabo en ese momento y manera, y las probabilidades de éxito de la misma. Se da por supuesto que el accidente sufrido por el perseguidor ha sido realización del riesgo aumentado típico de la persecución: si podría haberle sucedido igual aun no persiguiendo a nadie, la imputación objetiva quedará excluida por aplicación del criterio del riesgo general de la vida. En el segundo grupo de casos, el dañado asume el riesgo del que finalmente resulta víctima (o causa daño a un tercero) en su intento de salvar su vida, integridad física o bienes ajenos, de una situación de peligro cierto, creada culpablemente por el responsable. También aquí habrá que afirmar la imputación objetiva del daño,

fuesen las adecuadas, teniendo en cuenta las posibilidades de éxito, la oportunidad del momento, los riesgos reconocibles *a priori*, etc. Habrá que imputar los daños al perseguido si son fruto del riesgo aumentado típico de la persecución», *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, p. 195.

⁷⁸ SALVADOR CODERCH, P., FERNÁNDEZ CRENDE, A., «Causalidad y responsabilidad», *op. cit.*, p. 16.

⁷⁹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho...*, *op. cit.*, p. 785.

con independencia de que el intento de salvamento tenga o no éxito, salvo que el mismo haya de considerarse altamente irrazonable, por existir una enorme desproporción entre el riesgo asumido y el valor del bien en peligro, en relación con la probabilidad de salvarlo»⁸⁰.

3.5 El criterio del «incremento del riesgo» o «criterio de la conducta alternativa correcta» (*Risikoerhöhung*)

Sintetiza este criterio DÍEZ-PICAZO señalando que debe excluirse la imputación de los daños a una conducta, «si, suprimida idealmente aquella conducta, el evento dañoso en su configuración totalmente concreta se hubiera producido también con seguridad o probabilidad rayana en la certeza, y si la conducta no ha incrementado el riesgo de que se produzca el evento»⁸¹.

Para la comprensión de este criterio, propone INFANTE RUIZ dos ideas principales: «1.^a El resultado (daño) causado por el agente sólo le es imputable (objetivamente) si la conducta del autor ha creado un peligro no cubierto por un riesgo no permitido, y ese peligro se ha realizado en el resultado concreto. 2.^a Si el resultado (daño) se presenta como realización de un peligro creado por el agente, por regla general es imputable (objetivamente). Pero excepcionalmente puede desaparecer la imputación si el alcance de la norma no abarca la evitación de tales peligros y repercusiones. Se plantea así una interesante conexión entre este criterio del “incremento del riesgo” y el siguiente del “ámbito de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad”»⁸².

También ha analizado este criterio de imputación PANTALEÓN PRIETO, quien perfila los contornos sobre los que se elabora, señalando que «no toda conducta que crea riesgo de lesión de los bienes de los demás puede ser calificada de negligente. Por razones fáciles de comprender, todo ordenamiento jurídico considera correcta la realización de actividades más o menos peligrosas,

⁸⁰ PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva...», *op. cit.*, pp. 1575 y 1576.

⁸¹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho...*, *op. cit.*, p. 786. En el mismo sentido YZQUIERDO TOLSADA, M., quien además afirma que «el criterio es pocas veces explicitado en las sentencias, aunque esté latente en muchas (así, en la de 17 de febrero de 2000, EDE 868, para un caso de suicidio de enfermo psiquiátrico en terapia ocupacional). Señaladamente, en las que aprecian que la conducta de la víctima tuvo un peso absolutamente decisivo en comparación con la escasísimamente relevante conducta del demandado, y más aún si ésta fue correcta. Siempre es posible –propongo como ejemplo– conducir más despacio, pero cuando un suicida se arroja desde el puente, por mucho que suprimamos idealmente la conducta del conductor que circulaba por aquel lugar a velocidad más que moderada, ello no va a disminuir las posibilidades de que se produzca un atropello», *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, p. 195.

⁸² INFANTE RUIZ, F.J., *La Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, p. 170.

en atención a la mayor o menor utilidad social de las mismas y al mayor o menor coste social de las medidas de reducción del riesgo. Una conducta sólo es negligente cuando sobrepasa los límites del riesgo que, a la luz de aquellos datos, el ordenamiento estima aceptable o tolerable; cuando sobrepasa, por emplear la terminología al uso, los límites del riesgo permitido»⁸³.

Como afirma DÍEZ-PICAZO «se trata de un criterio que puede ser perfectamente aplicable en los casos de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de servicios profesionales (médicos, abogados, etc.)»⁸⁴. Pensemos por ejemplo, en una persona que sufre grandes dolores de cabeza y acude a una clínica con la que tiene contratado un seguro privado de salud. Como consecuencia de una defectuosa actividad del médico, se le diagnostica erróneamente que padece migrañas, cuando en realidad sufre un grave tumor cerebral que acaba con su vida en una semana.

3.6 El criterio del «*fin o ámbito de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad*» (*Schutzzweck der Haftungs begründenen Norm, breach of statutory duties*)

Este criterio de imputación objetiva toma como punto de partida los concretos intereses protegidos por la norma infringida⁸⁵, de manera que la norma fundamentadora de la responsabilidad no protege todos los daños derivados del

⁸³ PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva...», *op. cit.*, p. 1577. Este autor cita «la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1976. Un sujeto conducía un camión por una carretera muy estrecha. Al tomar una curva sin visibilidad, redujo su velocidad a 30 km/h y, al aparecer un turismo de frente, se ciñó aún más a la derecha y frenó. Pese a todo ello, ambos vehículos chocaron frontalmente, porque el turismo venía a una velocidad excesiva y sin ajustarse a su derecha. A resultas de la colisión, falleció el conductor del turismo. La Audiencia Provincial condenó al conductor del camión por el artículo 586 número 3.º del Código Penal, con la responsabilidad civil consiguiente, bien que reducida por la culpa de la víctima. El Tribunal Supremo casó dicha sentencia y dictó otra absolutoria, porque “la negligencia leve que en la sentencia se reprocha al procesado y sobre la que se monta la condena, consistente en no haber reducido la velocidad, al entrar en la curva, al paso de un hombre, queda disculpada por el principio general de la confianza en la seguridad del tráfico [...]; pero además, si el proceso hipotético, se suprime la falta de diligencia imputada al procesado y se piensa que el camión se hubiese detenido instantáneamente por un fallo mecánico en el mismo lugar en que se produjo la colisión, se llega a la conclusión de que el accidente se hubiese producido igualmente, por lo que, en definitiva, la conducta del conductor del turismo es la que debe reputarse causa directa, adecuada y eficiente del resultado, con virtualidad para desplazar del nexo causal a la pequeña negligencia en que hubiese podido incurrir el procesado”», *op. cit.*, p. 1578.

⁸⁴ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho...*, *op. cit.*, p. 786.

⁸⁵ Señala MORALES MORENO, A.M., que «la doctrina del fin de protección del contrato supuso, de algún modo, en sus orígenes, en el Derecho Alemán, aplicar al ámbito de la responsabilidad contractual la doctrina del fin de protección de la norma, utilizada en la responsabilidad extracontractual», *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 93.

evento lesivo, ya sea un ilícito civil o el incumplimiento de un contrato, sino exclusivamente aquellos concretos intereses que la norma incumplida trata de proteger⁸⁶. Como indica PANTALEÓN PRIETO «no pueden ser objetivamente imputados aquellos eventos dañosos que caigan fuera del ámbito o finalidad de protección de la norma sobre la que pretenda fundamentarse la responsabilidad del demandado»⁸⁷. Para que el daño producido encaje dentro de los contornos de los concretos intereses protegidos por la norma infringida, INFANTE RUIZ propone tres requisitos: «a) Que haya sido dañado el bien tutelado por tal norma. b) Que el bien lesionado entre en la esfera patrimonial o personal del sujeto o del ámbito de personas que esta norma intentaba proteger. c) Que la lesión haya sido producida en el modo en que la norma pretendía evitar que sucediese»⁸⁸.

Son numerosas las ocasiones en que nuestro Tribunal Supremo ha aplicado este criterio de imputación objetiva en materia de daños extracontractuales⁸⁹.

⁸⁶ OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Comentario a la Sentencia de 7 de Julio de 2008...», *op. cit.*, p. 625.

⁸⁷ PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva...», *op. cit.*, p. 1580.

⁸⁸ INFANTE RUIZ, F.J., *La Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, p. 185.

⁸⁹ Cita YZQUIERDO TOLSADA, M., la conocida sentencia «de 17 de julio de 1986 (R. A. J. 4571): se trataba de la muerte por ahogamiento de un niño en una piscina municipal que se encontraba en obras y fuera de servicio. Para excluir la imputación objetiva a la entidad demandada se declaró que las medidas reglamentarias adoptadas se encontraban dictadas “una para las obras en fase de actividad de la construcción y para beneficio y protección de los trabajadores en las mismas, y otras para la seguridad de los usuarios de las piscinas *ultimadas y en uso como tales*”. En definitiva, si hay una norma incumplida, y sobre ese incumplimiento se quiere basar la responsabilidad, no cabrá imputar objetivamente los daños que caen fuera del ámbito de protección de la norma. Mejor ejemplo aún es el del “caso Peñarnada” (sentencia de 22 de febrero de 1946, R. A. J. 253): los obreros del pueblo salmantino no murieron porque su empresario incumpliera el preceptivo descanso dominical y estuvieran ellos trabajando en domingo, sino por la explosión de la cercana fábrica de municiones (de hecho, hubo otras muertes en la localidad). Las normas laborales que imponen ese descanso no tienen como finalidad preservar la vida de los trabajadores», *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, p. 195. También cita PANTALEÓN PRIETO, F., «las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1950 y 30 de enero de 1951. El conductor de una camioneta destinada al transporte de mercancías, infringiendo el artículo 205 del Código de Circulación, llevaba a cinco personas en la caja del vehículo. Bajando un puerto se rompieron fortuitamente los frenos de la camioneta y ésta volcó, falleciendo los ocupantes de la caja. ¿Existe o no responsabilidad civil por estas muertes? El Tribunal Supremo se decidió por la negativa, argumentando en la segunda de las sentencias citadas, que “tampoco incide el fallo impugnado en la infracción del artículo 205 del Código sobre circulación de vehículos con motor mecánico [...] porque, como declara la sentencia de 20 de octubre último, dictada en un recurso interpuesto por el padre de otras dos víctimas del mismo accidente, el hecho de que viajasen en el camión varias personas, contraviniendo dicho precepto, no guarda relación causal alguna con aquél, debido exclusivamente a caso fortuito de rotura de frenos, y, por tanto, intrascendente en este pleito, sin perjuicio de la sanción administrativa en que, según el mismo Código, haya incurrido el infractor”. La argumentación empleada por el Tribunal Supremo, situada en la exclusiva perspectiva de la relación de causalidad, no es de recibo. ¿Cómo ignorar el hecho de que, si el conductor de la camioneta no hubiese infringido el artículo 205 Ccirc, las víctimas no se habrían encontrado en la parte trasera del camión y, obviamente, no habrían fallecido a consecuencia del accidente? Es posible que el viajar varias personas en la caja del camión (el mayor peso que ello supone) no haya tenido nada que ver con la rotura de los frenos; pero es que el evento dañoso por el que se reclama la responsabilidad no es la rotura de los frenos, sino la muerte de las víctimas (¿habría que absolver a un sujeto que introduce dolosamente a un ciego en un campo de tiro, donde encuentra la muerte por el disparo fortuito de un tirador,

La aplicación de la doctrina del fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad en materia contractual nos sitúa en el artículo 1091 CC: «*las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos*». De ello deriva que la norma que fundamenta la responsabilidad del deudor que incumple un contrato sea el propio contrato que regula la relación jurídica pactada por las partes. Sólo podrán indemnizarse aquellos daños que afecten a los concretos bienes o intereses protegidos o tutelados por el contrato⁹⁰.

argumentado que el hecho de introducirle en aquel lugar no es causa del disparo mortal?). En el caso de autos, la rotura de los frenos no es la causa única –como dice el Supremo–, sino una de las concausas de la muerte: la otra causa es, claro está, la presencia de las personas fallecidas en la caja del vehículo. Para saber si el fallo absolutorio fue o no acertado, es preciso investigar si el evento dañoso de que se trata, dada su naturaleza y forma de acaecimiento, se encuadra o no dentro de la finalidad o ámbito de protección de la norma infringida. ¿Pretende o no el artículo 205 CCirc evitar sucesos como el acaecido? Si la respuesta es afirmativa, lo procedente hubiera sido dictar sentencia condenatoria; si es negativa, el fallo absolutorio habrá de considerarse acertado. Pues bien la respuesta afirmativa es la que cabe deducir de la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de *17 de diciembre de 1964*. El conductor de un camión llevaba en su vehículo a tres personas, sobre la carga de adoquines, infringiendo el artículo 205 Ccirc. Al efectuar un adelantamiento en condiciones reglamentarias, el citado conductor creyó observar que el vehículo al que adelantaba le cerraba súbitamente el paso, por lo que se desvió ligeramente a la izquierda, más de lo necesario para impedir la colisión, y sin medir bien el ancho del camión, ni calcular que el peso de la carga y la poca consistencia del tramo marginal no asfaltado podían ocasionar el vuelco del vehículo. Lo que en efecto sucedió, resultando para las personas transportadas lesiones de diversa consideración. La Audiencia Provincial condenó al conductor por imprudencia *con infracción de reglamentos*. Recurrió éste, argumentando que la calificación correcta era la de imprudencia simple (sin infracción de reglamentos), ya que la finalidad del infringido artículo 205 Ccirc no es la de evitar eventos como el acaecido. El Tribunal Supremo desestimó el recurso. Tras indicar que «si no basta que la imprudencia o negligencia simple vaya acompañada de una infracción reglamentaria cualquiera para que se realice el delito previsto en el artículo 565-2 del Código Penal, sí es suficiente para ello la conducta culposa sea la causa de uno de aquellos resultados a cuya prevención se dirige la norma infringida», afirmó que tal requisito concurría en el supuesto enjuiciado «porque la prohibición del artículo 205 del Código de la Circulación se haya destinada a prevenir el mayor riesgo que entraña para las personas el ser transportadas en vehículos que no reúnen las condiciones de seguridad exigidas para el transporte de viajeros, sino que están acondicionados primordialmente para el transporte de mercancías y cosas, riesgo que puede convertirse en peligro concreto y aun transformarse en daño corporal, lo mismo en casos de normal circulación que en los supuestos de accidente viario». Si como mantiene la Sala Segunda en esta sentencia, la finalidad del tantas veces citado artículo 205 Ccirc fuera, precisamente, evitar los mayores peligros que para las personas ilícitamente transportadas comporta el viajar en vehículos exclusivamente acondicionados para el transporte de mercancías, me parecería evidente que las sentencias de la Sala Primera de *20 de octubre de 1950* y *30 de enero de 1951* se habrían equivocado, al no imponer la correspondiente responsabilidad civil. Pues el evento dañoso acaecido en el supuesto decidido por ambas sería uno de los que la norma en cuestión pretendería evitar, y se habría evitado de obrar conforme a lo en ella prescrito. Yo creo, sin embargo, que fue la Sala Segunda del Tribunal Supremo la equivocada. Cuando se analiza atentamente la normativa establecida en el artículo 205 del Código de la Circulación, se llega a mi juicio a la conclusión de que su finalidad primordial es, por decirlo así, *reguladora del mercado de transporte*: se trata de evitar que parte de la clientela propia de las empresas de transporte de viajeros sea abastecida mediante vehículos destinados al transporte de mercancías», «Causalidad e imputación objetiva...», *op. cit.*, pp. 1582 a 1584. *Vid.* también las SSTS citadas y comentadas por INFANTE RUIZ, F.J., *La Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, pp. 185 a 190.

⁹⁰ En este sentido indica OLIVA BLÁZQUEZ, F., que «teniendo en cuenta que la norma que fundamenta la responsabilidad contractual es el contrato (art. 1091 CC), el resarcimiento del daño derivado de un incumplimiento contractual depende de que se haya dañado el bien o interés concreto tutelado por el

A RABEL⁹¹ corresponde, como recuerda MORALES MORENO, «el mérito de haber desarrollado en el ámbito de la responsabilidad contractual la doctrina del fin de protección del contrato»⁹². Este autor ha analizado cómo el jurista alemán construyó esta doctrina sobre las siguientes afirmaciones: «El contrato indica las obligaciones, señala qué intereses del acreedor han de ser satisfechos y explica qué consecuencias, de las producidas por el incumplimiento sobre el patrimonio del acreedor, debe reparar el deudor. El deudor que ha lesionado el interés del acreedor, responde frente a él, no, sin más, por todas las consecuencias imaginables de su conducta contraria al contrato, sino sólo por las pérdidas que se irroguen a los intereses del acreedor protegidos por medio del contrato»⁹³. Esto plantea el interrogante de cuáles serán los intereses protegidos por el contrato. Ello nos sitúa en la cuestión de los riesgos asumidos por las partes. El deudor responderá de todos los daños que se hayan producido en los riesgos que asumió, y que, por tanto, habían quedado protegidos con la celebración del contrato⁹⁴. Así, continúa MORALES MORENO indicando «que la idea fundamen-

acuerdo obligacional», «Comentario a la Sentencia de 7 de Julio de 2008...», *op. cit.*, p. 625. En la misma línea SOLER PRESAS, A., indica que «la aplicación del criterio de imputación objetiva del fin de protección de la norma fundamentadora de responsabilidad al ámbito contractual supone considerar el contenido y la función del contrato incumplido a la hora de determinar la extensión del resarcimiento pues, en materia contractual, la norma fundamentadora de la responsabilidad del deudor no es otra sino el propio contrato incumplido», *La Valoración del...*, *op. cit.*, pp. 43 y 44.

⁹¹ RABEL, E., *Das Recht des Warenkaufs, Eine rechtsvergleichende Darstellung (Unveränderte Neu-druck der Ausgabe von 1936)*, Berlín 1957, pp. 495 y ss.

⁹² Indica MORALES MORENO, A.M., que «Rabel encuentra fundamento para ello, no exclusivamente en argumentos puramente dogmáticos (trasladando al contrato la doctrina del fin de protección de la norma), sino en un sólido estudio histórico y de Derecho Comparado, en el que están presentes la influencia del Derecho francés y del angloamericano. Pero para este autor la teoría que postula la distribución de los daños conforme a la finalidad del crédito no resulta de una consideración aislada del derecho de contratos, sino que responde a una exigencia general del derecho de obligaciones; y tiene un significado fructífero en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. Constata cómo esa teoría está presente en el Derecho alemán de daños, en el § 823 II BGB, conforme al cual está obligado a indemnizar daños el que contraviene una norma que tiene por finalidad proteger a otro. El juez, al aplicarlo, debe “indagar, por el contenido de la norma infringida, qué interés queda protegido a través de ella”. Rabel considera que el sentido y finalidad del contrato domina todo el régimen jurídico del incumplimiento: no sólo en lo que se refiere a la determinación de la lesión del derecho de crédito de la que responde el deudor, sino en lo que concierne a la medida en que el deudor responde del incumplimiento... La doctrina del fin de protección del contrato aplica en la responsabilidad contractual una exigencia de concreción del interés protegido, definidor del daño indemnizable, que el BGB utiliza en su sistema de responsabilidad extracontractual (§ 823 BGB). El sistema de responsabilidad extracontractual del BGB, eminentemente típico, se sustenta en la existencia de una norma fundamentadora de la responsabilidad (*Haftungsbegründung*), que identifica el interés protegido y, a través de él, el daño indemnizable. Conforme al § 823 BGB, es indemnizable el daño causado que lesiona un interés de otro sujeto protegido por un derecho absoluto (§ 823 I BGB) o por una norma cuyo fin es protegerlo (§ 823 II BGB). El fin de protección de la norma en la responsabilidad extracontractual se corresponde con el fin de protección del contrato, en la contractual». *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, pp. 151 y 152.

⁹³ La cita es la traducción realizada por MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 94 de RABEL, E., *Das Recht des...*, *op. cit.*, p. 496.

⁹⁴ Como indica OLIVA BLÁZQUEZ, F., «siguiendo a CARRASCO PERERA, un daño es consecuencia necesaria de un incumplimiento contractual cuando constituye la realización típica del riesgo creado por

tal que encierra la doctrina del fin de protección del contrato se puede expresar en clave de atribución de riesgo, preguntándonos “si el deudor tiene que soportar, conforme a la *interpretación* del contrato, el riesgo de ciertos daños”⁹⁵. Consecuencia de ello, es que sea el contrato en cada caso concreto, en función de los riesgos asumidos por las partes, el que module cuándo nos encontramos ante un daño que queda bajo su protección y cuándo no.

La imputación de los daños mediante el criterio del fin de protección del contrato (norma fundamentadora), encuentra su aplicación específica en el test de previsibilidad⁹⁶. Previsibilidad que tiene como función delimitar el *quantum respondatur* del deudor en atención a la distribución de los riesgos realizados por las partes al contratar. Como afirma SOLER PRESAS, «la regla de la previsibilidad no es más que la traducción jurídica de lo que el legislador entiende por una razonable distribución de los riesgos contractuales que, y salvo que otra cosa se pacte, imputa al deudor no sólo los daños por él previstos, sino todos aquellos que una persona sensata y en su posición pudiera haber considerado»⁹⁷.

3.7 El criterio de la «adecuación» (*Adäquanztheorie, foresight test*)

Antes de que se llegara a la conclusión diferenciadora entre el problema de la existencia o no de nexo de causalidad (*quaestio facti*), y el de si el resul-

la conducta ilícita (falta de cumplimiento) y fijado en función de los intereses del acreedor que ha de salvaguardar el deudor en su actividad de prestación. Por lo tanto, el deudor no tiene por qué responder de aquellos daños que no sean una concreción del riesgo generado al incumplir o, como indica SÁNCHEZ ARISTI, que no deriven de la clase de riesgos cuya neutralización le incumbía conforme al tenor de la obligación», «Comentario a la Sentencia de 7 de Julio de 2008...», *op. cit.*, pp. 625 y 626.

⁹⁵ MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 94. En la misma línea afirma SOLER PRESAS, A., que «es por tanto la misma naturaleza del vínculo contractual la que flexibiliza el contenido del criterio de imputación, porque son las partes quienes, al distribuir implícita o expresamente los riesgos inherentes a la relación económica que mediante la celebración del contrato en cuestión emprenden o continúan, determinan los daños que han de ser soportados por cada una de ellas», *La Valoración del...*, *op. cit.*, p. 44.

⁹⁶ Al respecto señala MORALES MORENO, A.M., que «en cuanto al método para determinar el fin de protección del contrato en cada caso concreto, se advierte en Rabel la influencia del criterio de la previsibilidad del *Common Law*. Considera que hay que indemnizar los daños que estuvieran en la contemplación de las partes al tiempo en el que el contrato fue celebrado. Lo expresa en los siguientes términos: “[E]l vendedor tiene en cuenta en el cálculo del precio un riesgo ligado (conectado) a su eventual incumplimiento. Con ello, en la medida en que no le resultan conocidas particulares circunstancias del comprador, él cuenta con el riesgo que normalmente llevan consigo contratos del mismo tipo al del contrato de que se trate. El comprador puede protegerse contra el riesgo de tener que soportar por sí mismo daños superiores a los normales, poniendo en conocimiento del vendedor las particulares circunstancias, con lo cual éste puede decidir si quiere elevar el precio de venta, en consideración al riesgo de daño incrementado”», *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, pp. 94 y 95.

⁹⁷ SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, *op. cit.*, p. 45.

tado dañoso es o no objetivamente imputable a la conducta del demandado (*quaestio iuris*), que resuelven los criterios de imputación objetiva, se formuló el concepto jurídico de la causalidad mediante la teoría de la causalidad adecuada⁹⁸ con el propósito de superar los inconvenientes que planteaban las teorías de la equivalencia de las condiciones y de la causalidad próxima.

En la actualidad no deben quedar dudas de que la vieja teoría de la causalidad adecuada no es más que otro criterio de imputación objetiva, que no resuelve los problemas relativos a los cursos causales, sino que trata de dar respuesta a la imputación de los daños a un determinado sujeto⁹⁹.

Este criterio lo describe correctamente INFANTE RUIZ¹⁰⁰ afirmando que «no es objetivamente imputable un concreto evento dañoso a la conducta causante del mismo, cuando la producción de dicho evento hubiera sido descartada, como extraordinariamente improbable, por un observador experimentado que, contando además en su caso con los especiales conocimientos del dañante, hubiese considerado la cuestión *ex ante*, en el momento que el dañante se dispuso a realizar la conducta, que desembocó en el evento dañoso de cuya imputación se trata (prognosis objetivo-posterior). El juzgador debe colocarse posteriormente en el punto de vista de un observador objetivo que juzgue *antes* del hecho y disponga de los conocimientos de un hombre inteligente del correspondiente sector del tráfico y además del saber especial del autor»¹⁰¹. Se-

⁹⁸ Como señala YZQUIERDO TOLSADA, M., la doctrina de la causalidad adecuada fue «formulada en 1888 por el fisiólogo de Friburgo von Kries. Según ella, no todos los acontecimientos que preceden a un daño tienen la misma relevancia, pero tampoco ha de ser siempre el más próximo en el tiempo el que se deba escoger: el daño debe asociarse con el antecedente que *según el curso normal de los acontecimientos*, ha sido su causa directa e inmediata. Del conjunto de hechos antecedentes cabe considerar como causa en sentido jurídico sólo aquellos hechos de los cuales quepa esperar *a priori*, según criterios de razonable regularidad, de verosimilitud estadística, la producción de un resultado. Es la regla de la vida y de la experiencia diaria la que determina la idoneidad del antecedente. Y ese juicio, a modo de cálculo de probabilidades, ha de verificarse en abstracto, prescindiendo de lo efectivamente sucedido y atendiendo a lo que usualmente ocurre y al grado de previsión que cualquier hombre razonable podía haber tenido por razón de su profesión o de cualquier otra circunstancia», *Sistema de Responsabilidad Civil...*, op. cit., pp. 191 y 192. Vid. también DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, V...*, op. cit., pp. 364 a 366.

⁹⁹ En este sentido, indica INFANTE RUIZ, F.J., que «el “criterio de la adecuación” no dice cuándo una circunstancia es causal respecto de un resultado –como pretendía la “teoría de la causalidad adecuada”– sino que trata de dar respuesta a la pregunta de qué circunstancias son jurídicamente relevantes y le pueden ser imputadas a un agente», *La Responsabilidad por Daños...*, op. cit., pp. 192 y 193.

¹⁰⁰ INFANTE RUIZ, F.J., *La Responsabilidad por Daños...*, op. cit., p. 194.

¹⁰¹ Son abundantes las SSTs que emplean la teoría de la causalidad adecuada, si bien, algunos casos continúan tratándola como un problema de causalidad, cuando ya hemos afirmado en varias ocasiones que se trata de un criterio más de imputación objetiva. Ha de valorarse en cada caso si el acto que se presenta como causa de un daño tiene virtualidad suficiente para producirlo (daño como consecuencia natural, adecuada y suficiente de una acción u omisión, es la expresión que suele usar la jurisprudencia del Alto Tribunal), al objeto de determinar si existe un nexo causal entre la conducta del agente y el resultado lesivo. Con arreglo a la teoría de la causalidad adecuada, para que un hecho merezca ser calificado como causa del daño es preciso que sea en sí mismo idóneo para producirlo según la experiencia

gún este criterio, y en sentido positivo, sólo podrán imputarse al que incumple un contrato aquellos daños que *ex ante* a su producción resultasen probables por un observador experimentado y que hubiera contando con los especiales conocimientos del caso¹⁰².

común, es decir, que tenga una especial aptitud para producir el efecto lesivo. Así la STS de 6 de octubre de 2005, ponente D. Román García Varela (RJ 2005, 8736) indica que «la STS de 29 de mayo de 1999 (RJ 1999, 4382), que formula una declaración de carácter general sobre la relación de causalidad y, en definitiva, sobre su prueba, ha declarado que, “para la determinación de la existencia de la relación o enlace preciso y directo entre la acción u omisión –causa– y el daño o perjuicio resultante –efecto–, la doctrina jurisprudencial viene aplicando el principio de la causalidad adecuada, que, dice la STS de 31 de enero de 1992 (RJ 1992, 535), ‘exige la determinación de si la conducta del autor del acto, concretamente la conducta generadora del daño, es generalmente apropiada para producir un resultado de la clase dada, de tal manera que si la apreciación es afirmativa, cabe estimar la existencia de un nexo causal que da paso a la exigencia de responsabilidad, así como que la orientación jurisprudencial viene progresiva y reiteradamente decantándose por la aceptación de la teoría de la causalidad adecuada, consecuencia de la expresión de una necesaria conexión entre un antecedente –causa– y una consecuencia –efecto–, también es de apreciar que tales doctrina y orientación jurisprudencial sólo afectan al módulo cuantitativo responsabilizador cuando la causa originaria alcance tal trascendencia que haga inoperante cualquier otra incidencia, así como ésta no sea generante de una causa independiente’; deberá valorarse, en cada caso concreto, si el acto es antecedente del que se presenta como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido, no siendo suficientes las simples conjeturas o la existencia de datos fácticos que por una mera coincidencia induzcan a pensar en una interrelación de esos acontecimientos, sino que es preciso la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que se haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo”. En cualquier caso, no siempre aparece tan clara la aplicación del criterio de causalidad adecuada, la STS de 21 de octubre de 2005, ponente D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2005, 8547) señala que “ni la causa adecuada, criterio éste (para unos, filtro de los restantes criterios de imputación; para otros, residual de cierre del sistema, y que, por ende, opera cuando no sea aplicable alguno de los previstos específicamente en la doctrina –riesgo general de la vida, provocación, prohibición de regreso, incremento del riesgo, ámbito de protección de la norma, consentimiento de la víctima y asunción del propio riesgo, y de la confianza–) que descarta la causalidad cuando, como dice la doctrina, ‘el daño aparece como extraordinariamente improbable para un observador experimentado que contara con los especiales conocimientos del autor y hubiese enjuiciado la cuestión en el momento inmediatamente anterior a la conducta’”. A mayor hondura en la aplicación práctica de este criterio de imputación, en el asunto debatido y resuelto por la STS de 17 de mayo de 2007, ponente D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2007, 3542), referente al homicidio de una compañera con el arma facilitada por la empresa de seguridad en la que trabajaba el agresor, se expuso que “aún contemplando el caso a la luz de la doctrina de la causalidad adecuada (que sea de examen previo, o de aplicación en defecto de otra pauta, es también de imputación objetiva), invocada expresamente por la recurrente, no se excluye su responsabilidad –imputabilidad– porque, habida cuenta las circunstancias expuestas, no cabía descartar como extraordinariamente improbable (“ex ante” y por un observador experimentado, suficientemente informado) el resultado producido. Por otra parte, este Tribunal viene declarando (SS., entre otras, 24 mayo 2004 [RJ 2004, 4033] , 26 mayo 2005 [RJ 2005, 4262] , 9 febrero [RJ 2007, 986] y 1 marzo 2007) que “no cabe considerar como no eficiente la causa que concurriendo con otras condiciona o completa la acción de la causa última”, y tal carácter condicionante, en relación con las circunstancias concurrentes, debe atribuirse a la conducta de la entidad demandada que actuó con evidente negligencia. (recientemente la Sentencia de 7 de septiembre de 2006 [RJ 2006, 6521], apreció culpa “in vigilando” de la empresa porque el arma se utilizó fuera del servicio), y por ello también resulta incuestionable la concurrencia del requisito subjetivo –juicio de reproche de la culpabilidad– el cual, sin embargo, no es objeto de debate en el recurso».

¹⁰² Al respecto *vid.*, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho...*, *op. cit.*, p. 786 y SALVADOR CODERCH, P., FERNÁNDEZ CRENDE, A., «Causalidad y responsabilidad»... *op. cit.*, p. 8.

En nuestra doctrina es pacífico que el criterio de la adecuación tiene su campo de actuación en «la correcta solución de supuestos de cursos causales completamente irregulares o anormales, que no la encuentran fácilmente mediante los otros criterios de imputación»¹⁰³. En lo que existen diferencias, es en el momento en el que debe entrar en juego este criterio. Así, para INFANTE RUIZ, es «el primer filtro por el que debe pasar la imputación de un evento dañoso a la conducta del posible responsable. Una vez descartado el carácter anormal o anómalo del curso puesto en marcha por el posible responsable (adecuación), estaremos en condición de proceder al análisis de la imputación del mismo en base al resto de criterios de imputación objetiva»¹⁰⁴. En cambio, SOLER PRESAS le otorga el papel de «mera regla de cierre, útil para resolver conforme al sentido común aquellos casos insolubles mediante la aplicación de los anteriores criterios»¹⁰⁵.

Como ejemplo de este criterio de imputación, cita PANTALEÓN PRIETO el famoso *case law Polemis v. Furness Withy & Co. Ltd (Re Polemis)* [1921, 3 K. G. 560 (C. A.9)]¹⁰⁶: «Un pequeño escape en los bidones de gasolina contenidos en un barco, había producido una considerable cantidad de vapor de gasolina en una de las bodegas. Por negligencia de los operarios contratados por los fletadores para descargar el barco, quienes no conocían ni podían razonablemente [conocer] aquella circunstancia, una pesada plancha de metal se precipitó dentro de la bodega, chocó contra algo, produjo una chispa, una llamarada surgió inmediatamente de la bodega y, finalmente, el fuego destruyó el barco por completo. El Tribunal de Apelación, a mi juicio equivocadamente, mantuvo que los fletadores debían responder de todos los daños causados»¹⁰⁷.

¹⁰³ PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva...», *op. cit.*, p. 1590. En el mismo sentido INFANTE RUIZ, F.J., *La Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, p. 193 y SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, *op. cit.*, p. 43.

¹⁰⁴ INFANTE RUIZ, F.J., *La Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, p. 193.

¹⁰⁵ SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, *op. cit.*, p. 43.

¹⁰⁶ PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva...», *op. cit.*, p. 1590. También cita la sentencia INFANTE RUIZ, F.J., *La Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, pp. 194 y 195, quien coincide con PANTALEÓN en la desafortunada decisión del Tribunal de Apelación puesto que «la imputación objetiva debe negarse, pues si bien la caída de la plancha es casua del daño, hay que entender que un juzgador objetivo, con el conocimiento de los demandados, juzgaría *ex ante* como altamente improbable que se produjera un daño del tipo que se produjo».

¹⁰⁷ A continuación indica PANTALEÓN PRIETO que la solución adoptada en *Polemis v. Furness Withy & Co. Ltd (Re Polemis)* fue desautorizada «en el igualmente famoso caso *Overseas Tankship (UK) v. Morts Dock and Engineering Co. (The Wagon Mound)* [1961] A. C. 388 (P. C.) por la Comisión Judicial del Privy Council. A causa de la negligencia de los demandados, una gran cantidad de aceite de las calderas se descargó desde el barco de aquéllos a la bahía, extendiéndose sobre una buena parte de ella. Llegó, en concreto, cerca de un muelle perteneciente a los demandantes, constructores y reparadores de barcos, que estaban ocupados en el arreglo de uno, y utilizaban al efecto equipo de soldadura eléctrico y de oxiacetileno. Los demandantes, creyendo que el agua sobre el aceite no era inflamable, continuaron sus trabajos. Al día siguiente, empero, el metal incandescente que cayó desde el muelle hizo arder el aceite, y el incendio causó muy graves daños en la propiedad de los demandantes. Se absolvió a los demandados, sobre la base de que

4. LOS ANTECEDENTES DEL ARTÍCULO 9:503 DE LOS PECL

4.1 Introducción

En este epígrafe se analizarán los orígenes y la evolución histórica por los que la regla de la previsibilidad ha discurrido desde los vetustos textos del Derecho romano hasta su enunciación y difusión en la obra de POTHIER. Cómo influyó en la redacción de los Códigos civiles decimonónicos, especialmente en el español, y, así, cómo se produjo su recepción en el *Common Law*, para terminar abordando su consagración en los textos uniformes.

4.2 Los antecedentes en los Derechos nacionales

4.2.1 DE LAS FUENTES DEL DERECHO ROMANO A POTHIER

a) *El origen del test de previsibilidad en la Constitución de Justiniano*

La cuestión de la limitación de la extensión de los daños indemnizables tiene como antecedente más remoto un texto del Corpus Iuris Civilis del Emperador Justiniano, donde se establecen los criterios generales del resarcimiento, concretamente la Constitución del año 531 «*De sententiis quae pro eo quod interest proferentur*» (Codex 7.47)¹⁰⁸. Con ella se pretende cubrir la ausencia de una adecuada regulación de los daños indemnizables y así evitar los problemas y las dudas que en la práctica planteaban las indemnizaciones, puesto que en algunos supuestos eran desproporcionadas e incluso llegaban a constituir excesivos castigos para la parte que incumplía el contrato¹⁰⁹.

Por tanto, con el propósito de reducir las indemnizaciones y de no ser demasiado riguroso con el incumplidor, se fijan los siguientes criterios a tener en

ni conocieron ni pudieron razonablemente conocer que el aceite de las calderas, extendido sobre el agua, podía prenderse fuego», «Causalidad e imputación objetiva...», *op. cit.*, pp. 1590 y 1591.

¹⁰⁸ Los antecedentes históricos del art. 1107 CC han sido estudiados de forma detallada por: CARRASCO PERERA, A., «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, pp. 710 y ss.; CRISTÓBAL MONTES, A., «El enigmático artículo 1.107 del Código Civil Español», en AA. VV., *Centenario del Código Civil, Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Tomo I, Madrid, 1990, pp. 559 a 575; LEÓN GONZÁLEZ, J.M., «De nuevo sobre el artículo 1107 del Código Civil: los daños previstos o previsibles», en AA. VV., *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Tomo II, (coord. por Eugenio Llamas Pombo), ed. La Ley, Madrid, 2006, pp. 133 a 147; MONTÉS PENADÉS, V.L., «Sobre la responsabilidad del deudor de buena fe en el art. 1.107 CC», en AA. VV., *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 2423 a 2462; MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 96 y ss.; PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *Anuario de Derecho Civil*, 1991–III, pp. 1073 y ss.

¹⁰⁹ *Vid.* al respecto MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, pp. 98 y 99 y LEÓN GONZÁLEZ, J.M., «De nuevo sobre...», *op. cit.*, pp. 134 y 135.

cuenta para el cálculo de las mismas¹¹⁰: la distinción entre los casos de cantidad cierta (*casus certi*) y los de cantidad incierta (*casus incerti*). Los primeros serían aquellos en los que la prestación del contrato recae sobre un objeto cuya valoración puede determinarse con certeza, como, por ejemplo, en los contratos de compraventa y de arrendamiento, donde existen una cantidad o naturaleza cierta («*in omnibus casibus qui certam habent quantitatem vel naturam*»). En el segundo grupo de casos, entran todas aquellas que carecen de dicha característica, es decir, son de naturaleza o cantidad inciertas («*in aliis autem casibus, qui incerti esse videntur*»)¹¹¹. Partiendo de dicha distinción, se establece un doble sistema

¹¹⁰ «Imperator Justinianus C. 7, 47, I: Cum pro eo quod interest dubitationes antiqua productae sunt, melius nobis visum est huiusmodi proxilitatem prout possibile est in angustum coartare. § 1 Sancimus itaque in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, hoc quod interest dupli quantitatem minime excedere; in aliis autem casibus, qui incerti esse videntur, iudices, qui causas dirimendas suscipiunt, per suam subtilitatem requirere, ut, quod re vera inducitur damnum, hoc reddatur et non ex quibusdam machinationibus et inmodicis perversionibus in circuitus inextricabiles redigatur, ne, dum in infinitum computatio reducitur, pro sua impossibilitate cadat, cum scimus esse naturae congruum eas tantum modo poenas exigi, quae cum competenti moderatione proferuntur vel a legibus certo fine conclusae statuuntur. § 2 Et hoc non solum in damno, vel etiam in lucro nostra amplectitur constitutio, quia et ex veo veteres quod interest statuerunt: et sit omnibus, secundum quod dictum est, finis antiquae proxilitatis huius constitutionis recitacio».

¹¹¹ De la Constitución de Justiniano afirma LEÓN GONZÁLEZ, J.M., que «a pesar de su deseo de terminar con las antiguas disputas, el emperador no había promulgado una Ley clara. Es verdad que en ella queda dicho que los casos *certi* son aquellos que se refieren a una cantidad o naturaleza ciertas, como ocurre en la venta, el arrendamiento y, en general, todos los contratos. Sin embargo, estas indicaciones no eran suficientes para delimitar su ámbito de aplicación ni distinguirlo del correspondiente a los casos *incerti*. El hecho es que la interpretación de esta constitución del año 531 dará origen a nuevas dudas e interminables controversias que llegan prácticamente hasta nuestros días. En la búsqueda de un criterio distintivo entre los casos *certi* y los *incerti* se polarizará gran parte del esfuerzo interpretativo de glosadores y comentaristas. Esfuerzo lleno de sagacidad y sutileza pero que, necesario es decirlo, en muy poco contribuirá a poner luz en tal difícil cuestión. DUMOULIN, en el siglo XVI, reduce a doce, en su célebre *Tractatus*, las numerosísimas y contradictorias opiniones sobre el tema. Pero de ellas sólo merece la pena recordar aquí las de ACURSIO, Jacques de REVIGNY y BARTOLO. Veamos lo que al respecto nos enseña A. DUMAS en su documento estudio. En cuanto al primero, sostiene que los casos *certi* sólo pueden ser relativos a las obligaciones de dar, mientras que las de hacer corresponden a la categoría de los casos *incerti*. Esta solución, probablemente la más conforme con el espíritu de la constitución de JUSTINIANO, fue mantenida en su tiempo por numerosos doctores y todavía en el siglo XVI parece ser que era la más invocada ante los Tribunales. Jacques DE REVIGNY, por su parte, ofrece otro criterio distintivo, que no deja de ser ingenioso, pero que, sobre todo para los juristas de su época, resulta criticable al no tener el apoyo textual del *Corpus*. En efecto, según el introductor del método escolástico en el estudio del Derecho, deben considerarse como casos *certi* todas las obligaciones susceptibles de una “estimación común”, desde el momento en que el valor de la prestación varía según la cualidad de las personas: tal sería el caso de la promesa de hacer un viaje a Roma. El sistema de BARTOLO no difiere en el fondo del propuesto por ACURSIO, aunque reviste algunas características propias, como la afirmación de que para que una obligación forme parte de los casos *certi* no es necesario que la cantidad o la naturaleza ciertas se encuentren con la misma obligación, bastando con que estén en la obligación recíproca. Dicho de otro modo, la obligación debe ser cierta “*respectu sui vel respectu adjuncti*”. Los juristas medievales tampoco alcanzarán resultados más fecundos cuando intenten hallar la *ratio*, el espíritu que inspira la constitución de JUSTINIANO o averiguar por qué se establece como límite del resarcimiento precisamente este tope máximo del *duplum* del valor de la prestación. Apegados a la letra del texto, ninguno de ellos será capaz de descubrir una idea rectora ni de elaborar, en fin, una teoría común para explicar tanto los casos *certi* como los *incerti*», «De nuevo sobre...», *op. cit.*, pp. 135 y 136.

de limitación de la indemnización. En los *casus certi*, la cuantía de la indemnización no podrá exceder del *duplum* del valor de la cosa. Este límite, en el que se encuentra el germen de la previsibilidad de los daños, lo ilustra POTHIER con el siguiente ejemplo: «He comprado por el precio de cuatro mil libras, unas viñas en una provincia lejana de mi residencia. Cuando mi adquisición, el vino que constituía toda la renta de la heredad estaba a muy bajo precio en dicha provincia, por cuanto no tenía mercado alguno donde poder exportarlo; después de mi adquisición, el rey ha mandado hacer un canal que procura su exportación, lo que ha hecho aumentar el precio del vino al cuádruplo de su valor o más; lo que da por resultado que el valor de mi finca que en principio era de cuatro mil libras, ahora sea de dieciséis mil. Es evidente que si se me lanza de esta heredad, los daños y perjuicios que de ellos me resultan no son otra cosa que *id quanti mihi hodie interest hunc fumdum habere licere*, montan a la verdad a más de dieciséis mil libras. Sin embargo, según esa ley, por los daños y perjuicios que me son debidos solamente *propter ipsam rem non habitam et in casu certo*, no deben jamás, según esta ley, exceder el doble del precio de la cosa que ha sido objeto de la obligación»¹¹². Por el contrario, para el cálculo de la indemnización en los *casus incerti* no rige el límite del *duplum*. Se dispone que el juez deba establecer con moderación la condena a indemnizar, acudiendo también, por analogía, a las indemnizaciones que para supuestos semejantes dispongan otras leyes¹¹³.

b) *La delimitación del quantum respondatur en el Digesto*

No faltan pasajes del Digesto (año 533), en lo relativo a los contratos de compraventa y de arrendamiento, en los que se encuentra larvadamente la noción de la previsibilidad como límite del *quantum respondatur*¹¹⁴.

¹¹² POTHIER, R.J., *Tratado de las Obligaciones*, versión directa del *Traité des Obligations*, según la edición francesa de 1824, publicada bajo la dirección de M. Dupin, corregida y revisada por M. C. de las Cuevas, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1993, p. 96.

¹¹³ *Vid.*, LEÓN GONZÁLEZ, J.M., «De nuevo sobre...», *op. cit.*, p. 135 y MONTÉS PENADÉS, V.L., «Sobre la responsabilidad...», *op. cit.*, p. 2430. Sobre la importancia de la Constitución de Justiniano, en el tema que nos ocupa, volveremos cuando abordemos la interpretación que sobre los textos romanos realizaron DUMOULIN (debe indicarse como afirma LEÓN GONZÁLEZ, J.M., que «un tal Gaspar CABALLINUS... no es otro que nuestro MOLINEUS o Charles DUMOULIN. Sobre el por qué de este seudónimo, *vid.* VIOLLET, *Histoire du Droit Civil Français*, París, 1905, pág. 229 y también LUPOL, *Il dolo del debitore*, cit., pág. 45), «De nuevo sobre...», *op. cit.*, nota al pie núm. 7, p. 137. Nosotros nos referiremos a dicho autor como Molineus o Molineo, por ser el empleado en la obra de Pothier, salvo en citas textuales con las que seremos respetuoso con el nombre empleado por el autor que se cita), DOMAT y POTHIER.

¹¹⁴ Sobre el límite del *quantum respondatur* en el Digesto, *vid.* en nuestro Derecho, entre otros: CARRASCO PERERA, A., «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, pp. 710 a 712; MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, pp. 99 a 107 y PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 1073 y 1074.

Siguiendo los textos del Digesto atribuidos a PAULO, se puede citar la Ley 19, 1, 43 (5. quaest)¹¹⁵, al disponer que, si como consecuencia de la compra de un esclavo, el comprador padece la evicción por su verdadero propietario, y el esclavo vendido ha experimentado un considerable aumento de valor, no se podrá hacer responsable al vendedor de ese incremento extraordinario del valor del esclavo¹¹⁶.

También debe citarse la Ley 19, 1, 21, 3 (33. ed)¹¹⁷, donde se distinguen los daños intrínsecos (*circa ipsam rem*) de los extrínsecos (*utilitas extra rem*), disponiendo que sólo son indemnizables los daños producidos en la misma cosa, es decir, los daños intrínsecos, el actual valor del vino o del trigo no entregado, dejando sin reparación los lucros cesantes de negociación y los daños consecuentes, o lo que es lo mismo, el beneficio que hubiera obtenido por la posterior venta del vino, o la muerte por hambruna de los esclavos al no disponer de trigo para comer, respectivamente¹¹⁸.

¹¹⁵ «*de sumptibus vero, quos in erudiendum hominem emptor fecit, videndum est: nam empti iudicium ad eam quoque speciem sufficere existimo: non enim pretium continet tantum, sed omen quod interest emptoris servum non evinci. Plane si in tantum suma (veluti si ponas agitatore postea factum vel pantomimum evictum esse meum, qui minimo venit pretio), iniquum videtur in magnam quantitatem obligare venditorem*».

¹¹⁶ Como afirma MORALES MORENO, A.M., se «contempla un caso de evicción del esclavo comprado. El comprador ha hecho en él inversiones que le han dotado de habilidades que lo hacen especialmente valioso, de manera que el valor del esclavo en el momento de la evicción está muy por encima del precio cobrado por él. Se plantea el problema de si ese mayor valor debe ser tomado en cuenta al determinar la indemnización del vendedor por la evicción. La respuesta es que no. Se justifica en lo que podríamos denominar las expectativas del vendedor al contratar (*ut non sit cogitatum a venditore de tanta suma*), y en lo que tiene de injusto que en este caso el vendedor se obligue en una suma tan elevada (*iniquum videtur in magnam quantitatem obligari venditorem*). Este texto nos aproxima a la doctrina de la previsibilidad, formulada más tarde por Pothier, doctrina de extraordinaria importancia en el derecho actual», *Incumplimiento del contrato...*, op. cit., pp. 103 y 104.

¹¹⁷ «*Cum per venditorem steterit, quo minus rem tradat, omnis utilitas emptoris 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 ea rem, quod si non sit traditum, familia eius fame laboraverit; nam pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur*». En este texto del Digesto señala CRISTÓBAL MONTES, A., que «puede rastrearse el origen de la fórmula de los Códigos civiles francés e italiano de que el daño derivado del incumplimiento debe ser consecuencia “inmediata y directa” de ello, o de la de nuestro Código civil de que aquél sea “consecuencia necesaria” de este mismo evento», «El enigmático artículo 1.107...», op. cit., p. 559.

¹¹⁸ Respecto a este pasaje del Digesto, indica MORALES MORENO, A.M., que «trata de ventas de géneros (vino, trigo), con los que puede negociar el comprador y obtener provechos. Se refiere al daño que sufre el comprador por la mora del vendedor en la entrega de la cosa. Entre los daños considerados hay lucros cesantes. Se discute si es indemnizable el lucro que hubiera podido obtener el comprador negociando con la cosa. Para determinar qué lucro perdido por el comprador es indemnizable, Paulo, D. 19, 1, 21, 3, utiliza una regla: *omnis utilitas emptoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit*. La aplicación de esta regla le permite extraer una consecuencia: el vendedor moroso no está obligado a indemnizar al comprador el lucro cesante producido por no haber podido negociar con el vino (*neque enim si potuit ex vino puta negotiari et lucrum facere, id aestimandum est*). En esta regla se utiliza la categoría de daño *circa ipsam rem*, como criterio de delimitación del daño indemnizable en caso de incumplimiento del contrato. A partir de ella se construirá, posteriormente, la distinción entre

En el Digesto, en la Ley 19, 1, 44 (8 *quaest.*), al igual que en la Constitución de Justiniano, también se contempla la indemnización limitada al *duplum* del valor de la cosa ¹¹⁹.

De una lectura conjunta de los anteriores textos se deduce que, en sus primitivos orígenes, la teoría de la previsibilidad surge exclusivamente para ser aplicada a los daños intrínsecos, ya que se excluía la de los extrínsecos, puesto que la limitación del resarcimiento de los daños intrínsecos al *duplum* permitía que el deudor conociera a priori el importe máximo de la condena al resarcimiento que le podía ser aplicada. Por tanto, ya en esta época se puede hablar, aunque de una forma figurada, de previsibilidad por los daños intrínsecos.

A la conducta del deudor, tampoco ha sido ajeno el Digesto a los efectos de extender el resarcimiento en los casos de deudor doloso, siendo uno de los pasajes más conocidos el de la Ley 19, 1, 13 pr. (32 ed.), atribuido a ULPIANO, relativo a la venta de una oveja con una enfermedad contagiosa ¹²⁰. Si la enfermedad era desconocida por el vendedor sólo responderá por el valor de la oveja, pero no por la posterior muerte del rebaño. En cambio, si conocía la enfermedad contagiosa, sí responderá por la pérdida de todo el rebaño.

Partiendo de los anteriores textos romanos, los glosadores y comentaristas del Derecho Común centraron sus esfuerzos interpretativos en la formulación de criterios generales que, sobre una adecuada formulación de la distinción entre los daños intrínsecos y los extrínsecos, permitiera determinar el *quantum respondatur* mediante la exclusión de determinados daños ¹²¹.

daño inmediato y daño mediato... plantea la cuestión de si el vendedor que no entrega el trigo debe soportar la consecuencia de que mueran de hambre los esclavos del comprador. Paulo entiende que no. Y lo razona en consideración a que el vendedor ha obtenido (cobrado) el precio del trigo y no el de los esclavos muertos de hambre (*nam pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur*). Trasladándonos al derecho actual, esta explicación hemos de asociarla a la función retributiva del precio, no sólo de la cosa sino del riesgo asumido por el vendedor en caso de incumplimiento», *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, pp. 102 y 103.

¹¹⁹ Afric. D. 19, 1, 44 (8 *quaest.*): «*cum et forte idem mediocrium facultatum sit: et non ultra duplum preciculum subire eum oportet*».

¹²⁰ «*Iulianus libro quinto decimo inter eum, qui sciens quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto: ait enim, qui pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione praestaturum, quanto minoris esset empturus, si id ita esse scissem: si vero sciens reticuit et emptorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestaturum ei: sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aestimationem, sive pecora contagiose morbosum pecoris preirunt, quod interfuit idonea venisse erit praestandum*».

¹²¹ Sobre las distintas interpretaciones de los textos citados por los glosadores y los comentaristas del Derecho Común, *vid.*, CARRASCO PERERA, A., «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, pp. 712 y 713; MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, pp. 107 a 109.

c) *La cuestión de la extensión de los daños indemnizables en el pensamiento de MOLINEO*

Antes de analizar la fórmula mediante la que MOLINEO trata de solucionar el problema de la extensión de los daños indemnizables, conviene recordar, siguiendo a CARRASCO PERERA, la distinción que entre los daños intrínsecos y extrínsecos propone DONELLO, para quien «es *circa rem* el lucro cesante que deriva necesariamente de la cosa, sin interposición de un suceso externo o una conducta del acreedor;... Pero es *extra rem* aquello que, no proviniendo de la cosa, podía tanto tener como no tener (los peces que no pesqué por haber roto un tercero la red) o aquello que aunque el deudor tuviera podría de hecho procurárselo de otra manera, por vía distinta de la prestación»¹²².

En el siglo XVI, MOLINEO, partiendo de la Constitución de Justiniano y posiblemente también del Digesto¹²³, se plantea dos cuestiones que a su parecer no se encuentran adecuadamente resueltas. Una, cuál es el fundamento de la limitación al doble del valor de la prestación en los casos ciertos; y otra, qué criterio se debería seguir para la indemnización en los casos inciertos, ante las dificultades y excesos que planteaba la solución justiniana de que fueran los tribunales mediante su facultad moderadora la que estableciera su indemnización¹²⁴.

Es el estudio de dicha Constitución, de los principios en que se inspira, lo que lleva a MOLINEO a formular una solución unitaria que le permita resolver las anteriores cuestiones en su obra *Tractatus de eo quod interest*¹²⁵.

Respecto a la limitación de la indemnización al *duplum* del valor del objeto de la prestación en los casos ciertos y teniendo en cuenta la distinción entre daño intrínseco y extrínseco, y la aceptación de que ambos tipos de daños

¹²² CARRASCO PERERA, A., «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, p. 713.

¹²³ Al respecto indica LEÓN GONZÁLEZ, J.M., que «probablemente, y si hemos de creer, una vez más, en la opinión de DUMAS, su fuente de inspiración se encuentre en el supuesto contemplado en D. 19, 1, 43-44 que excluye, por injusto el resarcimiento íntegro de los daños experimentados por el comprador evicto cuando era impensable (imprevisible) que la cosa vendida por un precio muy bajo (un esclavo que luego se convierte en conductor de cuadriga o actor de teatro) alcanzaría un valor tan alto y, además el vendedor, que no obró dolosamente, sólo poseía una media fortuna», «De nuevo sobre...», *op. cit.*, p. 138.

¹²⁴ LEÓN GONZÁLEZ, J.M., «De nuevo sobre...», *op. cit.*, p. 137.

¹²⁵ Como afirma LEÓN GONZÁLEZ, J.M., «la búsqueda de una clave unitaria que permita resolver ambos problemas llevara a Charles DUMOULIN a la formulación de su famosa teoría, desarrollada, fundamentalmente, en el número 60 de su *Tratatus de eo quod interest*. Pero para facilitar la comprensión de su pensamiento es conveniente tener en cuenta que en la doctrina de su tiempo los daños y perjuicios comprenden dos elementos: en primer lugar, la suma que representa el valor mismo del objeto de la prestación incumplida; es decir, lo que los antiguos denominaban *interés intrínseco* (expresión que nuestro autor considera criticable). Después, el valor de los demás daños que experimenta el acreedor como consecuencia del incumplimiento. Se trata de una indemnización accesoria o *interés extrínseco*, según la terminología al uso», «De nuevo sobre...», *op. cit.*, p. 137.

deben ser indemnizados, se pregunta cuál es la razonamiento jurídico para la limitación del daño extrínseco por el mismo valor del objeto de la prestación incumplida. Ante este interrogante, MOLINEO, según LEÓN GONZÁLEZ, «llega a descubrir por lo menos ocho *motivos* que justifican la solución adoptada por el emperador. Pero es al exponer el séptimo cuando sostiene no ser equitativo obligar a quien no ha podido cumplir tempestivamente sus compromisos a que repare siempre la totalidad del daño, porque éste puede exceder con mucho del valor del objeto de la obligación e, incluso, superar todo aquello que ha podido ser previsto (*quidquid praevideri potuit*)... De este modo, incidentalmente, y casi podría decirse que por azar, DUMOULIN esboza, apunta la teoría del daño previsible. Entre las razones para limitar, en los casos *certi*, el resarcimiento de los daños al doble del valor del objeto de la obligación, está –siempre según nuestro autor– la presunción de que las partes no han debido pensar que podría superarse ese límite: el acreedor debe recibir, en primer lugar, el valor de la prestación incumplida; pero, después, por lo que concierne a los daños extrínsecos, las partes, verosíblemente, no han previsto que serían superiores a este valor y el deudor no ha pensado en asumir un riesgo mayor»¹²⁶. En definitiva, MOLINEO parte de la injusticia que puede suponer que el deudor que incumple un contrato tenga que indemnizar íntegramente todos los daños que ha producido, y ello por razones de equidad. ¿Entonces a qué cuantía limitar los daños? En la Constitución de Justiniano y en el Digesto¹²⁷ se establecía el *duplum*, y de ahí extrae su fórmula de la previsibilidad. Que se estableciera el doble del valor de la prestación como límite de la indemnización o el triple no es lo importante, lo decisivo es que no se puede establecer más de la cantidad tope, sea la que sea, porque es la máxima que las partes pudieron prever en el momento de contratar. La agudeza de MOLINEO es innegable, sea por azar o no, extrae una regla general de un máximo establecido, y ello porque se fija en la razonamiento jurídico de lo que era pensable o previsible.

Expuesta así la fórmula de MOLINEO, es, al incorporarla a la indemnización de los casos inciertos, cuando unifica en un solo criterio la previsibilidad¹²⁸, tanto de la indemnización de los daños ciertos como de los inciertos; si

¹²⁶ LEÓN GONZÁLEZ, J.M., «De nuevo sobre...», *op. cit.*, pp. 137 y 138.

¹²⁷ Digesto, Ley 19, 1, 43-44: «...*de sumptibus vero, quos in erudiendum emptor fecit, videndum est: nam empti iudicium ad eam quoque speciem sufficere existimo: non enim pretium continet tantum, sed omne quod interest emptoris serum non evinci. Plane si in tantum pretium excedisse proponas, ut non sit cogitatum a venditore de tanta summa, (veluti si ponas agitatore postes factum vel pantomimum evictum esse eum, qui minimo venit pretio), iniquum videtur in magnam quantitatem obligari venditorem (cum et forte idem mediocrum facultatum sit: et non ultra duplum periculum subire eum oportet)*».

¹²⁸ Como señala MONTÉS PENADÉS, V.L., «MOLINEO, criticando las teorías hasta entonces expuestas, sugiere como elemento distintivo entre los casos ciertos e inciertos la posibilidad de una condena “in

bien, en los primeros, limitada al *duplum*, que podríamos decir, de forma figurada, que es el cuerpo de la regla, siendo el alma el importe máximo de la indemnización que las partes pudieron pensar o prever al contratar. O, en otras palabras, en los casos ciertos la previsibilidad está concretada en el *duplum* (como manifestación de lo que era previsible); en cambio, en los casos inciertos la previsibilidad es abstracta, por lo que exigirá la demostración de lo que era previsible al contratar.

El pensamiento de MOLINEO respecto a los casos inciertos lo describe LEÓN GONZÁLEZ, afirmando que «comienza advirtiendo que entre los motivos que inspiran la Constitución hay algunos que también pueden aplicarse, analógicamente, a los casos inciertos. En efecto, así como en los primeros (*certi*) la indemnización que se añade al valor del objeto de la obligación no puede exceder el valor de este mismo objeto, porque es el que corresponde al máximo de daños que las partes han debido prever, de igual modo, en los casos *incerti* no cabe que el interés extrínseco exceda de los límites “*qui verisimiliter apparebant tempore contractus*”; es decir, no debe sobrepasar los límites del riesgo previsto, pues es la carga que ha asumido tácitamente el deudor. La *ratio decidendi*, el motivo que explica toda la Ley –continúa diciendo DUMOULIN– es el rechazo hacia las infinitas complicaciones que derivan de la valoración de los daños y perjuicios. Y es ese rechazo el que ha llevado al legislador, en los casos ciertos, a establecer una valoración, una tasación, conforme a la presuntas previsiones de las partes: “*quia verisimiliter non fuit praevisum nec cogitatum de suscipiendo majori damno vel periculo ultra rem principalem, quam sit ipsa res principales*”. La misma moderación hay que observar en los casos inciertos, inspirándose en la equidad y en el espíritu de la Ley. Espíritu que, en suma, consiste en calcular la indemnización de acuerdo con los daños que los contratantes han podido prever al tiempo de la conclusión del contrato»¹²⁹.

De lo expuesto, debe reiterarse el mérito de la formulación de MOLINEO, que, partiendo de los textos romanos, principalmente de la Constitución de Justiniano, y salvando los problemas que planteaban las interpretaciones de los

duplum”, es decir, la existencia de una cantidad duplicable. Para los casos inciertos, y puesto que la moderación judicial propuesta por JUSTINIANO daba lugar en la práctica a numerosas injusticias, MOLINEO propone que el *damnum extrinsecum*, esto es, la indemnización relativa al perjuicio sufrido por el acreedor más allá de la pérdida o deterioro del objeto de la prestación, no debe superar el *quantum* o importe que el deudor podía prever en el momento de obligarse. Este mismo criterio de previsibilidad debe aplicarse, según MOLINEO, al deudor culposo de un hecho ilícito, pero mientras en el supuesto del deudor de buena fe se basa la aplicación del criterio de previsibilidad en la asunción tácita o explícita de una obligación resarcitoria, el fundamento del límite en la responsabilidad por hecho ilícito culposo se encuentra [en] necesidades equitativas que requieren la proporcionalidad de la pena a la culpa», «Sobre la responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 2430 y 2431.

¹²⁹ LEÓN GONZÁLEZ, J.M., «De nuevo sobre...», *op. cit.*, p. 139.

juristas del Derecho Común, unificó la misma solución tanto para los casos ciertos como los inciertos con la previsibilidad¹³⁰.

Por último, respecto a las consideraciones que MOLINEO realiza sobre el deudor doloso, y siguiendo el estudio de LEÓN GONZÁLEZ, autor que en nuestra doctrina ha estudiado con mayor profundidad su pensamiento, se establece expresamente un diferente régimen para el deudor doloso en los casos ciertos, ya que no se verá beneficiado por el límite del *duplum*. En los casos de daños inciertos, afirma LEÓN GONZÁLEZ que, aunque «no lo diga de forma expresa, implícitamente se desprende de su exposición que tampoco en los casos inciertos cabe reducir el resarcimiento a los daños previstos»¹³¹. Parece lógico que un tratamiento distinto, respecto del deudor doloso en los casos ciertos, para el mismo tipo de deudor en los casos inciertos, carecería de toda justificación, máxime, cómo se ha indicado, cuando en la Ley 19, 1, 13 pr. (32 ed.) del Digesto, ya se establecía una extensión de la responsabilidad para el deudor doloso, sin distinción entre los daños ciertos e inciertos.

d) *Las aportaciones de Domat y Pothier en la delimitación del test de previsibilidad*

Posteriormente, en el siglo XVII, DOMAT, y en el XVIII, POTHIER, racionalizaron y acabaron de delimitar la regla de la previsibilidad de MOLINEO, en sus significados trabajos *Loix civiles*¹³² y *Traité des obligations*, respectivamente.

Respecto a DOMAT, sobre el que coinciden los autores en que posiblemente desconocía los trabajos de MOLINEO¹³³, debe destacarse la importancia de su pensamiento en orden a la extensión del resarcimiento del deudor doloso. Hasta aquí, se ha afirmado que, tanto en el Digesto como en MOLINEO, dicho deudor no se beneficia del límite de los daños previstos, por lo que tiene que indemnizar todos los daños derivados del incumplimiento. Sin embargo, para DOMAT, como posteriormente para POTHIER, también debe existir una

¹³⁰ CARRASCO PERERA, A., en referencia a los postulados de MOLINEO, afirma que «deseando encontrar una fórmula única para discriminar entre los *casus interesse*, MOLINEO propuso una fórmula única para la disciplina de los *casus certi et incerti* del *Codex* 7, 47. La fórmula suministrada es la del daño previsible: *non debet quod extrinsecus interest excedere fines objecti qui verosimiliter apparebant tempore contractus, sive limites periculi praevisi et facile suscepti non debent excedi*», «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, p. 713.

¹³¹ LEÓN GONZÁLEZ, J.M., «De nuevo sobre...», *op. cit.*, p. 140.

¹³² DOMAT, J., *Loix civiles*, Oeuvres, I Paris, 1756.

¹³³ En tal sentido LEÓN GONZÁLEZ, J.M., «De nuevo sobre...», *op. cit.*, p. 141, y MONTÉS PENADÉS, V.L., «Sobre la responsabilidad...», *op. cit.*, p. 2431.

restricción o límite a esa extensión de los daños, ya que lo contrario supondría colocar al deudor en una situación desproporcionada e injusta. Como señala CARRASCO PERERA, «este deudor que incumple por dolo, que no goza de la limitación del daño intrínseco, no ha de indemnizar, con todo, los daños que resulten ser una *suite tres éloigné* del incumplimiento: el vendedor del animal enfermo responderá de la muerte del rebaño, pero no de la falta de cultivo de las tierras del acreedor por haber enfermado los bueyes y la consecuente situación de insolvencia de éste que conduce a que sus propios acreedores embarguen sus bienes»¹³⁴. Aquí se encuentra el germen de que los daños, sea del tipo que sea el deudor, deben ser consecuencia necesaria del incumplimiento, lo que, como ya se ha explicado al abordar el estudio del nexo causal, se pretendió solucionar como un problema de causalidad, lo que no es más que una cuestión de imputación objetiva¹³⁵.

Será POTHIER¹³⁶, sobre la base ya establecida del criterio de la previsibilidad por MOLINEO en su *Tractatus*¹³⁷, el que acabe por desarrollarla plenamente y divulgarla, consagrándola como un adecuado criterio de imputación objetiva en su *Traité des obligations*¹³⁸.

Partiendo de la distinción entre los supuestos en los que se ha producido la inejecución del contrato y aquéllos en los que existe mora del deudor, co-

¹³⁴ CARRASCO PERERA, A., «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, p. 714.

¹³⁵ Al respecto, LEÓN GONZÁLEZ, J.M., señala que «bajo la expresión “consecuencia necesaria”, procedente de DOMAT y no de POTHIER, como generalmente suele afirmarse, el Código civil regula la causalidad entendida en el sentido del nexo que debe mediar entre el *evento* lesivo y sus ulteriores *consecuencias* para que éstas sean resarcibles», «De nuevo sobre...», *op. cit.*, nota al pie número 1, p. 133. Si bien coincidimos con LEÓN GONZÁLEZ en que en DOMAT se establece la restricción de los daños, considero que no se trata de una cuestión de causalidad tal y como él la entiende, sino que la expresión «consecuencia necesaria» lo que hace es atraer a la cuestión de la limitación de los daños indemnizables los criterios de imputación objetiva. Lo que estimo coincidente con CARRASCO PERERA, A., cuando sostiene que «la primera consideración que debe hacerse es que ni en DOMAT ni en POTHIER la doctrina del daño previsible y del daño *trop éloigné* pueden racionalizarse como un problema de *causalidad* del daño. El daño previsible no es indemnizable porque el incumplimiento sea su causa, mientras que deje de serlo en el caso de daño imprevisible. DOMAT no habla de causalidad, sino de “imputación”. En cuanto al límite de la *suite tres éloigné* apenas se ofrece otra justificación, salvo que, siendo el daño tan remoto, el incumplimiento sólo puede haber sido “ocasión” del mismo», «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, p. 715.

¹³⁶ POTHIER, R.J., *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 91 a 102.

¹³⁷ Afirma LEÓN GONZÁLEZ, J.M., que «será POTHIER quien, al redescubrir el *Tractatus de eo quod interest*, ponga fin a ese largo y complejo proceso interpretativo iniciado allá en el año 531. Su mérito consistirá, como en tantas otras ocasiones, en traducir a un buen francés las ideas que el jurista del siglo XVI había formulado antes en un difícil latín, preparando así los materiales que inmediatamente después cristalizarán en el art. 1150 del *Code*», «De nuevo sobre...», *op. cit.*, p. 141.

¹³⁸ En nuestra doctrina, sin negar la paternidad del criterio de la previsibilidad a MOLINEO, afirman la importancia de POTHIER en su desarrollo, difusión e incorporación posterior a los Códigos civiles decimonónicos y al Derecho uniforme, entre otros, *vid.*: LEÓN GONZÁLEZ, J.M., «De nuevo sobre...», *op. cit.*, pp. 141 y 142; MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, pp. 112 y 113; OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Comentario a la Sentencia de 7 de Julio de 2008...», *op. cit.*, p. 623 y PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, nota al pie núm. 6, p. 1075.

mienza enunciando POTHIER las dos partidas que se integran dentro de los daños y perjuicios, es decir, el daño emergente y el lucro cesante, idea ya consolidada en la época de MOLINEO.

El recorrido que realiza POTHIER con objeto de limitar los daños y perjuicios, parte del criterio de la previsibilidad –en los supuestos del deudor no doloso–, como límite general del *quantum respondatur*; continuando con la distinción entre daños intrínsecos y extrínsecos; la facultad moderadora de los Tribunales en los supuestos de deudor no doloso; el agravamiento de la responsabilidad en los casos del doloso; finalizando con la forma de operar la regla de la previsibilidad en los casos de mora. Todo ello, acompañado de ilustrativos ejemplos, muchos de ellos tomados de MOLINEO¹³⁹.

Desde el comienzo de su exposición, POTHIER se pronuncia en contra de la reparación integral del daño, o, si se prefiere, de todos los daños *ocasionados* por el incumpliendo, ya que su preocupación se centra en limitar los daños indemnizables. Así, afirma que es necesario, sin embargo, no someter el deudor a indemnizar al acreedor de todas las pérdidas indistintamente que le haya ocasionado el incumplimiento de la obligación, y menos todavía a todas las ganancias que el acreedor hubiese podido hacer, si el deudor hubiese satisfecho su obligación. En este punto es necesario distinguir diferentes casos y diferentes especies de daños y perjuicios; y aun es necesario, según los diferentes casos que pueden presentarse, poner una cierta moderación en la fijación y estima de aquéllos que son debidos¹⁴⁰.

Desde el principio, enuncia su teoría de la previsibilidad, otorgándole un papel protagonista a la autonomía de la voluntad de los contratantes, puesto que lo previsible o imprevisible dependerá, siempre en el caso del deudor no doloso, de lo que las partes expresa o implícitamente hayan establecido al celebrar el contrato, en los siguientes términos: «Cuando no se puede reprochar al deudor dolo alguno, y que no es más que por una simple falta el que haya dejado de cumplir su obligación, ya sea porque temerariamente se comprometió a lo que no podía cumplir, ya sea porque él se ha puesto después, por su falta, fuera de estado de cumplir su compromiso; en ese caso el deudor no está obligado más que a los daños y perjuicios que se han podido prever cuando el

¹³⁹ En nuestra doctrina han estudiado con detalle los postulados de POTHIER, entre otros, *vid.*: CARRASCO PERERA, A., «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, p. 713 a 715; LEÓN GONZÁLEZ, J.M., «De nuevo sobre...», *op. cit.*, pp. 141 a 144; MONTÉS PENADÉS, V.L., «Sobre la responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 2431 a 2434; MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, pp. 112 a 122 y PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, nota al pie número 6, pp. 1075 a 1079.

¹⁴⁰ POTHIER, R.J., *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 91 y 92.

contrato, que el acreedor podría sufrir de la inejecución de la obligación; pues el deudor se halla reputado como no habiéndose sometido otros»¹⁴¹.

Toma como punto de partida la indemnización del deudor no doloso, en principio circunscrita al daño *in re ipsa*, si bien, como señala MORALES MORENO, redefine el alcance de esta regla, conforme a las exigencias de la autonomía de la voluntad. Su noción de previsión (su referencia al daño previsto) no hace sino indicar lo que las partes han querido, o dicho de otro modo, han previsto en el contrato. A falta de voluntad expresa, el daño previsto se determina por la interpretación, en la que tiene un papel muy significativo la función ordinaria del tipo contractual utilizado¹⁴².

Una vez enunciado su criterio de la previsibilidad, siempre apoyado en MOLINEO, POTHIER lo armoniza con los daños intrínsecos y extrínsecos. Respecto de los intrínsecos afirma que «por lo común se reputa que las partes no han previsto más que los daños y perjuicios que resultan para el acreedor del incumplimiento de la obligación, y en relación a la cosa que es objeto de la misma, y no aquéllos que la inejecución de la obligación le ha ocasionado en sus otros bienes. Es por esto, que en ese caso, el deudor no es reputado responsable de estos últimos, sino tan sólo de aquellos sufridos en relación a la cosa de que era objeto la obligación: *danni et interesse, propter ipsam rem non aditem*»¹⁴³.

A continuación, propone una serie de ejemplos que ilustran su idea sobre el daño *in re ipsa*. En primer lugar, pone el ejemplo de un contrato de compraventa de un caballo¹⁴⁴. Ante la falta de entrega del caballo el día convenido, ¿de qué daños tiene que responder el vendedor? Según POTHIER, lo haría ex-

¹⁴¹ POTHIER, R.J., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 92. De tales afirmaciones afirma MORALES MORENO, A.M., que «se construye desde la voluntad (expresa o implícita) de los contratantes o, al menos, del contratante deudor. Nada tiene que ver con una norma dispositiva que pudiera imponer al deudor indemnizar los daños previstos o previsibles para él en el momento de contratar», *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 114.

¹⁴² MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 114 y PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, p. 1076.

¹⁴³ POTHIER, R.J., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 92.

¹⁴⁴ POTHIER, R.J., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 92: «supongamos que yo haya vendido a alguien un caballo, y que me haya obligado a entregarlo dentro de cierto tiempo, lo que no me haya sido posible hacer. Si dentro de ese tiempo los caballos hubiesen aumentado de precio, lo que el comprador habrá pagado de más por no haber adquirido el mío, y siendo de su misma calidad, es un perjuicio del cual le debo indemnización: pues es un perjuicio que ha sufrido *propter rem ipsam non habitam*, que no tiene relación más a la cosa que ha hecho el objeto del contrato, que he podido prever que él podía sufrir, estando como está el precio de los caballos, como el de las demás cosas sujeto a variaciones. Más si ese comprador fuera un canónigo, quien, por culpa de no haberle entregado el caballo ofrecido, no hubiera podido llegar a tiempo al lugar de su beneficio para recoger sus pingües frutos, en este caso yo no sería responsable de dicha pérdida por más que la hubiera causado el incumplimiento de mi obligación, pues es un perjuicio extraño a lo que ha sido objeto de mi obligación, y que no se ha previsto cuando se celebró el contrato, y para cuya reparación no puede decirse que me hubiera sometido al contratar».

clusivamente del posible aumento del precio que un caballo de las mismas condiciones hubiera experimentado. Y ello, en base a lo que pudo ser previsto al celebrar el contrato, es decir, dicho daño sí entra dentro de lo que es el objeto de la obligación, y por tanto del riesgo asumido por el vendedor. En cambio, continúa proponiendo POTHIER, en el supuesto de que el comprador fuera un canónigo que necesitara el caballo para desplazarse a «recoger sus pingües frutos», y ante la falta del mismo, no pudo hacerlo, por lo que del incumplimiento deriva un perjuicio, cifrado en la no obtención de tales beneficios, ¿podría el canónigo recibir una indemnización por tal importe? A ello responde negativamente, puesto que se trata de «un perjuicio extraño a lo que ha sido objeto» del contrato. Se trata de un daño ajeno a lo previsto en el contrato. Nos encontramos ante el criterio de la previsibilidad en estado puro. La nota que caracterizaría la indemnización del daño vendría determinada por lo previsto en el contrato, quedando extramuros de la misma los no previstos¹⁴⁵.

Sin embargo, es en el segundo ejemplo, relativo a un contrato de arrendamiento de una casa, donde con mayor claridad se manifiesta su amplia concepción del daño *propter ipsam rem non habitam*: «si he dado a alquiler por dieciocho años una casa que creía de buena fe que me pertenecía, y que al cabo de diez o doce años mi inquilino fuese despedido de la casa por su propietario, yo vendría obligado al pago de daños y perjuicios a mi inquilino, así de los que resulten de los gastos que tenga que hacer para cambiar de local, como también de los que resulten por el aumento de alquiler de las casas ocurrido durante el tiempo de nuestro contrato, puesto que se verá obligado a alquilar una casa de mayor precio antes de expirar nuestro convenio; por cuanto esos daños y perjuicios tienen una relación próxima con el disfrute de la casa que hacía el objeto de mi obligación, y tiene que sufrirlos el inquilino *propter ipsam rem non habitam*. Más si el inquilino, durante el contrato ha establecido un comercio en la casa que le he alquilado, y que su desplazamiento le ocasiona la pérdida de las relaciones contraídas y causa un perjuicio a su comercio, en este caso no vendré obligado a pagarle daños ni perjuicios, por cuanto esos perjuicios fueron extraños a nuestra convención, pues no fueron previstos en el contrato. Con mayor razón, si con motivo del desplazamiento se hubieran echado a perder algunos muebles preciosos, tampoco vendría obligado a resarcirle dicho perjuicio, que es debido a la impericia de la gente de que se ha servido, que es donde reside la causa y no la eventualidad que ha sufrido, que ha sido sólo la ocasión»¹⁴⁶. El razonamiento jurídico que le lleva a establecer qué da-

¹⁴⁵ MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, op. cit., p. 115.

¹⁴⁶ POTHIER, R.J., *Tratado...*, op. cit., pp. 92 y 93.

ños son o no indemnizables es el mismo que en el ejemplo anterior. Si bien distingue claramente entre los daños que son causados por el incumplimiento, gastos de traslado y el mayor coste de la renta de una casa de las mismas condiciones, y los que siendo también ocasionados por el daño, no son causa del mismo. De donde, en el fondo, la cuestión que subyace es la distinción entre el nexo causal, como *condición sine qua non* del daño, la teoría de la equivalencia de las condiciones y la imputación de los daños. Debe observarse que en este ejemplo, el daño *in re ipsa*, no viene limitado al valor de la cosa, mayor valor de otro arrendamiento, sino que también se incluyen los gastos de traslado al nuevo inmueble, lo que justifica MORALES MORENO en atención a que «tales daños se encuentran en relación próxima con la función del contrato de arrendamiento, que es proporcionar el goce de la cosa durante cierto tiempo»¹⁴⁷. El razonamiento para excluir los perjuicios ocasionados por el traslado del negocio, responde a que se trata de un daño no previsto en el contrato, donde no se estableció que ese sería el fin para el que se arrendaba el inmueble.

Para POTHIER también resultan indemnizables, siempre y cuando sean previsibles, los daños extrínsecos, lo que justifica sosteniendo que «algunas veces el deudor es responsable de daños y perjuicios al acreedor, bien que extrínsecos, a saber: cuando parece que por el contrato han sido previstos, y que el deudor se ha encargado de ellos de una manera tácita o expresa en caso de incumplimiento de su obligación»¹⁴⁸. Respecto a tales tipos de daños es donde con mayor protagonismo se manifiesta la autonomía de la voluntad, puesto que produce una extensión o ampliación de los daños indemnizables. Ello lleva a MORALES MORENO a afirmar que la autonomía de la voluntad puede extender los daños imputables, en caso de incumplimiento, a los daños extrínsecos a la función ordinaria del tipo contractual celebrado¹⁴⁹. La incorporación de los daños extrínsecos, como una partida indemnizable de los daños, puede derivar bien de un pacto expreso en el contrato o de la propia interpretación del mismo.

Propone dos ejemplos, uno, el mismo de la venta del caballo al canónigo, pero ahora sí, con un cláusula expresa en la que se incluye la importancia de recibir a tiempo el mismo para poder obtener sus ingresos¹⁵⁰; otro, el del arren-

¹⁴⁷ MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 115.

¹⁴⁸ POTHIER, R.J., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 93.

¹⁴⁹ MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 116.

¹⁵⁰ POTHIER, R.J., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 93: «he vendido mi caballo a un canónigo, con una cláusula expresa en el contrato, por la cual me había obligado a entregárselo a tiempo para que pudiera llegar en su día a su beneficio para recoger sus grandes frutos. Si en ese caso, falto por mi culpa, bien que sin dolo, a llenar mi obligación, y que el canónigo no haya podido encontrar fácilmente otro caballo, ni otro carruaje, vendré obligado al pago de daños extrínsecos resultantes de la pérdida que haya sufrido en sus pingües

damiento de una casa para destinarla a posada¹⁵¹. En ambos ejemplos existe una asunción del riesgo de que se produzcan los daños extrínsecos, si bien, de manera distinta. En el primer ejemplo, el riesgo se ha asumido de forma expresa, mediante una cláusula en la que se manifiesta la importancia de obtener el caballo a tiempo; en el segundo, la asunción del riesgo de los daños que pueden derivar del lanzamiento del arrendatario posadero, se realiza de forma tácita. De la interpretación del propio contrato, del destino de la vivienda a posada se deriva el riesgo asumido. Muy distinta hubiera sido la solución si la casa se hubiera arrendado a un particular, ajeno a toda actividad empresarial, que un día, después de celebrado el contrato, decide poner una posada en la vivienda. En ambos ejemplos, si bien por vías diferentes, se llega a la misma solución, el riesgo fue asumido y en tanto en cuanto previsible, por lo que se concluye que se tienen que indemnizar los daños extrínsecos.

Una vez analizado así el efecto extensivo del daño indemnizable, debemos afrontar la previsibilidad en su función limitativa; es decir, la imprevisibilidad como función delimitadora de los daños indemnizables, o, lo que es lo mismo, la negación de la indemnización de aquellos daños cuyo riesgo de producción no ha sido asumido por las partes¹⁵².

Es, al tratar POTHIER los fundamentos de la función excluyente de determinados daños de la imprevisibilidad, cuando con mayor virtualidad se pone de manifiesto su criterio de la previsibilidad, y para el que fue elaborado, esto es, para limitar los daños. Los razonamientos jurídicos que le llevan a negar la indemnización de los daños imprevisibles, siempre en el entendimiento de que en todo momento nos estamos refiriendo a un deudor no doloso, se encuentran, según sus propias palabras, en que «las obligaciones que nacen de los contratos no pueden formarse más que por el consentimiento y la voluntad de las partes. Ahora bien, el deudor, al obligarse al pago de daños y perjuicios que resultarían

frutos; pues por la cláusula del contrato, el riesgo del perjuicio se había previsto y expresado, considerándose por lo tanto que yo me había encargado del mismo».

¹⁵¹ POTHIER, R.J., *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 93 y 94: «si he alquilado una casa a un tal, en su calidad de tratante, para convertirla en posada, y que el inquilino se vea contrariado en el disfrute de la misma por mi culpa, le debo daños y perjuicios que no se limitarán a los gastos de mudanza, y a los que puedan resultar del aumento del precio de alquileres, como hemos dicho que debían limitarse en el caso anterior; pues la pérdida que habrá hecho de sus relaciones, si no ha podido encontrar otra cosa en el cuartel, ha de entrar por alguna cosa: puesto que habiendo alquilado mi casa para que abriera tienda o posada, esta especie de daños, es un daño cuyo riesgo ha sido previsto, y al cual se ha de reputarme sometido».

¹⁵² En tal sentido afirma MORALES MORENO, A.M., que «el papel que Pothier atribuye a la voluntad en la imputación del daño indemnizable se corresponde con el que asigna a la imprevisibilidad como límite de imputación. Un tipo de daño, imputable conforme al contrato, deja de serlo si el mismo es imprevisible para el deudor, en el momento de contratar. La razón de esta limitación está, también, en la autonomía de la voluntad. No se puede considerar querido lo no conocido (*nihil volitum nisi praecognitum*)», *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 117.

de la inejecución de la obligación, se reputa como no habiéndose entendido ni querido obligar más que hasta la suma a la cual él ha podido racionalmente prever que podían montar a lo más los dichos daños y perjuicios, y no más allá»¹⁵³.

Debe advertirse que en POTHIER, la función excluyente o limitadora de la indemnización de los daños del factor de la imprevisibilidad se manifiesta de dos formas o grados. La primera, que tendría una función de exclusión total del daño; como el daño no era previsto, ni en su clase ni en su cuantía, debe ser íntegramente rechazada su indemnización. Nos encontraríamos ante una función excluyente del daño en estado puro. La segunda tendría como presupuesto la producción de un daño que era previsible en cuanto a su existencia, pero, sin embargo, no respecto a lo elevado de su cuantía; es decir, su envergadura excede de lo que las partes habían previsto. En estos casos, como expondre-mos, no se trata de que se haga una exclusión de los daños, sino una moderación de su cuantía por los tribunales.

Por lo que respecta a la primera función de la imprevisibilidad, la de absoluta exclusión de la indemnización de determinados daños, propone dos ejemplos tomados también de MOLINEO. El del carpintero que vende unos puntales para el sostenimiento de una vivienda, que, resultando ser defectuosos, no impiden la ruina de la misma¹⁵⁴. Una vez afirmado el derecho del pro-

¹⁵³ POTHIER, R.J., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 96.

¹⁵⁴ POTHIER, R.J., *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 94 y 95: «una persona me ha vendido un cierto número de piezas de madera, de la que me he servido para apuntalar mi casa, que se arruina por defecto de la mala calidad de los maderos que estaban podridos. Si el vendedor no era hombre entendido en el asunto, es decir, que no era de su oficio el conocer la calidad de los maderos, de los que ignoraba sus defectos, los daños y perjuicios que resulten del hecho de que los maderos que él me vendiera fueran defectuosos, no consistirá más que en una deducción sobre el precio de lo que yo les he pagado de más, al comprar por bueno lo que era defectuoso; mas no se extenderán a la pérdida que he sufrido por la ruina de mi casa, pues el vendedor que me ha vendido la madera de buena fe, y que no tenía mayor obligación que la mía en punto a conocer la calidad de la madera, se ha de reputar como no habiéndose encargado del riesgo. Mas si aquel que me ha vendido dichos maderos es un hombre del oficio, si es un carpintero el que me ha vendido dichos puntales para apuntalar mi casa, vendrá obligado para conmigo al pago de los daños y perjuicios que resulten de la ruina de mi casa por defecto de sus puntales, y no será admitida su disculpa de que él los creía buenos y suficientes; pues aun cuando dijera verdad, esta ignorancia de su parte no podría excusarse en un hombre que hace profesión pública de un estado y un arte: *Imperitia culpa annumeratur*. Al venderme dichos puntales para apuntalar mi casa, y al vendérmelos en su calidad de carpintero, se declaraba incurso en las responsabilidades consecuentes para el caso de que dichos maderos fueran insuficientes, habiéndose por lo tanto declarado responsable del riesgo que corría mi casa. Observad, sin embargo, que no debe reputársele por responsable de otra cosa más que del riesgo que se me ha encargado. Es por esto que, si dicho carpintero me ha vendido sus maderos para sostener una casa dada, y yo me sirvo de ellos para sostener otra de mayor importancia, no tan sólo el carpintero no será responsable de la ruina de esa casa, en el caso de que los maderos hubiesen sido insuficientes para el sostén de la pequeña construcción para que habían sido destinados, por cuanto en ese caso el carpintero no incurre en falta de clase alguna; sino que aun en el caso de que hubiese falta, esto es, de que sus maderos fueran absolutamente defectuosos e insuficientes, aun para el sostén del pequeño edificio para el cual habían sido destinados, no vendría obligado al pago de daños y perjuicios resultantes de la ruina de mi gran edificio más que por la suma o valor de mi pequeña casa: pues no habiéndome vendido dichos puntales más que para sostener mi

pietario de la vivienda a su valor, a la cuestión de si deberían ser indemnizados los daños producidos por la pérdida de los muebles y enseres que perecieron con la misma, POTHIER contesta negativamente¹⁵⁵, basándose en que el carpintero no ha podido prever, siendo lo normal que una vivienda apuntalada esté desalojada, que tales objetos se encontraran dentro de la vivienda, por lo que no asumió el riesgo de su pérdida. Matiza POTHIER, que ello no obsta, para que si el comprador de los puntales hubiera puesto en conocimiento del carpintero que apuntalaría la vivienda, continuando con su vida normal dentro de la misma, al conocer tal dato, tácitamente habría asumido el riesgo de su pérdida, con lo cual el daño si sería previsible y, por tanto, indemnizable¹⁵⁶.

A diferencia del anterior ejemplo, propone el de la ruina de un edificio¹⁵⁷, en el que sí resulta previsible el riesgo de que, como consecuencia de la defectuosa construcción de una vivienda, además de indemnizar el constructor el valor de la misma, también tenga que responder del mobiliario, puesto que la finalidad de celebrar un contrato para edificar una casa es la de vivir en ella¹⁵⁸.

En relación a la segunda función atribuida a la imprevisibilidad, no se trata, como ya se ha indicado, de un supuesto de exclusión de los daños, sino de una moderación de su cuantía por los tribunales, siguiendo los principios en los que se inspira la Constitución de Justiniano, es decir, la razón y la equidad

pequeña casa, se entiende que no se ha entendido encargar del riesgo de daños y perjuicios que yo sufriría, más que por el valor de dicha pequeña casa, y que por consiguiente no debemos, según nuestros principios, extender más allá su responsabilidad. Tal vez hubiera puesto mayor cuidado si hubiese entendido correr un riesgo mayor, o que él los hubiese vendido para un mayor edificio».

¹⁵⁵ POTHIER, R.J., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 95: «un carpintero me ha vendido puntales para el sostén de mi casa, que se ha hundido por defecto e insuficiencia de los mismos, los daños y perjuicios a que viene obligado se limitan a la ruina de la casa, y no se extienden a la pérdida de los muebles que tiene dentro, y se han roto o perdido en las ruinas; pues dicho obrero al venderme sus puntales para el sostén de mi casa, no ha entendido responder más que de la conservación del edificio, no es más que de este riesgo de lo que él se ha encargado, y no del riesgo de la pérdida de mis muebles, que no ha podido prever que yo dejara dentro, cuando por lo ordinario, se desamuebla una casa que se apuntala. Es por esto que dicho carpintero no debe ser considerado como responsable de la pérdida de dichos muebles, a menos de que no se hubiese encargado expresamente de ese riesgo».

¹⁵⁶ En referencia a este ejemplo, indica MORALES MORENO, A.M., que «la imprevisibilidad del daño justifica en este caso una excepción a la regla ordinaria de imputación de daños propia del contrato (del tipo contractual) celebrado», *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 118.

¹⁵⁷ POTHIER, R.J., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 95: «no sucede lo mismo cuando se trata del albañil con quien he hecho un contrato para que me construya una casa, la que, al poco de estar construida, se hunde por defecto de construcción. Los daños y perjuicios que me debe este empresario ignorante por falta de no haber llenado como debía su obligación, se extienden no solamente a pérdida que he tenido de la casa, y que no he podido salvar, pues dicho empresario al obligarse a construirme una casa, vivir en ella, o un inquilino, no podía ignorar que se llevarían a la misma muebles, pues no podía habitarse en la misma sin ellos, y por consiguiente se ha encargado del riesgo de los mismos».

¹⁵⁸ Al respecto de dicho ejemplo afirma MORALES MORENO, A.M., que «la previsibilidad de un daño comprendido en el ámbito de protección del contrato justifica el que el mismo sea indemnizable», *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 118.

natural. La propuesta de POTHIER, como afirma PANTALEÓN PRIETO, tiene como objetivo «armonizar lo dispuesto en C. 7. 47. 1, modificándolo en lo necesario, con el criterio general de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar»¹⁵⁹.

Este afán armonizador lleva a POTHIER a afirmar que «cuando los daños y perjuicios son considerables, no deben tacharse y liquidarlos de una manera rigurosa, sino con una cierta moderación»¹⁶⁰. Para ello parte de la fórmula que estableció Justiniano en la Constitución para indemnizar los daños intrínsecos, los únicos indemnizables en la época, para los *casus certi*, y lo ilustra con el ejemplo ya visto del comprador del viñedo. Del ejemplo extrae el razonamiento que inspirara a Justiniano, que, si bien lo rechaza, sí comparte su espíritu, y es el que aplica a su criterio de la previsibilidad. Afirma que «... cuando esos daños y perjuicios suben a una suma excesiva, a la cual el deudor jamás ha podido pensar que pudieran subir, deben reducirse y moderarse a la suma a la que se puede racionalmente pensar que podrían subir como máximo, pues ha de reputarse el deudor como no habiéndose obligado a más»¹⁶¹. Continúa criticando la propuesta de Justiniano señalando que «en tanto que limita la moderación en los daños y perjuicios excesivos, *precisamente* al doble del valor de la cosa, es en esto una ley arbitraria, y que no tiene autoridad en nuestras provincias», si bien a continuación extrae la regla, que sí le resulta adecuada, afirmando que «el principio sobre que está fundada, que no permite que un deudor a quien no se puede reprochar dolo alguno, sea tenido al pago de los daños y perjuicios que resulten de la inejecución de su obligación más allá de la suma a la cual ha podido pensar que podrían subir como máximo, siendo un principio fundado en la razón y equidad natural, nosotros debemos seguirle y moderar conforme a ese principio los daños y perjuicios, cuando se encuentren excesivos, dejando esta moderación al arbitrio del juez»¹⁶². La misma modera-

¹⁵⁹ PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, p. 1077. *ViD.*, también LEÓN GONZÁLEZ, J.M., «De nuevo sobre...», *op. cit.*, p. 142 y MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 119.

¹⁶⁰ POTHIER, R.J., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 95.

¹⁶¹ POTHIER, R.J., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 96.

¹⁶² POTHIER, R.J., *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 96 y 97. Esta facultad moderadora que atribuye a los Tribunales la ilustra con el siguiente ejemplo: «si yo he metido dentro de un tonel un vino extranjero u otro licor de un precio inmenso, que se ha perdido por un vicio del tonel, el tonelero que me lo ha vendido, no debe ser condenado a indemnizarme de esta pérdida en entero, sino tan sólo hasta concurrencia del precio de un tonel del mejor vino del país; pues que, al venderme el tonel, no entendía encargarse de otro riesgo, pues no podía prever que yo metiese en él un licor de elevado precio». En esta facultad moderadora se encuentra el precedente de nuestro art. 1103 del CC, facultad moderadora que no se consagró en el *Code* francés. Al respecto afirma CARRASCO PERERA, A., que «el sistema concluido por POTHIER pasaría sin mayor variación a los artículos 1.150 y 1.151 del *Code*, salvedad hecha de la facultad de moderación del daño intrínseco cuando *a venditore non sit cogitatum de tanta suma*, facultad de la que no queda rastro en

ción debe aplicarse en el caso de los daños extrínsecos, de los que afirma que «aun en relación a esos daños extrínsecos, se debe usar de moderación cuando se encuentren excesivos, y no se debe condenar al deudor por más de la suma máxima que racionalmente podía él pensar»¹⁶³.

De lo expuesto sobre el pensamiento de POTHIER, se deben extraer las siguientes conclusiones: no distingue los casos ciertos de los inciertos, como hacían Justiniano y MOLINEO, ya que unifica bajo la delimitación común de la previsibilidad todos los tipos de incumplimientos. Son resarcibles siempre los daños intrínsecos, y los extrínsecos en la medida que hayan sido previstos. Recuérdese que en Justiniano sólo lo eran los intrínsecos, y que para MOLINEO, la previsibilidad de los intrínsecos quedaba limitada al *duplum*, no en cambio para los extrínsecos. Modera la indemnización de la cuantía tanto de los unos como de los otros, atendiendo al carácter previsible de la misma. En definitiva, POTHIER universaliza la previsibilidad como criterio de delimitación de los daños indemnizables, cualquiera que sea el tipo de incumplimiento o de daño¹⁶⁴.

Hasta ahora se ha expuesto la regla general de POTHIER, aplicable sólo al deudor no doloso. A continuación, enuncia dicho autor una excepción, un tratamiento diferente para los supuestos de deudores dolosos, que, como ya se indicó, también estaba presente en el Digesto y en MOLINEO. Ahora sí inspirada en el principio de reparación integral del daño, si bien lo limita atendiendo, como afirma MORALES MORENO, al «criterio de la proximidad de la causa y cuestiona la indemnización de las consecuencias dañosas más alejadas de la acción dolosa y más indirectas (*plus éloigné et plus indirecte du dol*)»¹⁶⁵.

el Derecho positivo francés, y que en el nuestro se conserva curiosamente como una de las aplicaciones de la facultad moderadora del artículo 1.101», «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, p. 714.

¹⁶³ POTHIER, R.J., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 97. En este sentido indica MORALES MORENO, A.M., que «POTHIER articula en este caso un sistema de moderación judicial de la cuantía de los daños, cuando éstos resultan excesivos. Atiende al mismo problema al que intentó dar solución Justiniano en la ley 7 del Codex; pero por una vía menos automática, más adaptada a la autonomía de la voluntad. Para ello utiliza la idea de imprevisibilidad. Hay daños que, siendo por su causa imputables al deudor incumplidor, alcanzan, por una serie de circunstancias posteriores, concurrentes, una cuantía tan elevada, que era imprevisible para el deudor en el momento de celebrar el contrato. En estos casos POTHIER encuentra justificada una reducción de la cuantía de la indemnización, por ser imprevisible la cuantía del daño. Un daño de cuantía no previsible al contratar no está asumido por la autonomía de la voluntad», *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 119.

¹⁶⁴ Como acertadamente afirma CARRASCO PERERA, A., «la doctrina de la previsibilidad no va a plantearse como un problema de selección causal de los daños, sino como una pura cuestión de *exclusión de ciertos daños*». En concreto, su finalidad consiste en excluir la indemnización del lucro cesante y de los daños consecuenciales distintos del daño de prestación, «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, p. 715.

¹⁶⁵ MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 120.

Formula POTHIER que «los principios que hemos establecido hasta el presente no tienen lugar cuando es el dolo de mi deudor quien ha dado lugar a que se me abonen daños y perjuicios. En este caso el deudor es responsable indistintamente de todos los daños e intereses que yo he sufrido, a los cuales su dolo ha dado lugar, no tan sólo por aquellos que yo he sufrido en relación a la cosa que ha sido objeto del contrato, *propter rem ipsam*, sino de todos los daños e intereses que he sufrido en relación a mis otros bienes, sin que haya lugar de distinguir y de discutir en ese caso si el deudor viene obligado a ello: pues aquel que comete un dolo se obliga (*velit, nolit*) a la reparación de todo el daño que ese dolo causare»¹⁶⁶. Esta extensión o agravación de los daños indemnizables lo ilustra con el ejemplo de la persona que, con conocimiento del contagio de una vaca, la vende, resultando que posteriormente muere la misma y el resto del rebaño del comprador, haciendo responsable al vendedor doloso de la reparación no sólo de la primitiva res vendida, sino también del resto del ganado¹⁶⁷.

Con la anterior formulación de que de «todos los daños e intereses que yo he sufrido el deudor es responsable» y el ejemplo que lo ilustra, acoge el principio de reparación integral del daño, pero, posteriormente, lo matiza o limita, con el objeto de impedir que un incumplimiento doloso suponga hacer responsable al incumplidor de una cadena infinita de daños. En definitiva, se plantea la pregunta relativa a considerar de entre todos los daños derivados/ocasionados por el incumplimiento, cuáles no serán indemnizados; o, si se quiere formular al revés se cuestionaría qué daños de todos los producidos tendré que indemnizar. Hoy día, la pregunta que probablemente se haría POTHIER, sería la de cuestionar cuáles de todos los daños derivados del incumplimiento doloso son imputables objetivamente al deudor. Debe observarse que nos encontramos ante un problema de determinación de qué daños se debe responder, hasta dónde. Esta delimitación en los casos de deudores no dolosos venía establecida por lo previsto por las partes. Sin embargo, aquí acude POTHIER, como criterio delimitador a la proximidad de la causa, del incumplimiento, con el daño¹⁶⁸, lo que le lleva a afirmar que no resultarán indemnizables los remotos

¹⁶⁶ POTHIER, R.J., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 98. De los postulados de POTHIER afirma MORALES MORENO, A.M., con el que coincidimos, que «no es la autonomía de la voluntad (contrato), sino la ley, la que ordena la imputación del daño», *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 120.

¹⁶⁷ POTHIER, R.J., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 98.

¹⁶⁸ POTHIER, R.J., *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 98 y 99: «en relación a los otros daños que yo he sufrido como consecuencia lejana e indirecta del dolo de mi deudor, ¿será también responsable? Por ejemplo: si en el caso anterior al contagio que ha sido comunicado a mis bueyes por la vaca que me ha sido vendida, me ha impedido cultivar mis tierras: el daño que he sufrido en el hecho de que mis tierras hayan quedado incultas, parece también una consecuencia del dolo de este tratante que me ha vendido una vaca infecciosa; pero es una consecuencia más lejana que no la que he sufrido en mi ganado; ¿es también responsable, empero, de dichos daños? *Quid*, si la pérdida que he tenido en mis ganados, y el daño que he sufrido

o lejanos al incumplimiento, es decir, que no sean consecuencia necesaria y directa de la acción u omisión del deudor. Sin duda, si los redactores de nuestro Código civil no se hubieran alejado tanto del pensamiento de POTHIER respecto del deudor doloso, nuestra doctrina no tendría que haber realizado un esfuerzo corrector interpretativo de la expresión «todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento» del párrafo segundo de nuestro artículo 1107, que será objeto de estudio en otro epígrafe. Estos daños indirectos o remotos, si bien tendrían su ocasión en el incumplimiento del deudor, su causa, o mejor dicho su imputación a efectos de no atribución de responsabilidad al deudor, habría que conectarla con el deber de mitigar el daño que tiene todo acreedor¹⁶⁹, siendo la causa directa o próxima de su producción la falta de mitigación por parte del acreedor¹⁷⁰.

De la formulación que realiza POTHIER de la regla aplicable al deudor doloso, se colige claramente su deseo de que éste no se beneficie del límite que supondrían los daños que las partes habían previsto al contratar, y ello lo justi-

del defecto de cultivar mis tierras, habiéndome impedido pagar mis deudas, mis acreedores han secuestrado y vendido mis bienes a vil precio, ¿el tratante será también responsable de esos daños? La regla que me parece que en ese caso debería seguirse, es, que no debe comprender en los daños e intereses de los cuales un deudor es responsable por razón de un dolo, aquellos que no solamente no son una consecuencia lejana, ni una consecuencia necesaria, si que pueden tener otra causa. Por ejemplo, en el caso antes dicho, el mercader no será responsable de los daños que he sufrido por el secuestro de mis bienes: por cuanto este resultado no es más que una consecuencia lejana de su dolo y no una relación necesaria; pues bien que la pérdida de mi ganado que su dolo me ha causado, haya influido en el desequilibrio de mi fortuna, ese desequilibrio puede tener otras causas. Esto está conforme con la doctrina de Dumoulin, donde hablando de los daños de que es responsable el inquilino de una casa a la que ha pegado fuego como malicia, dice: *Et adhuc in doloso intelligitur venire omne detrimentum tunc et proxime secutum, non autem damnum postea succedens ex novo casu, etiam occasione dictae combustionis, sine qua non contigisset, quia istud est damnum remotum, quod non est in consideratione*».

¹⁶⁹ POTHIER, R.J., *Tratado...*, op. cit., p. 99: «la pérdida que he sufrido por defecto de cultivo de mis tierras, parece ser una consecuencia más lejana del dolo del tratante: empero, pienso que de ella no se le ha de reputar como responsable, o por lo menos que no ha de abonarla por entero. Ese defecto de cultivo no es una consecuencia absolutamente necesaria de la pérdida de mi ganado, que me ha causado el dolo de ese tratante: yo podría, no obstante la pérdida de mi ganado, obviar a ese defecto de cultivo haciendo cultivar mis tierras por otros animales que podría comprar, o, caso de que no tuviera ese medio, que hubiese podido alquilar; o bien sub-arrendando mis tierras, si no tenía medios de hacerlas producir por mí mismo. Empero, como, por más que recurriera a dichos expedientes, yo no habría podido retirar tanto provecho de mis tierras, como si las hubiese podido cultivar por mí mismo, con mis bueyes que he perdido por el dolo del tratante, eso puede entrar por alguna cosa en los daños y perjuicios que me son debidos».

¹⁷⁰ Al respecto afirma MORALES MORENO, A.M., que «Pothier utiliza como argumento el deber de mitigar el daño. Cree que el acreedor pudo evitar ese daño, comprando o arrendando otros animales, o dando en arrendamiento sus tierras. Si no lo hizo, su omisión es la causa próxima del daño. El dolo del vendedor (que provoca directamente la muerte de los bueyes) no es la causa próxima, pues no produce como “consecuencia absolutamente necesaria” ese daño. Y en caso de que el comprador hubiera tomado medidas para mitigar el daño y a través de ellas hubiera obtenido el provecho del cultivo de sus tierras, el menor provecho obtenido, debido al coste de esas medidas, puede quedar comprendido en los daños que indemniza el vendedor», *Incumplimiento del contrato...*, op. cit., p. 121.

fica afirmando que «quien comete dolo, se obliga indistintamente *velit, nolit*, a la reparación del daño que el dolo causara»¹⁷¹.

Por último, trata POTHIER los supuestos de incumplimiento por retraso o mora, a los que también aplica el criterio de la previsibilidad. Cuando se dan tales supuestos, el deudor tiene que indemnizar tanto el daño emergente como el lucro cesante, lo que también plantea establecer límites a los mismos. En caso de no concurrir dolo, sólo responderá de los daños previstos al tiempo de contratar; por el contrario, cuando se le puede reprochar dolo al deudor, lo hará de todos los daños y perjuicios, siempre con el límite de la proximidad de los mismos con el incumplimiento¹⁷². De esta regla general exceptúa los supuestos en los que el retardo o la mora es de una prestación dineraria, en los que el acreedor tendrá derecho a una indemnización, con independencia de la magnitud del daño que derive del retraso y de que se le pueda reprochar culpa o dolo, que se cifra en los intereses. Esto lo justifica en que «como los diferentes daños y perjuicios que pueden resultar del retardo del cumplimiento de esta especie de obligación varían al infinito, y que es tan difícil preverlos como justificarlos, ha sido necesario reglarlos como por una especie de un tanto alzado, a un tanto fijo»¹⁷³. Consideramos que, en el fondo, en esta regla también late el principio de la previsibilidad, si bien de forma figurada al igual que en el criterio del *duplum* de Justiniano. Recuérdese que MOLINEO afirmó que el límite del *duplum* se justificaba en que era la cantidad máxima que podía reclamar como indemnización la parte que sufría el incumplimiento, porque era la establecida en la Constitución y era perfectamente previsible al tiempo de contratar. Por la misma regla, en los supuestos de retraso en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias, los intereses de la cantidad adeudada son plenamente previsibles por las partes porque representan la indemnización prefijada. No obstante, existe una importante diferencia entre ambos límites: el *duplum* era un tope máximo, es decir, podría ser inferior o incluso coincidir; en el caso de los intereses, nos encontramos ante un límite fijo, es decir, la indemnización no puede oscilar hasta el máximo de los mismos, sino que siempre será ese interés el importe de la indemnización. Su cálculo es una mera operación matemática.

Hasta aquí hemos trazado la evolución histórica del criterio de la previsión o previsibilidad del daño desde los textos del Derecho Romano hasta

¹⁷¹ POTHIER, R.J., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 100.

¹⁷² POTHIER, R.J., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 100.

¹⁷³ *ult. op. cit.*, p. 100.

POTHIER, lo que sin duda resultará material de interés para cuando abordemos el estudio de dicha cuestión en modernos sistemas jurídicos, especialmente en los artículos 1107 de nuestro Código civil y 9:503 PECL.

4.2.2 LA INFLUENCIA DEL TEST DE PREVISIBILIDAD EN LOS CÓDIGOS CIVILES DECIMONÓNICOS: ESPECIAL REFERENCIA AL ARTÍCULO 1107 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

En este epígrafe abordaremos el análisis de la acogida de los postulados de POTHIER en los Códigos civiles de nuestro entorno, así como su rechazo por el BGB.

La regla de la previsibilidad, tal y como fue completada y difundida por POTHIER, influyó en la elaboración de los artículos 1150 y 1151 del *Code* francés, siendo también recogida en los artículos 1223 y 1225 del *Codice Civile* italiano y 1107 de nuestro Código civil¹⁷⁴. Una fórmula más breve y genérica fue la adoptada por el artículo 43 del Código civil suizo de obligaciones¹⁷⁵.

En el Derecho francés se establece un tratamiento diferente en función de que nos encontremos ante un deudor que incurre o no en dolo. El artículo 1150¹⁷⁶ dispone que «*el deudor sólo estará obligado al pago de daños e intereses previstos o que hubieran podido ser previstos en el momento del contrato, cuando en el incumplimiento de la obligación no existiera dolo por*

¹⁷⁴ Vid., PALAZÓN GARRIDO, M.L., *Los remedios frente al incumplimiento en el Derecho Comparado*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 208 a 212.

¹⁷⁵ *Code civil suisse*: «Art. 43.1: *Le juge détermine le mode ainsi que l'étendue de la réparation, d'après les circonstances et la gravité de la faute*».

¹⁷⁶ Sobre su tramitación señala MONTÉS PENADÉS, V.L., que «el título 3.º del libro III del Código Civil francés fue presentado al Consejo de Estado por BIGOT de PRÉAMENEU en 3 de noviembre de 1803 con la advertencia de que está inspirado casi enteramente en el Derecho Romano y al Cuerpo Legislativo en 28 de enero de 1804, con un discurso preliminar de BIGOT de PRÉAMENEU, que justifica los arts. 46-48 del Proyecto (1.149 a 1.151 CC). En opinión de este jurista, el daño resarcible no debe superar la pérdida sufrida por el acreedor y la ganancia de que ha sido probado, ni ir más allá de lo que fue o pudo ser previsto en el momento de la conclusión del contrato. Las consecuencias imprevisibles sólo son resarcibles si el deudor está en dolo, porque en tal caso surge una nueva obligación que no es satisfecha sino resarciendo todo el daño causado. Pero aún en tal caso, el resarcimiento está ligado a la convención (a la inejecución o incumplimiento del contrato) y, por tanto, se excluye lo que no sea consecuencia directa e inmediata del incumplimiento. La teoría de la previsibilidad del daño, que en las obras de MOLINEO y POTHIER se aplicaba a las obligaciones de dar, viene así a ser generalizada para todas las obligaciones en el Code Civil», «Sobre la responsabilidad...», *op. cit.*, p. 2432. Señala PANTALEÓN PRIETO, F., «que el que era el artículo 47 del título “*Des obligations*” del Proyecto de Código Civil del año VIII de la Comisión de Gobierno: “*Le juge doit toujours taxer les dommages et intérêt avec une certaine moderation lorsqu'il n'y a point dol de la part du débiteur*”, fue finalmente rechazado por los legisladores franceses, muy poco amigos de dejar terrenos de juego al arbitrio judicial», «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, p. 1079.

su parte»¹⁷⁷. Este artículo, que contiene la extensión del daño indemnizable en los casos de un deudor no doloso, reproduce el criterio de POTHIER de la previsibilidad como límite de dicha extensión; en consecuencia, tal deudor sólo responderá de los daños previstos o que se hayan podido prever al momento de la celebración del contrato.

Como ha afirmado OLIVA BLÁZQUEZ, la interpretación del criterio de la previsibilidad en la doctrina francesa «se ha vinculado a la tesis de la adecuación causal, de tal manera que será previsible cualquier consecuencia típica o probable (*natural cours of things*) de una concreta falta de cumplimiento»¹⁷⁸.

También se inspira en los postulados de POTHIER el art. 1151 del Code que, respecto al deudor doloso, establece que «*en caso de que el incumplimiento de lo acordado resulte del dolo del deudor, los daños y perjuicios sólo deberán comprender con relación a la pérdida que hubiera sufrido el acreedor y la ganancia de la que hubiera sido privado, las que se hubieran producido como consecuencia inmediata y directa del incumplimiento del acuerdo*»¹⁷⁹. Dispone el artículo qué daños son indemnizables en los supuestos en que el deudor ha incurrido en dolo. Si bien en el art. 1150 el criterio de la delimitación del daño resarcible quedaba circunscrito al que hubiera resultado previsto o previsible, siempre y cuando sea consecuencia inmediata y directa del incumplimiento, el 1151 conecta dicha delimitación al criterio de la proximidad, es decir, que exista suficiente conexión causal entre el incumplimiento, que es la causa, y el daño padecido por el acreedor, que es la consecuencia o efecto del mismo. No resultarán indemnizables los daños, en los que no se da, respecto del incumplimiento, un vínculo de proximidad.

La regla de la previsibilidad, por influencia del *Code Napoléon*, fue acogida casi textualmente por el artículo 1128 del *Codice civile* italiano de 1865, del que es heredero el vigente artículo 1225 del *Codice* de 1942 el que establece que «*si el incumplimiento o la mora no se deben a dolo del deudor, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que nació la*

¹⁷⁷ *Code civil français*: «Art. 1150: *Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée*».

¹⁷⁸ OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Comentario a la Sentencia de 7 de Julio de 2008...», *op. cit.*, p. 628. Sobre cómo ha interpretado la doctrina y la jurisprudencia francesa el tenor literal de los arts. 1150 y 1151 principalmente en relación a la teoría de la causalidad adecuada, *vid.*: CARRASCO PERERA, A., «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, pp. 717 y 718 y MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, pp. 124 a 129.

¹⁷⁹ *Code civil français*: «Art. 1151: *Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention*».

obligación»¹⁸⁰. Dicho artículo de forma similar al 1150 del texto francés limita la responsabilidad del deudor no doloso a los daños previstos o previsibles en el momento de la celebración del contrato¹⁸¹. La regla para los deudores dolosos se consagra en el artículo 1223 que dispone que «*el resarcimiento del daño por el incumplimiento o por la mora debe comprender tanto la pérdida sufrida por el acreedor como la ganancia frustrada, en cuanto que sean consecuencia inmediata y directa*»¹⁸². Nuevamente se observa, al igual que en el artículo 1151 del *Code*, que el deudor doloso responderá hasta el límite de las consecuencias que sean efecto inmediato y directo del incumplimiento¹⁸³.

Tanto en el Derecho francés como en el italiano, el requisito de la previsibilidad de los daños para los deudores no dolosos debe ser completado con lo dispuesto en los artículos 1151 y 1223, respectivamente, de que el daño sea consecuencia inmediata y directa del incumplimiento. Por ello, estos artículos no sólo cumplen la función de delimitar los daños indemnizables en los supuestos de los deudores dolosos, sino también la de complementar los requisitos del daño indemnizable en los supuestos de deudores no dolosos¹⁸⁴.

A diferencia de los anteriores sistemas jurídicos, la función de la delimitación del daño indemnizable contractual en nuestro Código civil la cumple un único artículo, el 1107, que consta de dos párrafos, el primero, dedicado al deudor de buena fe, que preferimos denominar ordinario o no doloso; y el segundo, relativo a aquellos supuestos en los que el deudor, ahora adoptando en su nomenclatura una expresión correcta y coherente con sus antecedentes, es doloso, es decir, en su incumplimiento, ha incurrido en dolo¹⁸⁵. También podemos referirnos a ambos apartados distinguiendo entre los efectos del incumpli-

¹⁸⁰ *Codice civile italiano*: «Art. 1225: *Se l'inadempimento o il ritardo non dipende da dolo del debitore, il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione*».

¹⁸¹ Sobre la regla de la previsibilidad en el Derecho italiano *vid.*, ZACARRIA, A., «Comentario al artt. 1225», *Commentario Breve al Codice Civile*, Giorgio Cian e Alberto Trabucchi, decima edizione a cura di Giorgio Cian, Cedam, Padova, 2011, p. 1286. Y en relación con el artículo 9:503 de los PECL MARI, A., «Commentary Arts. 9:501 a 9:510», en AA. VV., *Principles of European Contract Law and Italian Law*, (edited by Luisa Antonioli y Anna Veneziano) Kluwer Lax International, The Netherlands, 2.005, pp. 451 y 453.

¹⁸² *Codice civile italiano*: «Art. 1223: *Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta*».

¹⁸³ Acerca de la extensión de los daños indemnizables en el deudor doloso *vid.*, ZACARRIA, A., «Comentario al artt. 1223», *op. cit.*, pp. 1276 a 1280.

¹⁸⁴ CRISTÓBAL MONTES, A., «El enigmático artículo 1.107...», *op. cit.*, p. 566.

¹⁸⁵ Como afirma MORALES MORENO, A.M., «la distinción del art. 1107 entre deudor de buena fe y deudor doloso no tiene otra función que separar dos sistemas diferentes de imputación de los daños en la responsabilidad contractual», *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, nota al pie número 425 p. 157.

miento ordinario y el doloso, en relación a los párrafos primero y segundo respectivamente ¹⁸⁶.

Ahora nos vamos a limitar al análisis del proceso de gestación del artículo 1107 ¹⁸⁷, dejando el análisis de los problemas planteados por su redacción final para cuando abordemos el estudio de cómo los PECL resuelven la cuestión de la delimitación de los daños y perjuicios, y así comparar ambos sistemas con el objeto de ofrecer las soluciones que consideremos más coherentes.

Para el abordaje del artículo 1107, debemos tomar como punto de partida la redacción dada por GARCÍA GOYENA al artículo 1016 del Proyecto de Código civil de 1851, que dispone que «*en el resarcimiento de los daños ó perjuicios solo se comprenderán los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento del contrato. En caso de dolo, se entenderá la indemnización á los que hubieren sido conocidamente ocasionados por él*» ¹⁸⁸. Este artículo, al igual que los Códigos civiles francés e italiano, establece dos regímenes diferentes en función de cuál haya sido la conducta del deudor. Los deudores ordinarios o no dolosos verán limitada la extensión de sus daños a los que sean «consecuencia inmediata y necesaria», lo que razona señalando «que parecen equivaler á las de la ley 21, párrafo 3, título 1, libro 19 del Digesto, *utilitas quae circa ipsam rem consistit...*» ¹⁸⁹. GARCÍA GOYENA se aparta del criterio de la previsibilidad del artículo 1150 del *Code*, afirmando que «la dificultad de estimar el cuánto del daño está íntimamente enlazada con la de fijar los límites de la responsabilidad; las palabras del artículo Francés para el caso de no haber dolo, no dan un idea clara: ¿qué es lo que se previó ó pudo prevenirse? Cada contrayente dirá que él previó los daños de diferente manera» ¹⁹⁰.

¹⁸⁶ MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 157.

¹⁸⁷ Acerca de los antecedentes y avatares de la gestación de la redacción del art. 1107, *vid.*, los trabajos realizados por: CARRASCO PERERA, A., «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, pp. 720 y ss.; CRISTÓBAL MONTES, A., «El enigmático artículo 1.107...», *op. cit.*, pp. 560 y ss.; GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1974, pp. 543 y 544; MONTÉS PENADÉS, V.L., «Sobre la responsabilidad...», *op. cit.*, p. 2428 y ss.; MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, pp. 160 a 163; PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 1025 y 1026. 1037, 1079. 1088 a 1091; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *El Anteproyecto del Código Civil Español (1882-1888)*, Colegios Notariales de España, 2.^a edición, Madrid, 2006, p. 341 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, pp. 243 a 245.

¹⁸⁸ GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos...*, *op. cit.*, p. 543.

¹⁸⁹ GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos...*, *op. cit.*, p. 543. Lo que ilustra con los siguientes ejemplos: «Compré trigo, y por no habérseme entregado murieron de hambre mis esclavos: yo no puedo pedir como daño el precio de ellos, sino el precio mayor que tuvo el trigo ó vino desde que debió serme entregado, porque esta mayor utilidad *circa rem ipsam consistit*, y su pérdida es una consecuencia inmediata, necesaria, inevitable del contrato; la muerte de los esclavos es una cosa extrínseca, accidental, ajena del contrato, y que además puede evitar».

¹⁹⁰ *Ult. op. cit.*, p. 543.

Respecto al deudor doloso, se le hace responder de «*los que hubieren sido conocidamente ocasionados por*» el incumplimiento. Aquí, tampoco es fiel GARCÍA GOYENA a la expresión «*las que se hubieran producido como consecuencia inmediata y directa del incumplimiento del acuerdo*» del artículo 1151 del *Code*. Como él mismo explica «nos apartamos también del artículo 1151 Frances, y damos mayor extensión que él á la responsabilidad: la citada ley del Código no ponía tasa ó coto á ella en los delitos. Bastará, pues, que el daño haya sido conocidamente ocasionado por el dolo, y que sin este no habría tenido lugar, aunque no sea su consecuencia directa, inmediata é inevitable»¹⁹¹.

Los autores que han analizado el artículo 1016 de GARCÍA GOYENA coinciden en que su redacción y consiguiente infidelidad al *Code*, parte de una errónea interpretación del texto francés¹⁹². Así PANTALEÓN PRIETO, una vez que crítica la supresión del criterio de la previsibilidad, calificando como débil la argumentación expuesta por GARCÍA GOYENA¹⁹³, sostiene, en relación al deudor doloso, que la supresión de la expresión «*consecuencia inmediata y directa*» del artículo 1151 del *Code* por la de que «*hubieren sido conocidamente ocasionados*», sólo puede responder a dos hipótesis o a la conjunción de ambas. La primera derivaría de una restrictiva interpretación de la expresión «*como consecuencia inmediata y directa*» del artículo 1151 del *Code* como referida exclusivamente a los daños intrínsecos¹⁹⁴. Y la segunda —que en cierto modo viene de los despropósitos anteriores, puesto que al no acoger el criterio de la previsibilidad, que, como ya se estudiará, es el único que distingue la extensión de la responsabilidad entre el deudor no doloso y el doloso—, deriva de entender GARCÍA GOYENA que el no doloso responde de los que son «consecuencia inmediata y necesaria» y con ánimo de hacer más gravosa la situación del doloso, no encuentra otra expresión que refleje dicha agravación que

¹⁹¹ *Ult. op. cit.*, p. 544.

¹⁹² *Vid.*, por todos: MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, pp. 160 a 163 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, p. 244.

¹⁹³ PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 1079, 1088 y 1089.

¹⁹⁴ Señala PANTALEÓN PRIETO, F., que «dicho autor interpretó erróneamente las palabras “*une suite immédiate et directe*” del artículo 1151 del Código Napoleón, por creer que conllevaban considerar indemnizables sólo los daños intrínsecos, los daños *circa ipsam rem* de D. 19, 1, 21, 3. En efecto, en sus glosa al artículo 1016 del Proyecto del 1851, escribió García Goyena que, en él, las referencias a lo previsto o previsible del Código francés “se hallan reemplazadas por la de ‘consecuencia inmediata y necesaria’ que parecen equivaler a las de la ley 21, párrafo 3, título 1, libro 19 el Digesto, *utilitas quae circa ipsam rem consistit*” (¿leería García Goyena la exposición de motivos del Código Civil francés de Bigot-Préameneu, cometiendo el mismo error que éste?). Se comprende, entonces, que se separase del modelo francés, que, desde su equivocada interpretación, establecería una limitación absolutamente excesiva de la responsabilidad por dolo; tan excesiva que, como hemos indicado ya, a los pandectistas alemanes les pareció tal, incluso para el deudor no doloso», «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, p. 1089.

la de hacerlo responsable de todos los daños «conocidamente ocasionados por» el incumplimiento¹⁹⁵.

Con posterioridad al Proyecto isabelino se redactó el Anteproyecto de Código civil de 1882-1888, cuyo artículo 1124 dispone que «*los daños y perjuicios de que debe responder el deudor de buena fe, son aquellos que se hayan previsto o podido prever al tiempo de constituirse la obligación. En caso de dolo les serán exigibles todas las que conocidamente se deriven del incumplimiento de la obligación*». Este artículo introduce dos importantes modificaciones respecto al texto de GARCÍA GOYENA. Por una parte, la expresión «deudor de buena fe», y por otra, acoge para la delimitación de dicho deudor el criterio de la previsibilidad del daño¹⁹⁶. También introduce otra modificación menor –puesto que se puede considerar que está implícitamente recogida en el artículo 1056 del Proyecto–, representada por el adverbio «todas», en relación a los daños conocidos de los que responderá el deudor doloso. Sobre las fuentes en la que se inspiró el artículo 1124 nombra PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS¹⁹⁷ los artículos 1228 del *Codice civile italiano* de 1865¹⁹⁸, el 1154 del *Avant-projet de révision du Code civil belge* de LAURENT¹⁹⁹ y el 1016 del Proyecto de GARCÍA GOYENA.

Respecto a la incorporación de la expresión «deudor de buena fe» en lugar del deudor al que antes hemos denominado ordinario o no doloso, coincide nuestra doctrina en que se produjo por influencia del Anteproyecto de LAURENT, que emplea la expresión «*le débiteur est de bonne foi*» en relación al deudor al que se le limita la extensión de los daños indemnizables en atención a los daños previstos o previsibles. Si bien LAURENT tomó como modelo el artículo 1150 del *Code*, la incorporación de la buena fe del deudor se justifica,

¹⁹⁵ Sostiene PANTALEÓN PRIETO, F., que «García Goyena partió de la premisa de que el deudor doloso, por ser autor de un *delictum*, tenía que ser tratado peor que el deudor no doloso; y puesto que en el Proyecto de 1851 se prescindía de la limitación del *quantum respondatur* a los daños previstos o previsibles al tiempo de contratar, que era precisamente la que marcaba la diferencia entre uno y otro tipo de deudor en el Código Civil Francés, no se le ocurrió mejor solución que la de extender la responsabilidad del deudor doloso más allá de los daños que fueren *suite immédiate* (en el sentido históricamente correcto de esta expresión del incumplimiento doloso)», «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 1089 y 1090.

¹⁹⁶ Sobre las modificaciones introducidas en el Anteproyecto afirma CRISTÓBAL MONTES, A., que «la rectificación posterior tampoco va a suponer entre nosotros la plena recepción de la fórmula gala, sino otro esquema que tenderá a complicar notablemente la cuestión», «El enigmático artículo 1.107...», *op. cit.*, p. 560.

¹⁹⁷ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *El Anteproyecto del Código Civil Español (1882-1888)*, Colegios Notariales de España, 2.ª edición, Madrid, 2006, p. 341

¹⁹⁸ «*El deudor sólo está obligado a los daños que fueron previstos o que pudieron preverse al tiempo del contrato, cuando el incumplimiento de la obligación no se deba a dolo*».

¹⁹⁹ *Avant-projet de révision du Code civil belge*: «Art. 1154: *Quand le débiteur est de bonne foi, il n'est tenu que des dommages et intérêts dont la cause a été prévue ou qu'on a pu prévoir lors du contrat*»

siguiendo a CRISTÓBAL MONTES, en los siguiente términos: «como es sabido, Laurent, a la hora de redactar su Anteproyecto de Código civil belga, cambió la fórmula del artículo 1150 del *Code*, comenzando el precepto con las palabras “si el deudor es de buena fe”; ahora bien, de sus comentarios y explicaciones en relación a esta norma se desprende con inobjetable claridad que deseaba conservar la sustancia del prototipo francés que tenía a la vista y que para él el deudor de buena fe era, precisamente el deudor no doloso. Tan sólo quería y desde el punto de vista dogmático esa apetencia es digna de aplauso, que en lugar de la formulación negativa de la ausencia de dolo que hacía el Código Napoleón se emplease otra positiva que él creyó encontrar en la buena fe, pero sin que ello supusiera salirse del estricto marco de un deudor que no ha incurrido en dolo»²⁰⁰. La inclusión en el artículo 1124 del citado Anteproyecto de los daños «*que se hayan previsto o podido prever al tiempo de constituirse la obligación*», rechazado por GARCÍA GOYENA, debe atribuirse no sólo al artículo 1154 de LAURENT, sino también al 1228 del antiguo *Codice*, lo que no es más que una influencia indirecta del *Code*, en el que aquéllos se inspiraron. Respecto a la redacción del Anteproyecto, debe concluirse que, de una parte, acierta incluyendo el criterio de la previsibilidad; pero, de otra, tiene el triste honor de incorporar al deudor de buena fe que, cómo se abordará, ha generado grandes discusiones en nuestra doctrina.

Con los anteriores antecedentes, finalmente se aprobó el texto del Código civil en el año 1898, cuyo artículo 1107 dispone que «*los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación*». El resultado final es un cóctel de tres ingredientes difícilmente compatibles. Es tributario del *Code*, aunque indirectamente, respecto al crite-

²⁰⁰ CRISTÓBAL MONTES, A., «El enigmático artículo 1.107...», *op. cit.*, pp. 562 y 563. También se refiere a un mero cambio de redacción PANTALEÓN PRIETO, F., afirmando que «el propio Laurent explicó la sustitución de la frase final –considero que en realidad PANTALEÓN se refiere a la frase inicial del art. 1150 del *Code*– por las palabras «cuando el deudor sea de buena fe» como un simple cambio de redacción. Lo que se confirma, trayendo a colación otros pasajes del mismo jurista, relativos al Código Napoleón: «El artículo 1147 –escribió– añade que el deudor es condenado a indemnizar daños y perjuicios, cuando el incumplimiento le es imputable, aunque no haya mala fe por su parte. *También cuando sea de buena fe, será responsable, si está en mora o tiene culpa*. Este rigor choca a las personas ajenas a la ciencia del Derecho. Pero difícilmente pueden hablarse aquí de rigor sino de aplicación de los principios que rigen la culpa y la mora, que también implica culpa. El deudor no promete sólo su buena fe, responde más allá del dolo». Y añadía un poco más adelante: «El artículo 1150 dice [...]. Esta regla procede de Pothier. Supone que el deudor ha incumplido su obligación por simple culpa, sin que pueda reprochársele dolo alguno. *En este sentido se dice que el deudor es de buena fe; lo que no excluye la culpa, como hemos dicho más arriba*», «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 1089 y 1090.

rio de la previsibilidad; del Anteproyecto de LAURENT, en relación al deudor de buena fe; y de GARCÍA GOYENA, que también podemos calificar de autóctono de nuestro sistema, en cuanto a que el daño previsible sea consecuencia necesaria del incumplimiento y que el deudor doloso tenga que responder de todos los daños que conocidamente se deriven del incumplimiento²⁰¹.

Si diseccionamos el artículo en los dos párrafos de que consta, el primero establece la delimitación del *quantum respondatur* del que denomina deudor de buena fe, exigiendo la concurrencia de dos requisitos en el daño para que sea indemnizable: primero, que haya sido previsto o previsible al tiempo de contratar; y segundo, que sea consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento. Si bien, debe señalarse que el orden lógico de estos juicios debería ser primero cuáles son los daños consecuencia necesaria, y, dentro de éstos, cuáles han sido previstos o previsibles. Los principales problemas en relación a este párrafo derivan de la caracterización de qué sea un deudor de buena fe y a qué se refiere con que el daño sea una consecuencia necesaria del incumplimiento. Respecto al deudor doloso, nomenclatura que sí resulta coherente con los antecedentes ya estudiados –recuérdese que ya en el Digesto se trata la cuestión de dicho deudor– el problema lo plantea que éste venga obligado a la indemnización de todos los daños que conocidamente se deriven del incumplimiento²⁰². Como ya hemos indicado, estas cuestiones y sus posibles soluciones las abordaremos conjuntamente con el estudio del artículo 9:503 de los PECL.

El lado opuesto a la adopción del criterio de la previsibilidad de los daños viene representado principalmente por el BGB alemán²⁰³, que en su lugar aco-

²⁰¹ En relación a la fórmula final del art. 1107, señala MONTÉS PENADÉS, V.L., que «aun recogiendo el criterio de la previsibilidad de los daños (para el deudor «de buena fe»), coincide con el proyecto de 1851 en no exigir la causalidad directa e inmediata (o estricta) de los daños en los supuestos de dolo. Por lo tanto, coincide de una parte con el Código francés: la responsabilidad de los deudores no dolosos se determina por la causalidad y la previsibilidad del daño. Y de otra parte, extiende la responsabilidad por dolo a todos los daños que conocidamente deriven del incumplimiento, como el proyecto de 1851, mientras que según el CC francés aún los deudores dolosos no responden de los daños que no sean consecuencia directa e inmediata del incumplimiento», «Sobre la responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 2430 y 2431.

²⁰² De este artículo ha afirmado YZQUIERDO TOLSADA, M., que «en el párrafo primero aparecen dos expresiones ignoradas en los Códigos francés e italiano: “deudor de buena fe” y “consecuencia necesaria”. En el párrafo segundo, las dudas se plantean en relación con el misterioso adverbio “conocidamente”. Se aprecia que el legislador español bebió a la vez de dos fuentes: el Proyecto de 1851 y el Anteproyecto belga de LAURENT, y tal vez el brebaje no fue demasiado digestivo», *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, p. 243. También resultan elocuentes de los problemas que plantea el artículo 1107 el título del artículo de CRISTÓBAL MONTES, A., «El enigmático artículo 1.107 del Código Civil Español» que venimos citando. Por no hablar de los calificativos que ha recibido en nuestra doctrina, así el propio YZQUIERDO TOLSADA, M., afirma que «es imposible mayor oscuridad», *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, p. 244; por su parte CRISTÓBAL MONTES, A., tilda en relación a la influencia de GARCÍA GOYENA en el definitivo art. 1107 de «escarceo» y de «invento», «El enigmático artículo 1.107...», *op. cit.*, pp. 560 y ss.

²⁰³ Como afirma MORALES MORENO, A.M., el BGB «es un claro ejemplo de rechazo deliberado del criterio de la previsibilidad», *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 122.

gió la teoría de la causalidad adecuada. El Derecho alemán no sólo no adopta el criterio de la previsibilidad para delimitar el *quantum respondatur*, sino que tampoco establece un régimen distinto en función de cuál haya sido la conducta del deudor, ya sea doloso o no, es decir, unifica bajo un solo sistema la cuestión de la delimitación del daño indemnizable, de lo que deriva que no exista una agravación o extensión de los daños indemnizables en los supuestos de deudores dolosos²⁰⁴. También unifica en los §§ 249 a 255 el sistema de indemnización de los daños, ya deriven del incumplimiento de un contrato, o de un ilícito civil.

Por tanto, si el BGB desconoce la función delimitadora de los daños del criterio de la previsibilidad, hemos de preguntarnos cómo resuelve el problema del *quantum repondatur*?²⁰⁵ Siguiendo a MORALES MORENO, se puede decir que en el Derecho alemán se establecen cuatro vías de delimitación del daño indemnizable²⁰⁶. Las dos primeras se encuentran en los apartados primero y segundo del § 254²⁰⁷, para los supuestos de concurrencia de culpas. El apartado primero hace referencia al deber de mitigar el daño, deber que ha sido contemplado en el artículo 9:505 de los PECL, y que se encuentra aceptado en nuestro Derecho por la doctrina y la jurisprudencia.

²⁰⁴ La no adopción del criterio de la previsibilidad por el BGB no puede justificarse por un desconocimiento de la regla, ya que como expone MORALES MORENO, A.M., «la doctrina de la previsibilidad del daño es conocida en Alemania en el siglo XIX. Friedrich Mommsem, autor especialmente significativo en esta materia por su influencia en el BGB, se refiere a ella, citando como antecedente a Molineo. Mommsem nos dice que, según ella, el cómputo del interés depende, sobre todo, de si el obligado pudo prever el daño como una consecuencia derivada de sus actos, de manera que pueda considerarse que ha asumido el riesgo inherente a ese daño, si no de modo expreso al menos tácitamente. En el proceso de elaboración del BGB se discutió si la regla de la previsibilidad debía o no incorporarse al texto definitivo del mismo. De hecho, la previsibilidad figuraba en la propuesta de la *Kommission zweiter Lesung des BGB*, con la siguiente redacción: “*La responsabilidad del deudor por incumplimiento no se extiende a la indemnización de los daños cuyo origen, conforme al conocimiento de las circunstancias que tenía o debía tener el deudor, estén fuera de los probables*”. La fórmula utilizada es, ciertamente, ambigua. No nos aclara si la previsibilidad se refiere al momento de ejecución del acto dañoso, el incumplimiento del contrato, lo cual la aproximaría a la previsibilidad propia de la teoría de la adecuación, o al momento de la celebración del contrato, como es propio de la regla de la previsibilidad proveniente de Pothier. En cualquier caso, la propuesta no llega a ser aceptada y el criterio de la previsibilidad no figura en la redacción definitiva del BGB», *Incumplimiento del contrato...*, op. cit., pp. 144 y 145.

²⁰⁵ Sobre esta cuestión se han pronunciado en nuestra doctrina, entre otros: CARRASCO PERERA, A., «Comentario a los artículos 1101...», op. cit., p. 718; MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, op. cit., pp. 144 a 153 y PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad...», op. cit., p. 1028. Vid. también LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, op. cit., p. 653.

²⁰⁶ MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, op. cit., pp. 147 a 153.

²⁰⁷ «§ 254 Concurrencia de culpas: (1) Si en la producción del daño ha concurrido culpa del perjudicado, tanto el deber de resarcimiento como la extensión del resarcimiento que debe prestarse dependen de las circunstancias, en especial en qué medida el daño ha sido causado preponderantemente por una parte o por la otra. (2) Lo mismo rige si la culpa del perjudicado se restringe a que ha omitido advertir al deudor del peligro de un gran daño inusual, que el deudor ni conocía ni debía conocer, o que ha omitido evitar el daño o mitigarlo»

dencia. El segundo establece el efecto de la ausencia de información del acreedor de un riesgo de daño inusualmente elevado. De los daños que deriven de esta falta de información responderá el acreedor²⁰⁸. La tercera vía la establece la teoría o juicio de adecuación o también denominada causalidad adecuada²⁰⁹. La causalidad adecuada tiene su apoyo legal en el § 252²¹⁰. Existirá adecuación, y por tanto daño imputable, cuando el incumplimiento es idóneo para producir en el acreedor el daño que ha experimentado. A esta idoneidad se llega partiendo de un criterio objetivo, esto es, cuando los daños para un observador experimentado sean consecuencia probable del incumplimiento y acordes con el transcurso normal de los acontecimientos²¹¹. La última vía se refiere a la doctrina del fin de protección del contrato, acogida por la doctrina y la jurisprudencia alemana con

²⁰⁸ Esta regla ha sido criticada por PANTALEÓN PRIETO, F., quien, realizando una lectura a *sensu contrario*, señala «que permite, en mi opinión injustamente, que el deudor responsable del incumplimiento pueda tener que pechar con ese daño extraordinariamente alto, a causa de una información proporcionada *con posterioridad a la celebración del contrato*, sin derecho a exigir del acreedor un adecuado incremento de la contraprestación pactada», «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, p. 1028. Creo que no le falta razón a PANTALEÓN, ya que si el fundamento de la delimitación de los daños se encuentra en la distribución de los riesgos asumidos, ¿cómo hacer responsable al deudor de un riesgo que no asumió al contratar?

²⁰⁹ Afirma CARRASCO PERERA, A., que «la codificación alemana se encontró sin regla de discriminación entre los daños resultados de un incumplimiento. Liquidada, por obra de la pandectista, la distinción entre los daños *intra* o *extra rem*, y desconociéndose función regulativa a la buena o mala fe del deudor, la determinación del daño resarcible se plantea en Alemania como un *puro problema de causalidad*. O, mejor, como un problema de imputación al deudor de determinadas series causales. Los criterios que han servido para esta imputación fueron el *juicio de adecuación* y la *determinación del ámbito de protección de la norma*. No se imputarán al deudor los daños que para un observador experimentado aparezcan como fuera de toda probabilidad o no se correspondan con el curso regular de los acontecimientos (criterio de adecuación)», «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, p. 718.

²¹⁰ «§ 252 *Lucro cesante*: El daño resarcible comprende también el lucro cesante. Como lucro cesante se entiende la ganancia que, de acuerdo con el curso normal de las cosas o con las circunstancias particulares, en especial de acuerdo con las disposiciones y precauciones adoptadas, podía ser verosímelmente esperada».

²¹¹ Como manifiesta MORALES MORENO, A.M., «existe adecuación entre el hecho dañoso (incumplimiento) y el daño indemnizable (lucro cesante) cuando el primero, en general, y no sólo bajo ciertas circunstancias particulares, que por ser totalmente improbables pueden dejarse fuera de consideración, es idóneo para causar al acreedor el daño que ha sufrido (lucro cesante). Para determinar esa idoneidad la teoría de la adecuación utiliza un modelo objetivo de juicio, conforme, a la experiencia y conocimiento de un observador óptimo o experimentado; pero no excluye tomar en cuenta, más allá, el conocimiento efectivo del sujeto. Por tanto, el deudor responde del daño que, por el conocimiento que tiene, prevé que causará, así como del que en su caso hubiera previsto el modelo de observador utilizado. La teoría de la adecuación introduce el factor de la verosimilitud o probabilidad del daño, tal y como aprecia o debería apreciarla el causante del daño, conforme al conocimiento real que tiene de las circunstancias presentes o el que le es imputable... El que en la teoría de la adecuación se utilice la idea de previsibilidad del daño no significa que esta teoría cumpla la misma función que la teoría de la previsibilidad, proveniente de Pothier (art. 1107 CC). La teoría de la adecuación se sitúa en el momento de la causación del daño (es decir, en el que se produce el incumplimiento), y no en el de la celebración del contrato. Sirve para depurar, con un criterio jurídico, la causación natural», *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 150.

el objeto de paliar la ausencia en el BGB de un precepto como el 1107 de nuestro Código. Parte de la afirmación de que cada obligación contractual protege un determinado interés, de lo que deriva que será imputable al deudor todo menoscabo o daño que afecte a tal interés²¹².

Tanto la teoría de la causalidad adecuada como la doctrina del fin de protección del contrato, serán objeto de un análisis más detallado en el apartado relativo a los criterios de imputación objetiva.

4.2.3 LA RECEPCIÓN DEL TEST DE PREVISIBILIDAD EN EL *COMMON LAW*

El test de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar²¹³, como criterio de imputación objetiva y por tanto como delimitación del *quantum respondatur*, también ha sido acogido en los países del *Common Law*²¹⁴ a partir de la famosa sentencia *Hadley v. Baxendale* dictada por la *Court of Exche-*

²¹² Indica MORALES MORENO, A.M., que «hoy, tanto la jurisprudencia como la doctrina alemana utilizan el fin de protección del contrato como criterio de fundamentación y delimitación de la responsabilidad contractual, aunque no falten detractores. La aplicación de la doctrina del fin de protección del contrato (como la más genérica del fin de protección de la norma) puede anteponerse a la teoría de la adecuación. Incluso puede hacer innecesaria la aplicación de ésta. La doctrina alemana reconoce (tanto en la responsabilidad extracontractual como en la contractual) que el agente del daño debe indemnizar los daños extremadamente improbables, si la norma de protección contempla ese riesgo. Y a la inversa, que no tiene que indemnizar los daños probables (desde el punto de vista de la teoría de la adecuación) si no contempla ese riesgo la norma de protección», *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 152.

²¹³ Sobre la recepción y desarrollo de la *remoteness rule* del *Common Law*, *vid.*, en nuestra doctrina: CARRASCO PERERA, A., «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, pp. 718 y 719; MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, pp. 129 a 144; PALAZÓN GARRIDO, M.L., *Los remedios frente...*, *op. cit.*, pp. 212 a 215; PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 1080 a 1084 y SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, *op. cit.*, pp. 46 a 51. *Vid.* también en el Derecho inglés: ATIYAH, P.S., *An Introduction to the Law of Contract*, Clarendon Press, Oxford, 5.ª ed., 1989, pp. 464 a 469; MCGREGOR, H., *On Damages*, Sweet & Maxwell Limited, 16 ed., London, 1997, pp. 157 a 184 y *Contract Code*, (Traducción y Nota Preliminar por José María de la Cuesta Sáenz y Carlos Vattier Fuenzalida), Bosch Editor, Barcelona, 1997, pp. 116 a 118 y TREITEL, G.H., *Remedies for Breach of Contracts. A Comparative Account*, Clarendon Press, 2.ª ed., Oxford, 1989, pp. 150 a 162 y *The Law of Contract*, Sweet & Maxwell, 12 ed., London, 2007, pp. 1044 a 1058.

²¹⁴ No deja de resultar paradójica la afirmación de CARRASCO PERERA, A., de que «la doctrina del daño previsible divulgada (no creada) por POTHIER ha encontrado en el área del *common law* su consagración más pura», «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, p. 718. Además, también es curioso que la consagración del criterio de la previsibilidad en el Derecho uniforme de la Contratación internacional haya derivado de la interpretación que de la misma se ha realizado en el *Common Law*. Al respecto, señala OLIVA BLÁZQUEZ, F., que «la regla de la previsibilidad puede interpretarse de diferentes maneras. En la doctrina francesa se ha vinculado a la tesis de la adecuación causal, de tal manera que será previsible cualquier consecuencia típica o probable (*natural cours of things*) de una concreta falta de cumplimiento. Por el contrario, la CISG adopta el enfoque del *common law* y ubica el juicio de la previsibilidad en el mismo momento de la celebración del contrato», «Comentario a la Sentencia de 7 de Julio de 2008...», *op. cit.*, p. 628.

quer en el año 1854, donde se asume por primera vez la *remoteness rule*²¹⁵, precisada y perfilada por la jurisprudencia posterior²¹⁶.

Antes de comenzar con el estudio de cómo se introdujo y explicó la *remoteness rule* en el caso *Hadley v. Baxendale*, consideramos necesario detenernos en dos aspectos que contempla dicha regla. Expone MCGREGOR, una vez que parte del principio de la reparación integral del daño, que «this rule is limited first, but not substantially, by the principles as to causation just dealt with; the second and much more far-reaching limit is that the scope of protection is marked out by what was in the contemplation of the parties. When damage is said to be too remote in contract it is generally this latter factor that is in issue»²¹⁷. En nuestra doctrina, CARRASCO PERERA, sin referirse al anterior autor, afirma en relación a la *remoteness rule*, que «atiende a su vez a dos problemas cronológicamente sucesivos. En primer lugar, el juicio fáctico de causalidad (*causation in fact*); en segundo lugar, afirmada aquélla, la determinación, necesariamente posterior, de si la Ley protege al acreedor de un concreto daño sufrido»²¹⁸. Considero que ambos autores están afirmando lo mismo, y que es coincidente con lo que ya se ha expuesto al tratar la cuestión de la relación de causalidad. Por ello, salvo un error en nuestra interpretación, no coincidimos con MORALES MORENO al señalar que «McGregor llama la atención sobre la existencia de dos aspectos en esta materia (*two aspects of remoteness*), que, a su juicio, no siempre son debidamente separados. El primero se refiere a la causación (*causation*); naturalmente, a la causación en sentido jurídico (*causation in law*, no *in fact*). La cuestión que en este punto debe ser respondida es si el demandado causó (*in law*) el daño concreto al demandante. El segundo aspecto, que sólo se plantea cuando la cuestión de la causación ha sido resuelta a favor del demandante, se refiere a si la ley protege o no al demandante del daño concreto que ha sufrido»²¹⁹. Tal vez donde MORALES MORENO habla de *causation in law*, deba hacerse en relación a la *causation in fact*, que es lo que estimo acorde con las afirmaciones de MCGREGOR y CARRASCO PERERA.

²¹⁵ Afirma MCGREGOR, H., que «it was necessary that some limitation should be introduced, and this task was achieved in *Hadley v. Baxendale* in 1854, the most celebrated case in the field of contract damages», *On Damages...*, *op. cit.*, p. 157.

²¹⁶ Indica MORALES MORENO, A.M., que la expresión *remoteness damage* «evoca de manera gráfica la distancia o lejanía de los daños no indemnizables», *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 130.

²¹⁷ MCGREGOR, H., *On Damages...*, *op. cit.*, p. 157.

²¹⁸ CARRASCO PERERA, A., «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, p. 718.

²¹⁹ MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 130.

En el caso *Hadley v. Baxendale*²²⁰, la parte demandante era propietaria de un molino de pienso en Gloucester, cuya actividad había quedado paralizada a consecuencia de la rotura de un eje, lo que le llevó a celebrar un contrato de transporte con la parte demandada para que lo llevara a una fábrica de Greenwich, donde se tenía que construir un nuevo eje tomando como modelo el roto. El transportista demoró negligentemente el transporte varios días lo que llevó a la parte demandante a reclamarle la cantidad de 300 libras como indemnización por lo beneficios que dejó de obtener por estar el molino inactivo. En la primera instancia, en la que el juez dejó el caso al arbitrio del jurado, se admitieron parcialmente las pretensiones de la parte demandante. En la apelación de la sentencia, la parte demandada alegó que no se había instruido adecuadamente a los miembros del jurado, lo que originó que el juez Alderson B. estableciera los criterios sobre los que el juez de instrucción tenía que informar al jurado en un nuevo procedimiento²²¹. Finalmente, y sobre los criterios fijados

²²⁰ Sobre los hechos y el criterio adoptado en el caso *Hadley v. Baxendale*, *vid.*, entre otros: MCGREGOR, H., *On Damages...*, *op. cit.*, pp. 157 y 158; MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, pp. 131 a 133; PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 1080 y 1081 y SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, *op. cit.*, pp. 46 y 47.

²²¹ Indica PANTALEÓN PRIETO, F., que «Alderson B. fijó así los principios en los que el juez tendría que instruir al jurado en el nuevo juicio. “Pensamos que la regla apropiada en un caso como el presente es ésta: cuando dos partes han celebrado un contrato que una de ellas ha incumplido, los daños que deben indemnizarse a la otra parte por razón de un tal incumplimiento han de ser, bien aquellos que pueden ser considerados, equitativa y razonablemente, consecuencia natural –i. E., con arreglo al normal discurrir de las cosas– de un tal incumplimiento de contrato en abstracto, bien aquellos que puede razonablemente suponerse que han sido contemplados por ambas partes, en el momento en el que celebraron el contrato, como resultado probable del incumplimiento del mismo. Así pues, si las especiales circunstancias bajo las que el contrato efectivamente fue celebrado fueron comunicadas por la parte demandante a la parte demandada, y conocida de esa manera por ambas partes, los daños derivados del incumplimiento de tal contrato, que razonablemente contemplarían, sería la cantidad de perjuicio que ordinariamente se derivaría de un incumplimiento de contrato bajo esas especiales circunstancias, así conocidas y comunicadas. Pero, si esas especiales circunstancias fueron, en cambio, completamente desconocidas por la parte que incumplió el contrato, sólo podría suponerse que, como máximo, ha contemplado la cantidad de perjuicio que se derivaría generalmente, y en la gran mayoría de los casos no caracterizados por ninguna circunstancia especial, de un tal incumplimiento de contrato. Porque, si las especiales circunstancias hubieran sido conocidas, las partes podrían haber proveído específicamente para el incumplimiento del contrato, mediante una cláusula especial relativa a la indemnización en tal caso; y sería muy injusto privarlas de esa oportunidad. Si hemos de aplicar los principios sentados más arriba al presente caso –continúo diciendo Alderson B.– encontramos que las únicas circunstancias comunicadas por la parte demandante a la parte demandada en el momento de contratar fueron que el objeto a transportar era el eje roto de un molino, y que la parte demandante era el molinero de dicho molino. Pero ¿hasta qué punto mostraban razonablemente esas circunstancias que los beneficios del molino iban a resultar impedidos por un retraso irrazonable en la entrega del eje roto por el transportista a un tercero? Supóngase que la parte demandante tuviera otro eje en su poder, instalado ya o instalándose en ese momento, y que sólo deseara reenviar el eje roto al ingeniero que lo fabricó; es claro que ello sería plenamente congruente con las mencionadas circunstancias y, sin embargo, el retraso irrazonable en la entrega no tendría efectos sobre los correspondientes beneficios del molino, o también, supóngase que, en el momento de la entrega al transportista, la maquinaria del molino hubiese fallado en otros extremos, porque, entonces, se seguirían los mismos resultados. Es cierto que, aquí, el eje fue enviado, efectivamente, para servir de modelo a uno nuevo, que la falta de uno nuevo

por la *Court of Exchequer*, concretamente por el juez citado, en el nuevo juicio se desestimó la indemnización de las 300 libras; lo que se justificó en que la parte demandada desconocía que su retraso produciría la inactividad del molino, y que la pérdida de las ganancias no podía considerarse una consecuencia natural de conformidad con el discurrir normal de las cosas, que hubiera podido ser contemplado al realizar el contrato como un resultado probable del negligente incumplimiento²²².

De la solución expuesta se extraen dos reglas, en función de que el deudor tuviera conocimiento o no de las circunstancias especiales del caso²²³. La primera, que podemos denominar de carácter objetivo, considera indemnizables los daños que razonablemente deriven del incumplimiento de forma natural, es decir, que sean acordes con el transcurso normal de los acontecimientos. La segunda, de carácter subjetivo, que los daños hayan sido contemplados por las partes al realizar el contrato como un resultado probable del incumplimiento. Esta segunda regla exige al acreedor, antes de celebrar el contrato, un especial deber de información de las particularidades del caso al deudor; deber de información que no es más que una manifestación del principio de buena fe²²⁴.

fue la única causa del paro del molino, que la pérdida de beneficios se derivó efectivamente del no envío del nuevo eje en tiempo oportuno, y que esto se derivó del retraso en la entrega del roto para servir como modelo. Pero es obvio que, en la gran multitud de casos de molineros que envían ejes rotos a terceros en circunstancias normales, con toda probabilidad tales consecuencias no se hubieran producido. Se sigue por tanto, que la pérdida de beneficios que nos ocupa no puede ser considerada razonablemente una consecuencia del incumplimiento del contrato que podría haber sido contemplada equitativa y razonablemente por ambas partes, cuando celebraron su contrato. Porque esa pérdida, ni habría derivado naturalmente del incumplimiento de ese contrato en la gran multitud de tales casos que ocurren en circunstancias normales, ni las especiales circunstancias que, quizás, las habrían hecho una consecuencia natural y razonable de dicho incumplimiento de contrato fueron comunicadas a la parte demandada o conocidas por ellas», «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, p. 1080 y nota al pie número 11, p. 1081.

²²² De la regla introducida en el caso *Hadley v. Baxendale* afirma MCGREGOR, H., que «the phraseology of the judgment has been criticized on many occasions, particularly the expressions “arising naturally” and “probable consequences”. The term “direct consequences” achieve a certain vogue in contract at about the same time as it was making its name in tort, but this term is only properly applicable to the causation aspect of remoteness. Indeed many of the suggested alternatives have themselves been criticized. Also there was a tendency first to regard the rule established by the judgment as three rules, and then as two rules, the first dealing with the ordinary case and the second dealing with the case where there were known special circumstances. These two factors, namely the abundance of phraseology and the breakdown of the rule into parts, led to confusion, and a restatement of the rule for modern conditions became a real need», *On Damages...*, *op. cit.*, pp. 159.

²²³ MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, pp. 132 y 133 y SOLER PRE-SAS, A., *La Valoración del...*, *op. cit.*, p. 47.

²²⁴ De esta formulación bipartita de la regla, afirma MORALES MORENO, A.M., que «aunque no cabe poner en duda la influencia ejercida por la doctrina de Pothier en *Hadley v. Baxendale*, no hay total coincidencia. La primera regla se formula en términos de pura causalidad, si bien directa o inmediata, sin referencia alguna al contrato (a lo previsto en el contrato). Sólo la segunda parece referirse al contrato, al tomar en cuenta el daño considerado por ambos contratantes en el momento de celebración del mismo», *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 133. No obstante las anteriores afirmaciones, considero que la primera regla no se aleja, por lo menos en el espíritu, de POTHIER cuando indicaba que «por lo común se

La doctrina introducida en el caso *Hadley v. Baxendale* fue confirmada, si bien reformulándola y precisándola²²⁵, en el no menos clásico caso *Victoria Laundry (Windsor) Ltd. v. Newman Industries Ltd.* del año 1949. La empresa *Victoria Laundry (Windsor) Ltd.*, propietaria de un negocio de lavandería y tintorería, había pactado con *Newman Industries Ltd.* la adquisición de una caldera de agua de unas determinadas características, que debía entregarse el día 5 de junio, y, ante el retraso de su entrega, el día 8 de noviembre reclama la indemnización de los daños y perjuicios que ha sufrido²²⁶.

La *Court of Appeal*, siguiendo los criterios del juez Asquith L. J., declaró que *Victoria Laundry (Windsor) Ltd.* tenía derecho a la indemnización de las ganancias dejadas de obtener como consecuencia del retraso en la expansión de su negocio y de los beneficios que razonablemente hubiera obtenido si hubiera dispuesto de la caldera desde el día pactado hasta la fecha en que efectivamente le fue entregada.

Los criterios sobre los que Asquith L. J., ordena y aclara la regla formulada en *Hadley v. Baxendale*, son los siguientes: comienza afirmando que el espíritu que inspira a la indemnización es situar al perjudicado en la misma situación que tendría si el incumplimiento no se hubiera producido, o, lo que es lo mismo, la reparación integral de los daños. A dicha reparación le objeta,

reputa que las partes no han previsto más que los daños y perjuicios que resultan para el acreedor del incumplimiento de la obligación, y en relación a la cosa que es objeto de la misma, y no aquellos que la inejecución de la obligación le ha ocasionado en sus otros bienes. Es por esto, que en ese caso, el deudor no es reputado responsable de estos últimos, sino tan sólo de aquellos sufridos en relación a la cosa de que era objeto la obligación: *damni et interesse, propter ipsam rem non aditen*», *Tratado...*, *op. cit.*, p. 92. Estimo, que, tanto la regla del *case law* como POTHIER, se están refiriendo a la misma cosa, al daño intrínseco, al daño que es previsible *ab initio*.

²²⁵ Del caso *Victoria Laundry (Windsor) Ltd. v. Newman Industries Ltd.* afirma MORALES MORENO, A.M., que «supera estos inconvenientes, logrando una más adecuada articulación entre la primera y la segunda regla de *Hadley v. Baxendale*», *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 133. *Vid.* también TREITEL, G.H., *The Law of...*, *op. cit.*, p. 1046.

²²⁶ Una completa exposición de los hechos realiza PANTALEÓN PRIETO, F., indicando que «la compañía demandante, titular de una empresa de lavandería y tintorería, decidió extender su negocio. A este efecto, y también al de poder obtener unos contratos extraordinariamente beneficiosos con la Administración, precisaba de una caldera para hervir agua de dimensiones mayores que las de aquella que venía utilizando; algo nada fácil de conseguir a consecuencia de la guerra. La compañía demandada, una firma de ingenieros, se comprometió a conseguir para la demandante, y a poner a su disposición el día 5 de junio, una cierta caldera de las dimensiones requeridas, instalada en otro lugar; pero esta caldera resultó dañada durante el traslado, y la entrega no pudo efectuarse hasta el 8 de noviembre. La demandada conocía la naturaleza de los negocios de la demandante, y que pretendía hacer uso inmediato de la caldera; pero ignoraba que ésta tenía en perspectiva los mencionados contratos con la Administración. Se reclamó una indemnización por las ganancias dejadas de obtener a causa del retraso en la extensión del negocio, y otra por la pérdida de los extraordinarios beneficios que habrían reportado los contratos con la Administración. La primera pretensión fue estimada. La segunda, sólo hasta la cuantía de los beneficios que razonablemente podrían haberse obtenido desde junio a noviembre, de haberse dispuesto de una caldera mayor, por contratos de carácter ordinario». «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, nota al pie núm. 15, p. 1083. *Vid.*, también SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, *op. cit.*, p. 47.

que llevada hasta sus últimas consecuencias sin ninguna clase de restricción, podría suponer una medida excesivamente rigurosa para el deudor, que se vería obligado a responder de todas las consecuencias que fácticamente (*causation in fact*) se derivaran del incumplimiento²²⁷. Para evitar tal rigurosidad, propone la regla de que el deudor que incumpla un contrato sólo responda de los daños que al celebrarlo fueran razonablemente previsibles que se derivaran del mismo²²⁸. Enunciada la regla, establece que lo razonablemente previsible dependerá de la información o del conocimiento que tengan las partes o la que incumple el contrato²²⁹. La información o el conocimiento pueden ser de dos clases, la imputada y la efectiva o real²³⁰. La primera sería la que cualquier persona razonable puede considerar que derivaría del ordinario discurrir de las cosas, lo que coincide con la primera regla que se extrae del caso *Hadley v. Baxendale*. Nos encontraríamos ante un conocimiento que se presume *iure et de iure*. La segunda sería el conocimiento adicional, al margen del ordinario discurrir de las cosas, de las especiales circunstancias que concurren en un contrato en concreto. El conocimiento de tales circunstancias es el que atrae al campo de lo indemnizable los daños adicionales que en atención a dichas circunstancias fueron contemplados, segunda regla de *Hadley v. Baxendale*²³¹.

²²⁷ MCGREGOR, H., *On Damages...*, *op. cit.*, pp. 159 y 160: «(1) It is well settled that the governing purpose of damages is to put the party whose rights have been violated in the same position, so far as money can do so, as if his rights had been observed. This purpose, if relentlessly pursued, would provide him with a complete indemnity for all loss *de facto* resulting from a particular breach, however improbable, however unpredictable. This, in contract at least, is recognised as too harsh a rule».

²²⁸ MCGREGOR, H., *On Damages...*, *op. cit.*, p. 160: «(2) In cases of breach of contract the aggrieved party is only entitled to recover such part of the loss actually resulting as was at the time of the contract reasonably foreseeable as liable to result from the breach».

²²⁹ *Ult. op. cit.*, p. 160: «(3) What was at that time reasonably so foreseeable depends on the knowledge then possessed by the parties, or, at all events, by the party who later commits the breach».

²³⁰ *Ult. op. cit.*, p. 160: «(4) For this purpose, knowledge “possessed” is of two kinds; one imputed, the other actual. Everyone, as a reasonable person, is taken to know the “ordinary course of things” and consequently what loss is liable to result from a breach of contract in that ordinary course. This is the subject matter of the “first rule” in *Hadley v. Baxendale*. But to this knowledge, which a contract-beaker is assumed to possess whether he actually possesses it or not, there may have to be added in a particular case knowledge which he actually possesses, of special circumstances outside the “ordinary course of things”, of such a kind that a breach in those special circumstances would be liable to cause more loss. Such a case attracts the operation of the “second rule” so as to make additional also recoverable».

²³¹ Al respecto, afirma CARRASCO PERERA, A., que «en la fórmula hoy conocida la regla imputa al deudor el daño que al tiempo del contrato pudo racionalmente preverse como natural consecuencia del incumplimiento (*breach*); qué deba entenderse por *reasonably foreseeable* depende del conocimiento (*Knowledge*) que tengan las partes, o, en todo caso, el deudor. Este conocimiento es de dos tipos: se habla de un conocimiento *imputed*, por referencia a lo que una persona razonable debe conocer del curso ordinario de las cosas; hay un conocimiento *actual* (“previsto” en la terminología del artículo 1.107) cuando de hecho el deudor tenga este conocimiento concreto fuera del curso ordinario de las cosas. En cualquier caso, no resulta preciso que en la *contemplation* imputable a las partes se incluya la propia contemplación del daño como suceso: basta que el deudor hubiera podido contemplar ese daño de haber considerado la cuestión como un hombre razonable», «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, p. 719.

No es necesario para que los perjuicios resulten indemnizables que el deudor haya previsto qué daños se derivarían de su incumplimiento, sino que de forma razonable hubiera concluido que, ante su incumplimiento, dichos perjuicios eran susceptibles de producirse²³². Por último, la regla sólo cobija aquellos daños cuya producción resultará probable o de una posibilidad seria²³³. La claridad expositiva y el orden de los criterios de Asquith L. J. es innegable, ya que no sólo enuncia la regla, sino que a continuación define cada uno de los conceptos que la integran²³⁴. De forma que «la parte agraviada sólo puede pretender el resarcimiento de aquella parte del daño efectivamente sufrido que razonablemente pudiera haberse previsto al tiempo de celebrar el contrato como posible consecuencia del incumplimiento»²³⁵.

Debe advertirse, siguiendo a MORALES MORENO, que en la evolución del criterio de la previsibilidad en el *Common Law* se ha producido un importante cambio respecto al acuerdo expreso o tácito de POTHIER, como criterio de imputación de los daños. No se requiere *tacit agreement* para que los daños resulten indemnizables; es suficiente el conocimiento del deudor de los daños que puede producir su incumplimiento para que tenga que responder. El conocimiento, imputado o real, opera como un criterio de imputación objetiva; es decir, todo daño conocido o conocible debe ser indemnizado. Por el contrario, la voluntad de las partes, tácita o expresa, tiene como función excluir, dentro de esos daños conocidos, los que no serán indemnizables²³⁶.

También debe señalarse que el enfoque dado a la regla de la previsibilidad presenta el inconveniente, que ha traspasado sus fronteras impregnando a los textos del nuevo Derecho de los contratos, de atribuirle la exclusividad como criterio de imputación objetiva. Por lo que SOLER PRESAS, en relación a

²³² MCGREGOR, H., *On Damages...*, *op. cit.*, p. 160: «(5) In order to make the contract-breaker liable under either rule it is not necessary that he should actually have asked himself what loss is liable to result from a breach. As has often been pointed out, parties at the time of contracting contemplate not the breach of the contract, but its performance. It suffices that, if he had considered the question, he would as a reasonable man have concluded that the loss in question was liable to result».

²³³ MCGREGOR, H., *On Damages...*, *op. cit.*, p. 160: «(6) Nor, finally, to make a particular loss recoverable, need it be proved that upon a given state of knowledge the defendant could, as a reasonable man, foresee that a breach must necessarily result in that loss. It is enough...if he could foresee it was likely so to result. It is indeed enough if the loss (or some factor without which it would not have occurred) is a 'serious possibility' or a 'real danger'. For short, we have used the word 'liable' to result. Possibly the colloquialism 'on the cards' indicates the shade of meaning with some approach to accuracy».

²³⁴ Del planteamiento del juez Asquith L. J., afirma MCGREGOR, H., que «there are two factors in this lucid restatement of principle which stand out. The first is that the test of the extent of liability is reasonable foreseeability, as stated in the second proposition and further defined in the fifth and sixth propositions. The second is that what is reasonably foreseeable depends upon knowledge, actual or imputed, as stated in the third proposition and further defined in the fourth proposition», *On Damages...*, *op. cit.*, pp. 160 y 161.

²³⁵ SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, *op. cit.*, p. 47.

²³⁶ MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 135.

dicha regla, advierte en los Tribunales ingleses, que «su interpretación se ha visto forzada con el fin de solucionar, recurriendo a ella, toda una serie de problemas que, en puridad, deben resolverse atendiendo a otros criterios de imputación objetiva; determinándose su contenido, en gran medida, por vía comparativa con los resultados que en materia extracontractual se defiendan»²³⁷.

Por último, hay que decir que en el *Common Law* no se distingue, en relación a la delimitación de los daños y perjuicios, entre deudor doloso y no doloso. El test de la previsibilidad se aplica a todo tipo de deudor, por lo que el deudor doloso sólo tendrá que indemnizar los daños previsibles o previstos al momento de la celebración del contrato.

4.3 La consagración del test de previsibilidad en el Derecho Uniforme de la Contratación Internacional

4.3.1 INTRODUCCIÓN

La consagración definitiva de la regla de la previsibilidad se ha producido con su adopción por el Derecho Uniforme de la Contratación Internacional, concretamente en los artículos 82 y 86 ULIS, 74 CISG, 7.4.4. PICC, 9:503 PECL y III-3:703 DCFR²³⁸, y, más recientemente, en el 161 CESL. En este apartado limitaremos nuestro estudio a los tres primeros textos, siendo el DCFR y la CESL abordados junto con el artículo 9:503 PECL.

4.3.2 LA INTRODUCCIÓN DE LA REGLA DE LA PREVISIBILIDAD EN LA ULIS

La ULIS adoptó el enfoque de la regla de la previsibilidad de los daños propia del *Common Law*, pero distinguiendo en función de la producción o no de la resolución del contrato. Para los casos en que no se resuelve, dispone su art. 82 que «*los daños y perjuicios por una violación cometida por una de las partes, serán iguales a la pérdida y a la falta de ganancia sufrida por la otra parte. Los daños y perjuicios no excederán la pérdida o la omisión de la ganancia que la parte que no cumpla hubiera debido prever al tiempo de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos que ella conozca o debía haber conocido como consecuencia posible de la violación del*

²³⁷ SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, op. cit., pp. 49 y 50.

²³⁸ Vid., PALAZÓN GARRIDO, M.L., *Los remedios frente...*, op. cit., pp. 215 y 216.

contrato». Para los casos en los que se ha resuelto el contrato y existe un precio corriente de mercado (art. 84) o se ha realizado una compra de reemplazo (art. 85), el art. 86 establece que, con independencia del resarcimiento conforme a los dos anteriores artículos, la indemnización se podrá incrementar «con todos los gastos razonables en que efectivamente se haya incurrido como consecuencia del incumplimiento, o bien, con el monto de todas las pérdidas sufridas y de todas las ganancias dejadas de percibir que la parte que no cumpla debió haber previsto al momento de la celebración del contrato tomando en consideración circunstancias conocidas o que debió haber conocido como consecuencias posibles de la violación del contrato».

Ambos artículos coinciden con los criterios que estableció el juez Asquith L. J. en el caso *Victoria Laundry (Windsor) Ltd. v. Newman Industries Ltd.*, por lo que en la ULIS, el deudor sólo será responsable de aquellos daños que, conforme a las circunstancias que conociera o debiera conocer, fueran previsibles en el momento de contratar como consecuencia posible del incumplimiento.

La influencia del *Common Law* ha provocado que la ULIS, al igual que la CISG, sea un reflejo de las ventajas y de los inconvenientes que en aquél se presentan²³⁹. Entre las primeras, debe destacarse que el juicio de previsibilidad se sitúa en el momento de celebración del contrato, siendo en tal momento donde se determina la serie causal –siempre desde la perspectiva única del deudor– de los daños que resulten del incumplimiento. Entre los inconvenientes debe indicarse que el test de previsibilidad se emplea como criterio único y exclusivo de imputación objetiva de los daños²⁴⁰. También debe señalarse que no se excluye de los límites que establece el test de previsibilidad al deudor doloso, ya que no se impone un régimen diferente en función de cuál sea la conducta que se predique del deudor. Ello es plenamente coincidente con el criterio adoptado en el *Common Law*, apartándose en consecuencia de la regla de POTHIER, y, por tanto, de los Códigos civiles latinos.

No obstante esta influencia en la ULIS, existe una importante diferencia en cuanto que en el *Common Law* se establece que los daños indemnizables serán los que se prevean como consecuencia probable del incumplimiento; en

²³⁹ Sobre las ventajas y los inconvenientes que presenta la regla de la previsibilidad en la ULIS, *vid.*, SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, *op. cit.*, p. 53.

²⁴⁰ Sobre esta cuestión, afirma SOLER PRESAS, A., que «su carácter exclusivo o de regla única en materia de delimitación de la extensión de los daños contractuales, fruto del entusiasmo, a nuestro juicio excesivo, del que hizo gala RABEL a la hora de defender su utilidad. En consecuencia, no consideró preciso combinarla con otros posibles criterios de imputación objetiva, error en el que, por influencia de la LUVI, también se incurre en la Convención de Viena sobre compraventa de mercaderías (art. 74). Esta falta de realismo a la hora de considerar los límites propios del criterio traerá consigo importantes problemas en materia de daños consecutivos», *La Valoración del...*, *op. cit.*, p. 53.

cambio, en la ULIS, los daños deben ser consecuencia posible del incumplimiento, encontrándonos ante una mera posibilidad, ante un régimen más estricto en relación a la exoneración del deudor, puesto que la posibilidad es un requisito más amplio o extenso que el rigor de la cierta probabilidad.

4.3.3 EL TEST DE PREVISIBILIDAD EN LA CISG

Por lo que respecta a la regla de la previsibilidad en la CISG²⁴¹, de la que advertimos que también se predicen las mismas notas expuestas para la ULIS²⁴², establece su artículo 74 que la «*indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato*»²⁴³.

²⁴¹ Sobre la regla de la previsibilidad en la CISG se pueden consultar, entre otros: CALVO CARAVACA, A.L. y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., «Capítulo II. El contrato de compraventa internacional de mercancías», en AA. VV., *Contratos Internacionales*, (directores Alfonso L. Calvo Caravaca y Luis Fernández de la Gándara, coord. Pilar Blanco-Morales Limones), Tecnos, Madrid, 1997, pp. 315 y 316; CARRASCO PERERA, A., «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, pp. 719 y 720; HONNOLD, J.O., *Uniform Law For International Sales*, Third Edition, Kluwer Law International, 1999, pp. 447 y 448; ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, pp. 223 a 227; KNAPP, V., «Commentary Arts. 74 a 77», en AA. VV., *Commentary on the International Sales Law*, The 1980 Vienna Sales Convention, (By C. M. Bianca y M. J. Bonell, coord. by M. J. Bonell), Giuffrè, Milán, 1987, pp. 538 y ss.; MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 153 y 154; PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario artículo 74», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, (dirigido y coordinado por Luis Díez-PICAZO Y PONCE de León), Civitas, Madrid, 1998, pp. 604 a 609; STOLL, H., «Commentary Art. 74 a 77», en AA. VV., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Second Edition (in translation), (Edited by Peter Schlechtriem), Translates by Geoffrey Thomas, Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 565 a 571.

²⁴² Como afirma STOLL, H., «the pilot work of Ernst Rabel led to its inclusion in ULIS and it was left unaltered in the Vienna Convention», «Commentary Art. 74...», *op. cit.*, p. 554. Si bien, como indica KNAPP, V., la regulación de la indemnización de daños en la ULIS y en el CISG se diferencia, en que la «ULIS strictly distinguished between damages when the contract was not avoided (sub-section A) and damages when the contract was avoided (sub-section B); this Convention does not», «Commentary Arts. 74...», *op. cit.*, p. 538.

²⁴³ Este artículo se corresponde, permaneciendo invariable, con el 70 del Proyecto de Convención de 1978: «dichos daños y perjuicios no podrán exceder de la pérdida que la parte que incumpla haya previsto o debía haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos y los elementos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento como consecuencia posible del incumplimiento del contrato». En la jurisprudencia comparada existen tanto laudos arbitrales como sentencias que han aplicado la regla de la previsibilidad, ya en el sentido de estimar su imprevisibilidad como su previsibilidad. Por lo que se refiere a la imprevisibilidad de los daños, así «la parte que no podía haber previsto las pérdidas siguientes: alquiler de maquinaria por el cliente del comprador [Laudo de la CIETAC No. 1740, China, 20 de junio de 1991, publicado en Zhongguo Guoji Jingji Maoyi Zhongcai

Este artículo, si bien parte del principio de reparación integral de los daños, a continuación establece una importante limitación: sólo serán indemnizables aquellos daños y perjuicios que hubieran sido previstos o previsibles, como consecuencia posible del incumplimiento, en el momento de la perfección del contrato. Teniendo en cuenta que lo que sea previsible o no dependerá de «*los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese*

Caijueshu Xuanbian (1889-1995) (Beijing 1997), No. 75 (429-438) (el alquiler de maquinaria por el cliente del comprador no era previsible para el vendedor que incurrió en incumplimiento)]; tratamiento de las mercaderías en otro país a raíz de una entrega tardía [Caso CLOUT No. 294 (Oberlandesgericht Bamberg, Alemania, 13 de enero de 1999) (la parte que no cumplió no podía prever que la entrega tardía implicaría un tratamiento en Alemania y no en Turquía)]; los pagos excepcionalmente importantes al transitario [Laudo arbitral de la Cámara de Comercio e Industria de Estocolmo, Suecia, 1998, Unilex (los pagos efectuados por el comprador agraviado al transitario eran excepcionalmente importantes y se redujeron por ende en un 50%)]; litigio sobre los honorarios de abogado o con el transitario [Laudo arbitral de la Cámara de Comercio e Industria de Estocolmo, Suecia, 1998, Unilex (los honorarios del abogado del comprador agraviado en el litigio con el transitarios)]; los gastos de reparación de una máquina de amolar cuyo importe era superior al precio del alambre que debía amolarse [Caso CLOUT No. 235 (Bundesgerichtshof, Alemania, 25 de junio de 1997) (los gastos de reparación de una máquina de amolar eran imprevisibles por no ser razonables en relación con el precio del alambre que debía molarse)]; la ganancia dejada de obtener porque el vendedor que no cumplió no conocía las condiciones del contrato con el cliente del comprador [Caso CLOUT No. 476 (Arbitraje-Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa, laudo No. 406/1998 de 6 de junio de 2000) (la indemnización del comprador por la ganancia dejada de obtener se redujo al 10% del precio porque el vendedor que no cumplió desconocía las condiciones de la reventa)]; el examen de las mercaderías realizado en el país de importación y no de exportación [Caso CLOUT No. 474 (Arbitraje-Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa, laudo No. 54/1999 de 24 de enero de 2000) (el vendedor no podía prever que una inspección, que presumiblemente afectó negativamente a la imagen de la marca de las mercaderías vendidas, se efectuaría en el extranjero)]. Por el contrario, «varios fallos llegaron expresamente a la conclusión de que los daños y perjuicios cuya indemnización se exigía eran previsibles. Un fallo consideró que el vendedor de una mercadería a un comprador al por menor debería haber previsto que éste la revendería [Caso CLOUT No. 168 (Oberlandesgericht Köln, Alemania, 21 de marzo de 1996) (el vendedor de una mercadería a un comprador al por menor debería haber previsto que el comprador la revendería). Véase también el caso CLOUT No. 47 (Landgericht Aachen, Alemania, 14 de mayo de 1993) (el comprador que no se hizo cargo de los audífonos electrónicos podía prever las pérdidas que suponía esa entrega para el vendedor)]; un tribunal arbitral concluyó que el vendedor que había incumplido debería haber previsto las pérdidas del comprador porque había mantenido con él una abundante correspondencia sobre los problemas de suministro [CLOUT case No. 166 (Arbitraje-Schiedsgericht der Handelskammer Hamburgo, 21 de marzo, 21 de junio 1996) (el tribunal presumió, de acuerdo con las facultades que le otorga el derecho interno, que el importe de la pérdida causada era previsible)]. Otro fallo llegó a la conclusión de que un comprador que había incurrido en incumplimiento podía prever que un vendedor agraviado de mercaderías fungibles perdería su margen habitual de beneficios [Caso CLOUT No. 427 (Oberster Gerichtshof, Austria, 28 de abril de 2000) (el comprador que incurrió en incumplimiento podía prever que el vendedor agraviado de mercaderías fungibles perdería su margen habitual de beneficios)]. Otro tribunal otorgó por mayoría una indemnización de un diez por ciento del precio al vendedor que había fabricado una cuchillería por pedido especial del comprador y la mayoría de los jueces hizo notar que el comprador que no había cumplido podía prever que tendría que desembolsar esa suma [Caso clout No. 217 (Handelsgericht des Kantons Aargau, Suiza, 26 de septiembre de 1997) (Según una opinión disidente, el vendedor no había probado suficientemente la cuantía de los daños y perjuicios sufridos)]», UNCITRAL (CNUDMI), Compendio de la CNUDMI sobre jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods.html.

momento»²⁴⁴. Dicha regla, al igual que en el *Common Law* y en la ULIS, apartándose por tanto de POTHIER y de los Códigos civiles latinos, no se excluye en los supuestos de deudores dolosos, por lo que su eficacia delimitadora del *quantum respondatur* es unitaria para todo tipo de deudor, sin que su conducta dolosa suponga agravación de su responsabilidad²⁴⁵. Sin embargo, sí se diferencia del *Common Law*, al igual que la ULIS, en que no se exige el rigor de que el daño previsible se contemple como una consecuencia probable o altamente posible. Será suficiente que el deudor contemple el daño como una consecuencia posible de su incumplimiento²⁴⁶.

Teniendo atribuido el test de previsibilidad la función de delimitar los daños y perjuicios de los que responderá el deudor, se plantea PANTALEÓN PRIETO respecto de la CISG, el mismo problema que indicó SOLER PRESAS respecto al *Common Law*: ¿será suficiente la regla de la previsibilidad como único criterio de imputación objetiva? Afirma, con buen criterio, que «cabe dudar que el criterio de la previsibilidad al tiempo de contratar pueda realizar solo toda la tarea de limitación razonable de las indemnizaciones especialmente en lo que respecta a los daños que alcanzan a otros bienes del acreedor, sin convertirse en una “fórmula vacía”»²⁴⁷. Contempla cómo en los Derechos de nuestro entorno la función delimitadora de los daños comparte la regla de la previsibilidad con otros criterios de imputación objetiva que son atraídos mediante las expresiones «consecuencia necesaria», en el caso de nuestro Código, o «inmediata y directa» del *Code* y del *Codice*. Esta atracción de los criterios de imputación objetiva a la CISG la justifica en la exigencia de que los daños sean consecuencia del incumplimiento. Concretamente, afirma PANTALEÓN PRIETO que «una alternativa sería encastrar esos otros criterios de impu-

²⁴⁴ Como indican ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., «se trata como se deduce fácilmente de dos estándares distintos. Uno se centra en el punto de vista subjetivo de la parte incumplidora (lo que hubiera previsto), mientras que el otro, muy probablemente el que predomina en caso de disputa, se fija en lo que debiera haber previsto (estándar objetivo)», *Derecho Mercantil Internacional...*, *op. cit.*, p. 225.

²⁴⁵ Expresamente se indica en UNCITRAL (CNUDMI), *Comentarios sobre el Proyecto de Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, preparados por la Secretaría de la CNUDMI-UNCITRAL, <http://www.uc3m.es/~uc3m/dpto/PR/dppr03/cisg/1.html>, que «en algunos sistemas la limitación de los daños y perjuicios a los que la parte que incumpla haya previsto o debía haber previsto en el momento de la celebración del contrato» no se aplicará si el incumplimiento se debió a fraude de la parte perjudicante. Sin embargo, en la presente Convención no existe dicha norma».

²⁴⁶ En este sentido indica STOLL, H., que «above all, however, English and American courts tend to require a certain degree of probability that the damage will occur, before it is considered to be relevant of the purposes of damages», «Commentary Art. 74...», *op. cit.*, p. 567. Vid. sobre esta cuestión a MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 154 y PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario artículo 74»..., *op. cit.*, pp. 604 y 605.

²⁴⁷ PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario artículo 74», *op. cit.*, p. 605.

tación en el requisito de que el daño sea «consecuencia» del incumplimiento»²⁴⁸. Creo que la alternativa que postula dicho autor es de asentir plenamente, si bien, no veo inconveniente en añadir, tal como establece el propio artículo, que el daño sea «consecuencia posible del incumplimiento».

De este artículo debemos abordar dos cuestiones más, en las que también seguimos a PANTALEÓN PRIETO. De una parte, la cuestión de qué es lo que debe prever la parte incumplidora; y de otra, por qué se ubica en el momento de la celebración del contrato la contemplación de los daños.

Respecto a la primera, afirma que «la previsibilidad deberá abarcar no sólo la causa del daño o su tipo o clase, sino también la entidad cuantitativa (no ya la exacta cuantía) del mismo»²⁴⁹. Esta afirmación exige, para su adecuada comprensión, partir de la función que cumple la regla de la previsibilidad. Se trata de delimitar los daños para no hacer excesivamente rigurosa la indemnización del incumplidor, partiendo ello de la asunción y distribución de los riesgos del contrato²⁵⁰. En definitiva, la previsibilidad pretende que el deudor que incumple sólo responda de los riesgos o daños que asumió, y en función de los cuales entendió los costes del contrato. Por tanto, si el daño era asumido, porque se había previsto, pero lo previsto era un daño de unos parámetros, si ese daño, imputable por asumido, después ha adquirido una cuantía extraordinaria, que no fue prevista, ¿cómo hacer responsable de la cuantía que excede de la prevista al deudor? Considero que difícilmente puede justificarse hacer responsable al deudor de unos daños, o, mejor dicho, de una cuantía excesiva, que no había sido prevista y, por tanto, ni asumida ni garantizada por el deudor²⁵¹. Y ello, porque iría en contra del espíritu de la regla; recuérdese que este

²⁴⁸ PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario artículo 74», *op. cit.*, p. 605.

²⁴⁹ *ult. op. cit.*, p. 606.

²⁵⁰ Tal y como afirma MORALES MORENO, A.M., el artículo 74 «incita a los contratantes, en el momento de contratar, a calcular, sobre la base conocida o perceptible del caso concreto, los riesgos derivados de su eventual incumplimiento; a establecer el precio, de acuerdo con ese riesgo previsible; o excluirlo, mediante una cláusula de exoneración», *La Modernización del Derecho de Obligaciones*, Aranzadi, Navarra, 2006, p. 218. En la misma línea afirma STOLL, H., que «the promisor's objective liability for breach of contract, except where it is due to the interference of impediments beyond his control under Article 79, and the contemplation rule in Article 74, second sentence, are corresponding aspects of a uniform principle governing the Convention, namely that liability is limited in accordance with the risk inherent in the contract which the parties accepted by concluding that contract», «Commentary Art. 74...», *op. cit.*, p. 555.

²⁵¹ En este sentido, afirma STOLL, H., que «a loss is foreseeable within the meaning of Article 74, second sentence, if the risk that has actually materialized is essentially the same as the risk which was foreseeable at the time of the conclusion of the contract and which the promisor impliedly assumed. In such an appraisal both the claim of events leading up to the loss and the type and extent of the loss are significant factors. The risk of a loss is, of course, mainly characterized by the type of loss which threatens. In general, it is not essential for liability that the party in breach could have foreseen the precise amount of the loss which has occurred. However, an attempt to restrict the notion of foreseeability solely to the type of loss and to exclude the extent of the loss from consideration is unconvincing; if the extent of the

problema ya fue contemplado por POTHIER, tanto para el deudor doloso como para el no doloso, e incluso, se puede afirmar, que en su pensamiento se encuentra el origen del artículo 1103 Código civil²⁵².

En relación a la segunda cuestión indicada, esto es, por qué se debe tomar en consideración para la contemplación de lo que se debió prever el momento de la celebración del contrato, la argumentación coincide con la cuestión anterior. Si el fundamento de la regla de la previsibilidad se encuentra en la asunción y distribución de los riesgos, y de ésta derivan las prestaciones a las que las partes mutuamente se hayan comprometido, o, en otras palabras, los riesgos asumidos serán los que permitan a las partes calcular los costes de la operación, por tanto, no existe otra posibilidad. Lo contrario supondría poner al deudor en una situación complicada y posiblemente injusta, puesto que, si una vez celebrado el contrato tiene que asumir riesgos que no estaban previstos en el momento de su perfección, se puede dar el caso de que el coste de la misma no le resulte rentable, o no en la cuantía que esperaba, ya que de haber conocido antes dichos riesgos posiblemente hubiera incrementado el valor de su prestación²⁵³.

De la anterior cuestión deriva otra no menos importante: si el momento que determina lo que se debió prever, a efectos de la delimitación, es el de la perfección del contrato, las partes, por su seguridad, se encontrarán en la obligación de ofrecer a la otra la mayor información posible²⁵⁴. Cuanta más información de las circunstancias particulares que se encuentren conectadas con la operación, mayor será el espectro de daños o riesgos que la otra parte, si definitivamente contrata, asuma. Si bien, debe realizarse una precisión: el mero hecho de la información, del conocimiento de las partes de las circunstancias

loss considerably exceeds what was foreseeable, then a risk of loss has materialized which is different from the risk which was foreseeable. Article 74, second sentence, may well lead to damages for a foreseeable type of loss being limited to the foreseeable part of a considerably more extensive actual loss», «Commentary Art. 74...», *op. cit.*, p. 569. En la misma línea indica PANTALEÓN PRIETO, F., que «es perfectamente posible que, considerándose un determinado evento dañoso objetivamente imputable, conforme al criterio que nos ocupa, a la falta de cumplimiento, se estime que no lo es todo el *quantum* del daño que ha causado al acreedor, sino tan sólo una parte», «Comentario artículo 74...», *op. cit.*, p. 606. *Vid.* también KNAPP, V., «Commentary Art. 74...», *op. cit.*, p. 541.

²⁵² «Artículo 1103. La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos».

²⁵³ Argumenta PANTALEÓN PRIETO, F., que «el momento de referencia del juicio de previsibilidad es el de la celebración del contrato, y no el del cumplimiento: las informaciones obtenidas por el deudor entre uno y otro momento son inhábiles para incrementar su responsabilidad; lo que resulta perfectamente razonable, porque prestación y contraprestación se fijan al tiempo de contratar, a la luz de los riesgos que cada parte entiende asumir en ese momento», «Comentario artículo 74», *op. cit.*, p. 606. *Vid.* también KNAPP, V., «Commentary Art. 74...», *op. cit.*, p. 542.

²⁵⁴ De los arts. 1.7 y 3.2.5 de los PICC se deduce que las partes tienen el deber de informarse de todas las circunstancias relevantes para el adecuado cumplimiento del contrato.

del caso, no resulta suficiente para que los riesgos resulten asumidos. Es requisito necesario, como señala PANTALEÓN PRIETO, «no sólo que la información sobre las circunstancias especiales que configuran aquel riesgo le haya sido proporcionada *precisamente por la otra parte*; sino que lo haya sido *de tal forma, que personas razonables del mismo sector del tráfico, situadas en el lugar de los contratantes, habrían considerado que se asumía, salvo inmediata protesta, el correspondiente riesgo de responsabilidad*»²⁵⁵.

Por último debe tratarse el carácter normativo del juicio de previsibilidad. El juicio de previsibilidad no atiende a lo que la parte incumplidora ha previsto como consecuencia lógica de su incumplimiento, que impregnaría al juicio de previsibilidad de un carácter subjetivo, sino de lo que debió prever, atendiendo a la información propia del tipo de contrato celebrado²⁵⁶. Por ello, afirma PANTALEÓN PRIETO que el test de previsibilidad es un juicio normativo, es una herramienta «para construir la norma dispositiva en materia de *quantum respondatur* congruente con la naturaleza y finalidad del contrato incumplido»²⁵⁷.

4.3.4 LA INFLUENCIA DE LA REGLA DE LA PREVISIBILIDAD DE LA CISG EN LOS PICC

La regla de la previsibilidad se enuncia en los PICC bajo la denominación «Previsibilidad del daño» en su artículo 7.4.4²⁵⁸, que preceptúa que «*la parte incumplidora es responsable solamente del daño previsto o que razonable-*

²⁵⁵ PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario artículo 74», *op. cit.*, p. 607.

²⁵⁶ En tal sentido, indica STOLL, H., que «the only question is whether the promisor, or a reasonable person in his position, ought to have foreseen at the time of conclusion of the contract that, if the contract were to be breached in the manner which has occurred, it might have given rise to the loss which has occurred. Consequently, it does not matter whether the promisor himself ought to have foreseen the breach», «Commentary Art. 74...», *op. cit.*, p. 567 y 568. *Vid.* también KNAPP, V., «Commentary Art. 74...», *op. cit.*, p. 541.

²⁵⁷ PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario artículo 74», *op. cit.*, p. 607.

²⁵⁸ Sobre el test de previsibilidad en los PICC, *vid.*: BONELLI, F., «La responsabilità per dani», en AA. VV., *Contratti Commerciali Internazionali e Principi Unidroit*, (a cura di Michael J. Bonell e di Franco Bonelli), Giuffrè Editore, Milano, 1997, pp. 311 a 315; MORÁN BOVIO, D., «Capítulo 7. Incumplimiento», *Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*, (coordinado por David Morán Bovio), Aranzadi, 2.ª edición, Navarra, 2003, pp. 361 a 363; TALLON, D., «Les dommages-intérêts dans les Principes Unidroit relatifs aux contrats du comerce international», en AA. VV., *Contratti Commerciali Internazionali e Principi Unidroit*, (a cura di Michael J. Bonell e di Franco Bonelli), Giuffrè Editore, Milano, 1997, pp. 302 a 303 y VIGURI PEREA, A., *Los Contratos Comerciales Internacionales: análisis de la compraventa desde la perspectiva del Derecho Comparado (Derecho español, Derecho norteamericano, Principios Unidroit y Convenio de Viena)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007, 231 a 233.

*mente podría haber previsto, como consecuencia probable de su incumplimiento, al momento de celebrarse el contrato»*²⁵⁹. Como en su propio Comentario se afirma, «el principio de que el daño resarcible se limita a aquél que pudo ser previsto se corresponde con la solución adoptada por el Art. 74 de la CISG», por lo que las cuestiones que hemos abordado en el epígrafe anterior, resultan también predicables respecto del artículo 7.4.4 de los PICC²⁶⁰.

No obstante lo anterior, existe un aspecto en el que se alejan de la fórmula empleada en el texto vienés. Los PICC disponen, a diferencia de la CISG pero en consonancia con el *Common Law*, que los daños que se deben indemnizar son los que resulten previsibles como consecuencia probable del incumplimiento. De lo anterior deriva que al exigirse la probabilidad, los daños indemnizables serán menores que bajo la CISG. No será suficiente, para la efectiva indemnización de los daños, la previsibilidad de los perjuicios como una consecuencia meramente posible. En definitiva, el deudor, al tener que prever el daño como probable, tiene más posibilidades de exonerarse de indemnizar que si lo que tuviera que prever fuera una mera posibilidad, por lo que la regla establecida en los PICC resulta más ventajosa para el deudor.

Por último, en relación a lo que la parte incumplidora debió prever, en principio parecería que se está separando de cómo se resuelve la cuestión en la CISG, si bien debe decirse que no es así, pese a la ambigüedad de la exposición. Se afirma en su Comentario que «la previsibilidad del daño se refiere a la naturaleza del daño y no a su amplitud». Esta afirmación nos llevaría a sostener que siendo el tipo o clase de daño previsible, y por tanto imputable, el deudor debería responder con independencia de su mayor o menor amplitud, lo que considero que iría contra el espíritu o fundamento de la regla, tal y como se razonó en relación a la CISG. Pero sus comentaristas, tal vez teniendo presente la forma en que ha sido interpretado el problema de qué debe prever el

²⁵⁹ En relación a la regla de la previsibilidad, indica BONELLI, F., que «la *ratio* justificativa del límite, ritenendosi volta a volta che essa debba riportarsi ad una tacita volontà contrattuale in base alla quale il debitore assumerebbe a suo carico il rischio dei danni prevedibili conseguenti al suo inadempimento, oppure ad un generico fondamento equitativo al fine di evitare risarcimenti «sproporzionati», oppure ancoro alla necessità di diminuire il rischio imprenditoriale ed incrementare pertanto i commerci, o ad una funzione di prevenzione della responsabilità, che può sussistere solo se il rischio è prevedibile dalla parte inadempiente, o, più in generale, alla circostanza che il vincolo obbligatorio importa sempre l'assunzione di un sacrificio contenuto entro i limiti di normalità, criterio questo cui può riportarsi anche quello della prevedibilità», «La responsabilità...», *op. cit.*, pp. 311 y 312.

²⁶⁰ De este art., afirma TALLON, D., una vez que expone la forma en que se ha concebido la regla de la previsibilidad en el Derecho francés, como criterio de delimitación de los daños, y en el Derecho inglés, como criterio de causalidad entre incumplimiento e inejecución, que «en écartant l'incidence de la faute loured et du dol, l'article 7.4.4 se rallie plutôt à la conception de la prévisibilité comme critère de la causalité. Mais l'application de l'article en cas d'inexécution dolosive risqué d'être difficilement admise par certains», «Les dommages-intérêts...», *op. cit.*, p. 303.

deudor en la CISG y de las posibles situaciones injustas que su anterior afirmación podría acarrear, la flexibilizan indicando a continuación que «a menos que ésta sea tal que transforme un perjuicio por otro de naturaleza diferente. En todo caso, la noción de previsibilidad es lo suficiente flexible como para dejar al juez un amplio margen de discreción». A la luz de lo anterior, puede afirmarse que también en los PICC la cuestión de qué debe prever el deudor debe referirse tanto al tipo de daño como a su cuantía, si bien considero que la forma de expresarla no resulta muy afortunada. ¿Desde cuándo la amplitud de un daño modifica su naturaleza? Estimo que lo correcto hubiera sido, ya sea en la propia letra del precepto o en el Comentario, afirmar que el juicio de previsibilidad debe hacer referencia tanto al tipo de daño como a su cuantía, y de esta forma evitar lo que entiendo como una deficiente solución de la cuestión en cuanto a su formulación.

5. ESTRUCTURA Y FUENTES INSPIRADORAS DEL ARTÍCULO 9:503 PECL

En este epígrafe se analizarán dos cuestiones fundamentales para la comprensión de la regla del artículo 9:503 PECL. En primer lugar, estudiaremos la estructura del artículo 9:503. Por una parte, las referencias a los criterios de imputación objetiva, y, dentro de ellos, al test de previsibilidad, así como la distinción que realiza entre los deudores en función de cuál sea su conducta ante el incumplimiento. El estudio pormenorizado tanto de los criterios de imputación como del test de previsibilidad, y su distinta virtualidad en función del tipo de deudor ante el que nos encontremos, serán analizados en sus correspondientes apartados. Por tanto, insistimos, aquí nos limitaremos sólo a la estructura del precepto. En segundo lugar, se estudiarán las fuentes en las que se ha inspirado la redacción del artículo 9:503, así como la influencia que sobre los PECL ha tenido la forma en que tanto los Derechos nacionales como el nuevo Derecho de la contratación uniforme han adoptado la regla de la previsibilidad.

5.1 Su estructura

Corresponde ahora analizar la estructura de la regla de la previsibilidad contenida en los PECL, cuyo artículo 9:503, intitulado «*Previsibilidad*», la enuncia disponiendo que «*la parte que incumple sólo responde de las pérdidas*

*que haya previsto o que hubiera podido prever razonablemente en el momento de la conclusión del contrato como consecuencia lógica de su incumplimiento, salvo que el incumplimiento sea deliberado o gravemente negligente»*²⁶¹. El artículo se compone de dos partes, una, que formula la regla general y, otra, que establece su excepción. La regla general sería que «*la parte que incumple sólo responde de las pérdidas que haya previsto o que hubiera podido prever razonablemente en el momento de la conclusión del contrato como consecuencia lógica de su incumplimiento*». Tiene como destinatario a un tipo de deudor, al que no lo califica de ninguna forma, lo que exige su conceptualización por contraposición al destinatario de la excepción, es decir, al que incumple de forma deliberada o gravemente negligente, y al que denominaremos ordinario. El efecto que atribuye al incumplimiento del deudor ordinario incide sobre el *quantum respondatur*, es decir, los daños que tendrá que indemnizar se verán limitados por aplicación del test de previsibilidad.

La comprensión de esta regla general exige el estudio de las siguientes cuestiones: delimitar qué se debe entender por deudor ordinario; qué es lo que debió prever, es decir, el tipo o clase de daño, o, también, la cuantía del mismo; qué significa el término razonablemente; la ubicación en el momento de la perfección del contrato como determinación de los daños previsibles; y, por último, qué debe entenderse por consecuencia lógica del incumplimiento, si bien, como ya advertimos, la versión original en inglés emplea la expresión «*likely result*», por lo que la traducción que consideramos correcta es «resultado o consecuencia probable» del incumplimiento.

Debemos advertir que para la delimitación de los daños indemnizables del deudor ordinario se emplean dos criterios distintos y cumulativos. El deudor ordinario sólo responderá de los daños «*que haya previsto o que hubiera podido prever razonablemente en el momento de la conclusión del contrato*», primer criterio; siempre y cuando sean consecuencia o resultado probable del incumplimiento del contrato, segundo criterio. Criterios que, cronológicamente, exigirían dos juicios: primero, que los daños sean consecuencia probable del incumplimiento, y dentro de éstos, los que debió prever el deudor al cele-

²⁶¹ Vid. sobre el test de previsibilidad en los PECL: CHENGWEI, L., *Remedies for Non-performance: Perspective from CISG, UNIDROIT & PECL*, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei-74.htm>, pp 9 a 15; DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, pp. 377 y 378; MARI, A., «Commentary Arts. 9:501...», *op. cit.*, pp. 451 y 452; MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., «Mecanismos de protección...», *op. cit.*, p. 467; LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 650 a 654; NAVAS NAVARRO, S., «El resarcimiento de...», *op. cit.*, pp. 1235 a 1262; PALAZÓN GARRIDO, M.L., «El nuevo derecho...», *op. cit.*, p. 90; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., «La moderna regulación de la indemnización...», *op. cit.*, pp. 468 a 470; SOLER PRESAS, A., «La indemnización por resolución...», *op. cit.*, pp. 5 a 8.

brar el contrato. En la expresión «*likely result*» es donde encuentran cómodo asiento los criterios de imputación objetiva, por lo que el segundo juicio, al que nos hemos referido, introduce en el campo de la delimitación del *quantum respondatur* en los PECL la teoría de la imputación objetiva, y por tanto, sus diversos criterios. Una vez que resulte objetivamente imputable un daño, operará, en segundo grado o nivel, el test de previsibilidad, como manifestación típica del criterio de imputación objetiva del fin de protección de la norma, en este caso del contrato.

Siendo adecuado el tenor literal de la regla general enunciada en los PECL, tal vez hubiera resultado más clarificadora que se hubiera expuesto de la siguiente forma: la parte que incumple sólo responde de las pérdidas objetivamente imputables que haya previsto o que hubiera podido prever razonablemente en el momento de la conclusión del contrato²⁶². Con ello, nos ahorraríamos tener que encastrar en la expresión «*likely result*» los criterios de imputación objetiva.

Realizados tanto el juicio de imputación objetiva como el de la previsibilidad, y profundizando más en esta cuestión, es cuando entra en juego el principio de reparación integral del daño. El acreedor tendrá derecho a la reparación integral de todos los daños que siendo imputables objetivamente al incumplimiento debieron ser previstos.

Por lo que respecta a la excepción a la regla general, una vez enunciada la misma, continúa el artículo 9:503 estableciendo que no será aplicable cuando «*el incumplimiento sea deliberado o gravemente negligente*». Contempla como supuesto de hecho el incumplimiento en el que la conducta del deudor, a diferencia del que hemos denominado ordinario, sea deliberada o con negligencia grave, teniendo como consecuencia no beneficiarse del límite de los daños previstos. Se está excluyendo de la regla de la previsibilidad a este tipo de deudor en atención a su conducta, por lo que se produce una extensión de su responsabilidad.

El entendimiento de esta regla especial o excepción debe partir de la delimitación de qué debe entenderse por un incumplidor deliberado y gravemente negligente, máxime cuando en los Códigos latinos ya estudiados se le califica de doloso, para concluir si resultan sinónimas las expresiones de dichos

²⁶² Dicha redacción ha sido la acogida en la PMCC, cuyo art. 1208 dispone que «*el deudor responde de los daños y perjuicios que sean objetivamente imputables a su incumplimiento; pero si éste no hubiera sido doloso, sólo responderá de los daños que se hubiesen previsto o podido prever razonablemente como consecuencia probable de la falta de cumplimiento en el momento de la celebración del contrato*». Las modificaciones que esta nueva redacción propone, o mejor dicho, la aclaración de los problemas interpretativos que ha provocado en nuestro Derecho el art. 1107, las analizaremos en el epígrafe 5 de este capítulo.

Códigos con la de los PECL. Una vez definido el destinatario de la excepción, se tiene que abordar la cuestión de cuáles serán los daños que tiene que indemnizar. De este aspecto se ocupa exclusivamente, ya que, insistimos, se excluye la aplicación de la regla de la previsibilidad, la expresión «*likely result*», que, como anteriormente se ha indicado, atrae a este campo los criterios de imputación objetiva. Por ello, debe concluirse que los criterios de imputación objetiva son la medida de atribución de los daños a este tipo de deudor. De la misma manera que afirmamos que el deudor ordinario responde de todos los daños que siendo objetivamente imputables sean previstos o previsibles, aquí debe sostenerse que el deudor que incumpla deliberadamente el contrato, o actúe con negligencia grave, responderá de todos los daños que resulten objetivamente imputables, sin distinción entre los previstos e imprevistos, de lo que deriva que el principio de reparación integral cobre mayor virtualidad.

Tanto los supuestos de hecho como las consecuencias que sobre la persona del deudor se han indicado, serán objeto de un análisis detallado cuando abordemos el estudio del régimen jurídico del deudor ordinario y del que incumple de forma deliberada o con negligencia grave.

5.2 Las fuentes en las que se ha inspirado

Debemos concretar e identificar la influencia que sobre el artículo 9:503 han tenido la forma de interpretar la regla de la previsibilidad los Derechos nacionales, concretamente los Códigos latinos y el *Common Law*, como el nuevo Derecho de la contratación uniforme²⁶³.

Debe recordarse, siguiendo a TALLON²⁶⁴, que en el Derecho francés, y por influencia de éste en el italiano y en el español, la previsibilidad se ha entendido como un criterio de delimitación de los daños, en los supuestos de deudores de buena fe o no dolosos, delimitación que se excluye cuando el deudor es doloso. En cambio, en el Derecho inglés, y por influencia de éste en la ULIS, la CISG y los PICC, en los que se desconoce esta extensión de la responsabilidad, la previsibilidad es un criterio de causalidad, que debe entenderse como *causation in law*, o, como consideramos más correcto para evitar confusiones, de imputación objetiva entre el incumplimiento y los daños.

²⁶³ Vid. sobre esta cuestión MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., «Mecanismos de protección...», *op. cit.*, p. 467.

²⁶⁴ TALLON, D., «Les dommages-intérêts...», *op. cit.*, p. 303.

Del análisis que en los epígrafes anteriores hemos realizado sobre las distintas formas en que los sistemas normativos regulan la cuestión, debe concluirse que en la redacción del artículo. 9:503 han influido decisivamente los Códigos civiles latinos, si bien existen algunos aspectos que son claramente tributarios del *Common Law* y del Derecho uniforme de la contratación.

En relación a la influencia de los Códigos civiles, la más evidente es la extensión de la responsabilidad en los supuestos de deudores dolosos. Esta agravación de la responsabilidad había sido rechazada en el *Common Law*, y por influencia de éste en el Derecho uniforme, de lo que resulta que los PECL constituyen el primer texto uniforme que adoptan tal extensión de responsabilidad, al que después le han seguido el DCFR, pero no la CESL²⁶⁵.

La influencia del *Common Law* se observa en la incorporación de las expresiones «*reasonably*» y «*likely result*». Respecto a la primera, debemos recordar cómo en el caso *Hadley v. Baxendale*, entre los criterios que estableció el juez Alderson B. para que se instruyera al jurado en el nuevo procedimiento, se señalaba que «cuando dos partes han celebrado un contrato que una de ellas ha incumplido, los daños que deben indemnizarse a la otra parte por razón de un tal incumplimiento han de ser, bien aquellos que pueden ser considerados, equitativa y razonablemente, consecuencia natural –i. E., con arreglo al normal discurrir de las cosas– de un tal incumplimiento de contrato en abstracto, bien aquellos que puede razonablemente suponerse que han sido contemplados por ambas partes, en el momento en el que celebraron el contrato, como resultado probable del incumplimiento del mismo», con la excepción de que la evolución de la *contemplation rule* ha llevado a que hoy día la consideración de los daños esté circunscrita exclusivamente al deudor. Las afirmaciones de Alderson B. se encuentran plenamente vigentes en los PECL. Lo que resulte razonable o no, debe determinarse teniendo en cuenta lo que cualquier persona, en atención a su conocimiento de las circunstancias y de las exigencias del tipo de contrato ante el que nos encontremos, considere como tal. Lo anterior se reafirma en el propio texto de los PECL, cuyo artículo 1:302 denominado «*Definición de lo razonable*» establece que «*lo que se entienda por razonable se debe juzgar según lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, consideraría como tal. En especial, para determinar aquello que sea razonable, habrá de tenerse*

²⁶⁵ «Artículo 161: Previsibilidad de las pérdidas. El deudor será responsable únicamente de las pérdidas que previó, o cabía esperar que previera, en el momento en que se celebró el contrato como resultado de un incumplimiento». Sobre el art. 161 CESL, *vid.*, VAQUER ALOY, A., «La indemnización de daños contractuales en la Propuesta de Reglamento sobre un Derecho común europeo de la compraventa (CESL)», *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 1 (enero-marzo, 2015), pp. 14 a 16.

en cuenta la naturaleza y el objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a que el mismo se refiera». Además, en su Comentario, se establece expresamente que, en relación al artículo 9:503, el término razonable debe entenderse en relación a «lo que una parte puede esperar que la otra sepa o tenga en cuenta». En el artículo 7.4.4 de los PICC también se emplea el término «razonablemente»; por el contrario, en el 74 de la CISG, en su lugar, usa la expresión «*tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento*». Considero que, en definitiva, se están refiriendo a lo mismo; es más, si se compara el texto vienés con la explicación del Comentario de los PECL de qué debe entenderse por razonable, se observa que son similares.

En lo que respecta a la expresión «*likely result*», ya hemos afirmado anteriormente que es la empleada en el *Common Law*, donde se exige la previsibilidad de la pérdida como una consecuencia probable, no siendo suficiente una mera posibilidad. Por ello, el art. 9:503 de los PECL también acoge una rigurosa previsibilidad de los perjuicios como consecuencia probable del incumplimiento, al igual que los PICC. Debe recordarse que la redacción de los PECL ha sido prácticamente coetánea a los PICC, y que, incluso, algunos juristas han participado en la elaboración de ambos textos, por lo que, salvo en la extensión de la responsabilidad, son coincidentes.

Llegados a este punto, y después del análisis de las influencias que han ejercido en los PECL tanto los Códigos civiles latinos como el Derecho inglés, se nos plantea un interrogante relativo a la función o funciones que cabe atribuirle al artículo 9:503, como delimitación de los daños o como criterio de causalidad? Considero que la respuesta correcta no puede decantarse por uno u otro criterio. Es más, cabría plantearse si dichos criterios realmente cumplen funciones distintas, o, mejor dicho, si son criterios incompatibles. Replanteemos la cuestión principal que motiva este Capítulo con otro interrogante en el que nos cuestionamos qué es lo que se trata de determinar con el problema de la *causation in law*. Si lo que se pretende es ofrecer unos principios o reglas jurídicas consistentes que nos arrojen luz acerca de qué daños, o hasta qué daños se debe indemnizar, debemos tener presente dos juicios; uno, de imputación objetiva, y otro, de previsibilidad —que no deja de ser más que un segundo juicio de imputación objetiva, o como le hemos denominado de según nivel o grado—, que pueden ser cumulativos o no dependiendo de que se establezca un doble régimen de responsabilidad en atención a la conducta del deudor.

Pensemos en la aplicación de la regla en la CISG o en los PICC, o, incluso, en la parte primera del artículo 9:503. El daño para ser indemnizable tiene que superar el primer juicio, el de imputación objetiva, y el segundo, el de la

previsibilidad. Este segundo es una especie de filtro del primero, opera siempre sobre los daños objetivamente imputables, destinado a ofrecer qué daños son los que se tienen que indemnizar, esto es, delimitar los daños, fijar el hasta dónde, y que cumple dos funciones: primero fija todos los imputables, y después, limita con la previsibilidad hasta qué daño se indemniza. Nos encontraríamos ante una aplicación cumulativa de ambos juicios. Qué ocurriría si el deudor actúa con una conducta más reprochable: sólo se le realizaría un juicio, el de imputación objetiva, y no se beneficiaría del segundo nivel de imputación.

De lo anterior, podría derivarse que el título del artículo 9:503 PECL es incorrecto, o, mejor dicho, está incompleto. Sería más adecuado que se intitulara, en atención a lo anteriormente explicado, y con el objeto de ser más coherentes con los criterios que comprende: «La imputación objetiva y el test de previsibilidad». Incluso, llegando más lejos, si el test de previsibilidad es la manifestación típica del criterio de imputación objetiva del fin de protección del contrato, podríamos denominar al artículo: «La imputación objetiva». Tal vez, nuestras propuestas puedan resultar demasiado aventuradas, pero estimamos que debe quedar suficientemente aclarado que el artículo 9:503 cumple ambas funciones: imputar y delimitar dentro de los imputados.

6. LA PREVISIBILIDAD DEL DAÑO Y EL DEUDOR ORDINARIO: LA DELIMITACIÓN DEL *QUANTUM RESPONDATUR*

6.1 Introducción

Del recorrido hasta aquí realizado por los orígenes y adopción del criterio de la previsibilidad en los distintos sistemas normativos, tal vez se hayan podido deducir las soluciones de muchas de las cuestiones que ahora abordaremos en relación a los PECL. Precisamente, ese era el objetivo, bucear en los antecedentes de la regla para, posteriormente, hacer más comprensible el artículo 9:503, poniendo de manifiesto sus virtudes y sus posibles defectos.

En los epígrafes 6 y 7 vamos a desarrollar el sistema, o, mejor dicho, los sistemas, que emplean los PECL para la delimitación del daño indemnizable en función de la conducta del deudor. Esta función la cumple el artículo 9:503, que consta de dos reglas. La primera regla los incumplimientos que hemos denominado ordinarios, en los que en el deudor que incumple no concurre ni

intencionalidad ni negligencia grave. La segunda, por el contrario, se refiere a los supuestos en los que el deudor incumple de manera intencional o con negligencia grave. En definitiva, el artículo 9:503 establece dos sistemas de imputación de los daños, excluyendo la indemnización de algunos de ellos en función de la conducta del que incumple.

En el presente epígrafe vamos a analizar la regla general que contiene la parte primera del artículo 9:503, tomando como punto de partida el tenor literal de la versión en inglés: «*The non-performing party is liable only for loss which it foresaw or could reasonably have foreseen at the time of conclusion of the contract as a likely result of its non-performance*»²⁶⁶.

Una adecuada comprensión de la regla anterior plantea las siguientes cuestiones: 1) ¿Cuál es el fundamento de la delimitación del *quantum respondatur* por el test de previsibilidad? 2) ¿Quién es el destinatario de la regla? ¿A qué deudor se le aplicará el límite del test de previsibilidad? La ausencia de una referencia expresa de qué deudor se beneficiará del test de previsibilidad exige extraerla a *sensu* contrario del deudor incumplidor al que se excluye su aplicación, es decir, al que en el incumplimiento «*was intentional or grossly negligent*». También analizaremos si ese deudor se corresponde con el que el artículo 1107 CC denomina «*deudor de buena fe*», así como las posibles diferencias que pudieran existir con el régimen establecido en el DCFR. Recuérdese que su artículo III-3:703 describe al deudor al que se le aplica el test de previsibilidad por contraposición al que «*was intentional, reckless or grossly negligent*». De ello se colige, en principio, que los sujetos que no se benefician del criterio de la previsibilidad es más amplio en el DCFR que en los PECL. 3) ¿A qué se refiere la expresión «*loss which it foresaw or could reasonably have foreseen at the time of conclusion of the contract as a likely result of its non-performance*»? ¿Qué es lo que debió prever? ¿Cómo debe interpretarse el término «*reasonably*»? ¿Por qué se toma como punto de referencia de lo que se debió prever o era previsible el momento de la celebración del contrato? ¿Qué significa que lo previsto o previsible fuera «*a likely result of its non-performance*»? 4) ¿Qué efecto tiene el test de previsibilidad sobre el *quantum respondatur*? A todas ellas trataremos de responder de forma detallada.

²⁶⁶ Afirma MORALES MORENO, A.M., respecto del art. 1107 CC –que resulta plenamente predicable del art. 9:503 de los PECL– que «la distinción del art. 1107 entre deudor de buena fe y deudor doloso no tiene otra función que separar dos sistemas diferentes de imputación de los daños en la responsabilidad contractual. La función de este precepto no es establecer los presupuestos subjetivos (culpa o dolo) de la responsabilidad contractual», *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, nota al pie núm. 425, p. 157.

6.2 El fundamento de la delimitación del *quantum respondatur* por el test de previsibilidad

Abordamos aquí el estudio del fundamento de la regla de la previsibilidad, así como el papel que juega en dicha regla la autonomía de la voluntad de las partes y su efecto en la distribución y asunción de los riesgos por las mismas.

Debe recordarse, como POTHIER afirmó, que «es necesario, sin embargo, no someter al deudor a indemnizar al acreedor de todas las pérdidas indistintamente que le haya ocasionado el incumplimiento de la obligación, y menos todavía las ganancias que el acreedor hubiese podido hacer, si el deudor hubiese satisfecho su obligación. En este punto es necesario distinguir diferentes casos y diferentes especies de daños y perjuicios; y aun es necesario, según los diferentes casos que pueden presentarse, poner una cierta moderación en la fijación y estima de aquellos que son debidos. Cuando no se puede reprochar al deudor dolo alguno, y que no es más que por su simple falta el que haya dejado de cumplir su obligación, ya sea porque temerariamente se comprometió a lo que no podía cumplir, ya sea porque él se ha puesto después, por su falta, fuera de estado de cumplir su compromiso; en ese caso el deudor no está obligado más que a los daños y perjuicios que se han podido prever cuando el contrato, que el acreedor podría sufrir de la inejecución de la obligación; pues el deudor se halla reputado como no habiéndose sometido a otros»²⁶⁷. De las anteriores afirmaciones se extrae que el test de previsibilidad es una excepción al principio de reparación integral del daño, sobre la base de que al deudor no doloso no se le pueden exigir aquellos daños que al momento de celebrar el contrato fueran imprevisibles²⁶⁸.

El fundamento de la limitación del test de previsibilidad a los daños previstos o que se hayan podido prever exige centrar la atención en el contrato, y concretamente en los riesgos distribuidos y asumidos mediante la autonomía de la voluntad de las partes al celebrarlo²⁶⁹. Debe partirse de que el criterio de la previsibilidad del artículo 9:503, siguiendo a PANTALEÓN PRIETO, «no es sino la manifestación típica, en el campo de la responsabilidad contractual, del

²⁶⁷ POTHIER, R.J., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 92.

²⁶⁸ DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 378.

²⁶⁹ Como afirma BIANCA, C.M., «rispetto a questi criteri la prevedibilità del danno offrì il vantaggio di un fundamento razionale rappresentato dal riferimento alla tacita volontà contrattuale. Si ritenne, più precisamente, che l'estensione del danno nei limiti della prevedibilità corresponda all'ambito dei rischi dell'inadempimento che tacitamente il debitore assume a suo carico attraverso l'impegno OBBLIGATORIO», *Dell'inadempimento delle obbligazioni: art. 1218-1229*, 2.^a edición, Nicola Zanichelli, Bologna, 1979, p. 372.

criterio de imputación objetiva del “fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad”, de una vez se acepta que dicha norma fundamentadora es *el contrato mismo, ley entre las partes*²⁷⁰. El contrato sirve de instrumento a las partes, que, mediante la autonomía de su voluntad, realizan la distribución de los riesgos²⁷¹, siendo los asumidos por las partes los que fundamentan la limitación de los daños a los previsibles²⁷². En este sentido, afirma SOLER PRESAS que «son las partes quienes, al distribuir implícita o expresamente los riesgos inherentes a la relación económica que mediante la celebración del contrato en cuestión emprenden o continúan, determinan los daños que han de ser soportados por cada una de ellas»²⁷³, lo que, con acierto, le lleva a concluir, que «la previsibilidad no es más que la traducción jurídica de lo que el legislador entiende por una razonable distribución de los riesgos contractuales que, y salvo que otra cosa se pacte, imputa al deudor no sólo los daños por él previstos, sino todos aquellos que una persona sensata y en su posición pudiera haber considerado»²⁷⁴. En nuestra mejor doctrina, PANTALEÓN PRIETO justifica la limitación de los daños a los previstos o previsibles atendiendo al cálculo de los costes y beneficios que las partes tienen en consideración al momento de contratar, siendo uno de los costes los riesgos asumidos que tendrían que ser indemnizados en un supuesto hipotético de incumplimiento²⁷⁵.

²⁷⁰ PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, p. 1026.

²⁷¹ En este sentido, entre otros: Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 378; LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F.A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRIA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil II Derecho de Obligaciones*, 2.^a edición. Revisada y puesta al día por Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 2000, p. 210; OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Comentario a la Sentencia de 7 de Julio de 2008...», *op. cit.*, p. 628; PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 1020 y 1027 y SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, *op. cit.*, pp. 44-45.

²⁷² Respecto a la previsibilidad, afirma CARRASCO PERERA, A., «que comporta *asunción del riesgo* por parte del deudor, es decir, de un juicio hipotético sobre la magnitud del riesgo de daños del acreedor que el deudor estaba dispuesto a asumir a la fecha del contrato», *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Navarra, 2010, p. 1242.

²⁷³ SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, *op. cit.*, p. 44.

²⁷⁴ SOLER PRESAS, A., *La Valoración del...*, *op. cit.*, p. 45.

²⁷⁵ Lo anterior lo explica PANTALEÓN PRIETO, F., señalando que «no tendría buen sentido que el contratante que resulta incumplidor debiera responder de aquellos resultados dañosos que, ni contempló como posibles en el momento de celebrar el contrato, ni una persona razonable, al tiempo de contratar, y contando, en su caso, con los especiales conocimientos de aquél, habría previsto que podrían producirse a consecuencia de tal incumplimiento. No tendría buen sentido, habida cuenta de que: Por una parte, el contratante incumplidor no pudo tener el riesgo de producción de dichos resultados dañosos en cuenta al tiempo de realizar el cálculo de costes-beneficios que le llevó a contratar. Y si lo hubiera contemplado, no habría, por ejemplo, ofrecido vender al precio en que lo hizo, sino que habría exigido un precio superior, en la medida del coste para él de administrar dicho riesgo, previniendo, asegurándolo o soportándolo (autoasegurándolo). Y de haber estimado el comprador que el incremento del precio exigido por el vendedor excedía del coste para él de administrar, previniéndolo, asegurándolo o soportándolo, el riesgo de da-

Todos aquellos daños que resulten ser una concreción de los riesgos no asumidos por el deudor quedarán fuera del paraguas de la previsibilidad, no siendo por tanto indemnizables, siempre en el entendimiento de que nos estamos refiriendo a un deudor ordinario, y ello porque, como señala MORALES MORENO, la previsibilidad tiene como función «determinar el bien jurídico protegido»²⁷⁶ por el contrato.

De todo lo anterior, debe concluirse que daño previsible equivale a riesgo asumido. Como afirma CARRASCO PERERA «el alcance de los daños previsibles se determina en función de la causa típica de cada contrato y de los riesgos que se gestionen a través del mismo»²⁷⁷.

6.3 El deudor ordinario

6.3.1 CONCEPTO: DELIMITACIÓN SUBJETIVA DE LA REGLA DE LA PREVISIBILIDAD EN LOS PECL Y EL DCFR

Hasta aquí hemos venido denominando con la expresión «deudor ordinario» al que, una vez incumplido el contrato, ve limitada la indemnización a aquellos daños previstos o previsibles. Corresponde ahora delimitar a qué tipo de deudor incumplidor nos estamos refiriendo, o, lo que es lo mismo, determinar el ámbito subjetivo de la regla de la previsibilidad.

Si partimos del tenor literal de la regla general del artículo 9:503, la misma se refiere a «*la parte que incumple*», sin adjetivar a dicho incumplidor, lo que es decir poco, por lo que resulta necesario, para solucionar la cuestión, acudir al deudor incumplidor destinatario de la excepción contenida en la parte final del precepto, para establecer a *sensu contrario* qué incumplidor se integra en la expresión deudor ordinario.

ños de que se trata, la compraventa se habría celebrado al mismo precio en que se realizó, pero exonerándolo expresamente al vendedor de responsabilidad por los resultados dañosos en cuestión. Y por otro lado, la parte contratante que sufre el incumplimiento tampoco pudo razonablemente contar, al tiempo de realizar el cálculo de costes-beneficios fundamento de su decisión de contratar, con que la otra parte estaba asumiendo el riesgo de acaecimiento de aquéllos resultados dañosos. Y si, por seguir con nuestro ejemplo, el comprador quería que así hubiera sido, siempre pudo proporcionar al vendedor, al tiempo de contratar, la oportuna información, y aceptar el mayor precio que, por asumir el riesgo de daños puesto así de manifiesto, el vendedor le hubiese exigido. Aceptarlo, claro está, una vez constatado por el comprador, en atención al incremento de precio exigido por el vendedor, que éste podía administrar a menor coste, previniéndolo, asegurándolo o soportándolo, el riesgo de acaecimiento de los resultados dañosos en cuestión», «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 1027 y 1028.

²⁷⁶ MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 157.

²⁷⁷ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos*, *op. cit.*, p. 1243.

Recuérdese que de la regla de la previsibilidad no se beneficia al que incumple el contrato de forma intencional o deliberada o gravemente negligente, por lo que, en principio, el deudor ordinario sería el que, al incumplir, no ha adoptado una conducta intencional o gravemente negligente.

En nuestra doctrina, los autores que han estudiado la recepción del test de previsibilidad en los PECL, han interpretado la expresión «*intencional o gravemente negligente*» de modos diferentes.

Por una parte, MARSAL GUILLAMET Y LAUROBA LACASA afirman que «el límite se excepciona en caso de incumplimiento doloso o culposo»²⁷⁸. Consideramos que tal afirmación no es acertada, por tres motivos fundamentales: el primero, el tenor literal alude a una negligencia grave, no a simple culpa; el segundo, aunque nos encontramos ante un sistema de responsabilidad objetiva, posiblemente la mayoría de los incumplimientos resultarán de culpa o negligencia del deudor, por lo que se estaría contemplando como una regla excepcional, lo que en realidad resultaría aplicable en la mayoría de los supuestos de incumplimiento. El tercer y último motivo es que resultaría contradictorio con el espíritu de la regla de la previsibilidad de POTHIER extender el alcance de la indemnización al deudor que actuó con mera negligencia.

En cambio, otros autores como NAVAS NAVARRO, afirman que se responde de los daños imprevisibles siempre que medie dolo o culpa grave²⁷⁹. En el mismo sentido, PALAZÓN GARCÍA indica que el test de previsibilidad se excluye cuando los daños hayan sido causados por incumplimiento doloso o gravemente culposo²⁸⁰. Consideramos que tales afirmaciones son acertadas desde un punto de vista literal, pero también se les podría objetar que son contrarias a los antecedentes de la regla de la previsibilidad, tanto en el Derecho Común como en los Códigos civiles decimonónicos que la adoptaron. En principio, podría afirmarse que la exclusión de los deudores gravemente culposos del test de previsibilidad es una novedad introducida por los PECL, si bien, en las notas de Derecho comparado que acompañan al artículo 9:503, se indica que «en el ordenamiento FRANCÉS, la negligencia grave se considera como “*dol*”»²⁸¹. La exclusión del test de previsibilidad en los supuestos de incumplimiento con culpa grave ha sido criticada por SOLER PRESAS, con la que coincidimos cuando afirma, tanto en relación al artículo 9.503 como al III-3:703 del DCFR, que «el mayor error de los citados artículos es que excluyan la aplicación del crite-

²⁷⁸ MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., «Mecanismos de protección...», *op. cit.*, p. 467.

²⁷⁹ NAVAS NAVARRO, S., «El resarcimiento de...», *op. cit.*, p. 1236.

²⁸⁰ PALAZÓN GARRIDO, M.L., «El nuevo derecho...», *op. cit.*, p. 90. *Vid.*, también SOLER PRESAS, A., «La indemnización por...», *op. cit.*, p. 7.

²⁸¹ LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 654.

rio de delimitación de la previsibilidad-asunción del riesgo en caso de culpa grave, destruyendo así el reparto de riesgos pactado por las partes»²⁸².

Según otro criterio, podría deducirse del análisis que realizan DÍEZ-PICAZO *et alii* del artículo 9:503 que la exclusión del test de previsibilidad debe considerarse aplicable exclusivamente al deudor doloso²⁸³. Estimamos, no siendo ajenos al tenor literal del precepto, que lo correcto hubiera sido que los PECL hubieran limitado la exclusión del test de previsibilidad al deudor que de forma intencionada o voluntaria incumple el contrato. Tal vez pueda argumentarse a favor de la inclusión del incumplidor «gravemente negligente» que los PECL se han apoyado en la expresión, ya superada en la mayoría de los Ordenamientos jurídicos, de «*culpa lata dolo aequiparatur*». Si es así, no hubiera estado de más que en su Comentario se hubiera explicado tal inclusión.

Consideramos que en la recepción del test de previsibilidad por parte del artículo 9:503 PECL, la cuestión que mayores dificultades plantea es precisamente la anterior, la delimitación de su ámbito subjetivo. Cuestión a la que no podemos encontrar solución en los textos uniformes precedentes, al no establecerse en ellos un distinto alcance de los daños indemnizables en función de la conducta del deudor.

Hemos de analizar que la cuestión que señalamos, lejos de solucionarse en el DCFR, parece complicarse aún más. En su artículo III-3:703, intitulado «*Foreseeability*», se establece que «*the debtor in an obligation which arises from a contract or other juridical act is liable only for loss which the debtor foresaw or could reasonably be expected to have foreseen at the time when the obligation was incurred as a likely result of the non-performance, unless the non-performance was intentional, reckless or grossly negligent*». Dicho precepto hace responsable al deudor tanto de las obligaciones derivadas del contrato como de cualquier otro acto jurídico, de los daños que previó, o podría

²⁸² SOLER PRESAS, A., «La indemnización por...», *op. cit.*, p. 7.

²⁸³ La anterior afirmación se colige de que DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., señalan que «el CC francés, y con él nuestro CC, no fijan el límite de la previsibilidad para la indemnización de los daños causados por el deudor doloso. Recordemos el párrafo 2.º del art. 1.107 del CC: “En caso de dolo responderá el deudor de todos los [daños] que conocidamente se deriven de su falta de cumplimiento de la obligación”. Lo cual, en el fondo, no es más que acoger el principio de indemnización integral con todo su rigor. Esta regla, de escasa aplicación práctica en nuestro ordenamiento, había sido superada por la CISG (art. 74) y por los Principios UNIDROIT (art. 7.4.4.). En el Comentario de éstos se resalta que los mismos no han seguido el criterio de algunos ordenamientos, de obligar al deudor a indemnizar daños no previsibles. Pero los PECL han sido en este punto respetuosos con la tradición francesa, de discutible utilidad, ya que el *Common Law* no tiene establecida esta excepción», *op. cit.*, p. 378. La misma deducción podría predicarse de SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., al señalar que «la distinción entre el incumplimiento del deudor doloso y no doloso contenida en nuestro Código Civil, en el art. 1107 I y II constituye el criterio seguido por el art. 1208 PMCC. En este sentido, la PMCC se suma a las propuestas europeas contenidas en el art. 9:503 PECL», «La moderna regulación de la indemnización...», *op. cit.*, p. 468.

razonablemente haber previsto en el momento en que contrajo la obligación como resultado o consecuencia probable del incumplimiento, salvo que el incumplimiento fuera intencionado, imprudente o gravemente negligente.

La regla de la previsibilidad del DCFR se encuentra claramente influenciada por los PECL, no obstante observarse dos diferencias que deben ser destacadas. La primera, relativa al ámbito de las relaciones jurídicas a las que le resulta aplicable, que, no obstante desviarse de lo que es objeto de estudio en este epígrafe, vamos a analizar; y la segunda, en referencia al ámbito subjetivo de la regla de la previsibilidad.

El artículo citado regula conjuntamente el alcance de los daños tanto para los derivados del incumplimiento del contrato como de otro acto jurídico – *other juridical act*–. La referencia a otros actos jurídicos ha suscitado interpretaciones diferentes en nuestra doctrina. Por su parte, SOLER PRESAS, que se inclina por identificarla con la responsabilidad que surge del ilícito civil, señala que «la regulación conjunta de la pretensión indemnizatoria tanto por los daños extracontractuales como contractuales implica un serio riesgo de difuminar los perfiles propios de esta última, básicamente por desconocer el papel esencial que en la delimitación de la indemnización por daños contractuales juega el criterio de la *contemplation of the parties rule*... sólo resta confiar en una pronta rectificación del artículo 3:703 DCFR que distinga los daños típicamente contractuales (pérdida del beneficio que el cumplimiento del contrato habría de reportar al acreedor) de los que, pudiéndose derivar de un incumplimiento contractual, encajan mejor en la lógica extracontractual (*Mangelfolgeschäden*); para delimitar específicamente el resarcimiento de los primeros atendiendo a la distribución de los riesgos pactada (previsibilidad-asunción del riesgo), a menos que el incumplimiento sea oportunista, en cuyo caso, igual que en el de los daños que excedan de la órbita propiamente contractual, la delimitación del resarcimiento debe operarse conforme a los criterios generales de imputación de daños»²⁸⁴. En cambio, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, al plantearse qué significado tiene la regulación conjunta de las obligaciones contractuales con la de otros actos jurídicos, afirma que el artículo 3:703 DCFR «clarifica que las obligaciones ya sean de naturaleza contractual o aquellas otras que deriven de otro acto jurídico –como por ejemplo, sucede en España, tras la LOE, el acto de entrega de la recepción de la obra marca la fecha legal del inicio del cómputo del plazo de garantía–, no indica que puedan de manera confusa dar a pensar que también estarían incluidas las obligacio-

²⁸⁴ SOLER PRESAS, A., «La indemnización por...», *op. cit.*, nota al pie núm. 5, p. 6 y 8.

nes de naturaleza extracontractual como algún autor sostiene en nuestra doctrina»²⁸⁵.

Estimamos que la referencia a otros actos jurídicos no incluye los supuestos de responsabilidad extracontractual, por lo que coincidimos con la última autora citada. Para ello nos apoyamos en los siguientes argumentos:

– El artículo II-1:101 define «acto jurídico», como cualquier declaración o acuerdo, sea explícito o quede implícito en la conducta, que tenga por objeto producir efectos jurídicos, pudiendo ser unilateral, bilateral o multilateral. En su Comentario se contempla un concepto amplio de acto jurídico, abarcando la oferta, la aceptación, la oferta pública o la promesa unilateral que pretendan tener un carácter vinculante sin necesidad de que medie una aceptación; los otorgamientos unilaterales de poder para actuar como representante, las autorizaciones o permisos unilaterales, los actos unilaterales de ratificación, aceptación o aprobación, las decisiones unilaterales de rescisión, revocación, anulación o resolución y los actos unilaterales de concesión, cesión o renuncia a un derecho. La diferencia entre la «promesa» unilateral, que pretende ser vinculante sin necesidad de aceptación, y el «compromiso» unilateral, que pretende ser vinculante sin necesidad de aceptación, es irrelevante. Ambos crean una obligación que, con frecuencia, es condicionada, por lo que la diferencia es puramente terminológica. En determinados contextos, el término «prometer» suena más natural, por ejemplo, cuando una persona promete pagar una recompensa, mientras que en otros, la palabra «compromiso» (en el sentido de asumir una obligación) será más adecuada, como cuando se asume una garantía. Las promesas y los compromisos unilaterales pueden integrarse en un contrato si así lo acepta la persona a la que están dirigidas. Numerosos aspectos de los actos jurídicos deben estar regulados por ley²⁸⁶.

²⁸⁵ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., «La moderna regulación de la indemnización...», *op. cit.*, p. 469.

²⁸⁶ Sobre el empleo de la expresión «acto jurídico» en el Derecho comparado, se indica en el Comentario del art. II-1:101 que: «el término “acto jurídico” no se emplea en todos los sistemas jurídicos. Por ejemplo, los Principios de derecho contractual europeo se refieren a “declaraciones y demás conductas que suponen una intención”. (Ver el Artículo 1:107 de los Principios de derecho contractual europeo de aplicación a este tipo de declaraciones y a las conductas “con las modificaciones oportunas”). En este contexto, la referencia a “intención” alude a la intención de producir un efecto jurídico determinado, pero consideramos importante dejarlo claro. El apartado (2) del Artículo 14 del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma, 1980), que en su versión española habla simplemente de “actos jurídicos”, en su versión inglesa se refiere a “a contract or other act intended to have legal effect”, es decir, literalmente, “un contrato o cualquier otro acto que pretenda producir efectos jurídicos”, lo cual se corresponde esencialmente con la definición empleada en el documento que nos ocupa. El empleo del adjetivo “jurídico” resulta útil para diferenciar este tipo de actos de otros de una naturaleza meramente física o no significativa desde el punto de vista jurídico. En cambio, resulta desaconsejable utilizar el adjetivo “legal” puesto que presenta el inconveniente de que puede sugerir una oposición con “ilegal”».

– El Comentario del artículo 3:703 DCFR, en referencia a su ámbito de aplicación, señala que «this Article applies only to obligations voluntarily incurred by de contract or other juridical act. In such cases the debtor at the time of incurring the obligation has an opportunity to restrict liability in relation to foreseeable losses but not it relation to unforeseeable losses. This consideration does not apply to obligations which arise by operation of law... Where the Article does not apply, the normal rules on causation will determine the extent of the debtor's liability»²⁸⁷. En el Comentario expresamente se hace referencia a obligaciones asumidas voluntariamente, por lo que difícilmente pueden encajar en ellas las derivadas de un ilícito civil. Además, excluye expresamente la aplicación del artículo a las obligaciones que nazcan por ministerio de la ley. Por último, abre la posibilidad de que a los supuestos en los que no se aplica el precepto, se determine el alcance de la responsabilidad mediante *the normal rules on causation*, lo que se refiere a los criterios de imputación objetiva.

Todo lo anterior nos lleva a concluir que a los supuestos de responsabilidad extracontractual no les resulta aplicable el test de previsibilidad, siendo determinado el alcance de su responsabilidad mediante los ya estudiados criterios de imputación objetiva.

– Por lo que respecta al ámbito subjetivo del test de previsibilidad, la diferencia se encuentra en que, mientras los PECL excluyen la aplicación del límite de los daños previstos en los supuestos de incumplimientos «intentional or grossly negligent», en cambio el DCFR, al excluirlo cuando el deudor incumplidor «*was intentional, reckless or grossly negligent*», lo está ampliando también para los supuestos de incumplimientos imprudentes²⁸⁸. En el DCFR, al igual que en los PECL, los deudores beneficiados con el test de previsibilidad se tienen que deducir, a *sensu contrario*, de aquellos a los que no se les aplica dicha limitación; por lo que la regla de la previsibilidad en el DCFR se enunciaría de la siguiente forma: el deudor que incumple sin la concurrencia de intencionalidad, imprudencia o negligencia grave responderá únicamente de los daños que previó, o cabe razonablemente esperar que hubiera previsto, en el momento en que contrajo la obligación como consecuencia probable de su incumplimiento. Si la redacción del DCFR no se modifica en el futuro, la situación en la que se colocaría al deudor sería más estricta que en los PECL, y mucho más que en los Códigos civiles que han adoptado la regla de la previ-

²⁸⁷ STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, edited by Christian Von Bar y Eric Clive, Volume I, Oxford, University Press, 2010, p. 929.

²⁸⁸ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., «La moderna regulación de la indemnización...», *op. cit.*, p. 468.

sibilidad; recuérdese que en éstos sólo se excluye en los supuestos de dolo, quedando circunscrita a los supuestos de incumplimiento por riesgo y a los simplemente negligentes.

Si la extensión que realizan los PECL a los incumplimientos gravemente negligentes resulta difícilmente justificable, la realizada por el DCFR –también a los imprudentes– me parece desproporcionada por excesiva y carente de cualquier clase de lógica y coherencia con el espíritu y los antecedentes de la regla. En el Comentario al artículo III-:307, una vez que excluye la aplicación del test de previsibilidad en los tres supuestos indicados, se justifica tal exclusión al considerar que en tales supuestos parece más razonable atribuir el riesgo de las pérdidas imprevisibles al deudor²⁸⁹. Después de justificar su propuesta, define por «imprudencia», la actuación libre del deudor, consciente del riesgo que supone actuar de cierta manera sin importarle que aquél se materialice o no²⁹⁰; y por «negligencia grave», cuando no actúa con la atención que evidentemente se requiere en determinadas circunstancias. Por nuestra parte, entendemos que no se observa claramente la diferencia entre los dos supuestos de negligencia referidos; y, tal vez, para ayudar a tal deslinde, en la definición que se realiza de la negligencia grave, debería haberse incluido que el deudor no actúe con un estándar mínimo de diligencia²⁹¹.

6.3.2 ANTECEDENTES NORMATIVOS

a) *Introducción: la necesidad de indagar en los precedentes normativos*

La elaboración de los PECL y posteriormente del DCFR constituyen un momento histórico en el proceso no sólo de unificación del Derecho de los contratos a nivel europeo, sino también de su modernización, por lo que sin desear justificarnos en los anclajes tradicionales sobre cómo se formuló la regla de la previsibilidad, sí consideramos necesario acudir a los motivos que

²⁸⁹ «it seems more reasonable to place the risk of a non-foreseeable loss on the debtor rather than on the innocent creditor», STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and...*, op. cit., p. 929.

²⁹⁰ «if the person knows of an obvious and serious risk of proceeding in a certain way but nonetheless voluntarily proceeds to act without caring whether or not the risk materialises», STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and...*, op. cit., p. 929.

²⁹¹ «if a person is guilty of a profound failure to take such care as is self-evidently required in the circumstances», STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and...*, op. cit., p. 929.

propiciaron la elaboración de dicha regla, a su espíritu, para aclarar si el afán modernizador, con la exclusión de la aplicación del test de previsibilidad al deudor incumplidor imprudente o gravemente negligente, encuentra alguna justificación en la actualidad, o si, por el contrario, se aparta de los razonamientos que llevaron a su elaboración, lo que exigiría una interpretación de la redacción otorgada a la previsibilidad por los artículos 9:503 PECL y III-3:703 a la luz de los postulados de POTHIER y de los Códigos civiles que la adoptaron, acudiendo principalmente a la forma en que nuestra doctrina y jurisprudencia han interpretado, en palabras de CRISTÓBAL MONTES, «el enigmático art. 1107 CC»²⁹².

Si tomamos como punto de partida la regla de la previsibilidad formulada por POTHIER, recordamos que dicho autor excluía su aplicación en los supuestos en los que el deudor incumplía el contrato de forma dolosa, afirmando que sólo se podría favorecer de la limitación de la indemnización a los daños previstos o previsibles, el que incumplía el contrato «*por una simple falta que haya dejado de cumplir su obligación, ya sea porque temerariamente se comprometió a lo que no podía cumplir, ya sea porque él se ha puesto después, por su falta, fuera de estado de cumplir su compromiso*»²⁹³. Cuando se cuestiona el alcance de la responsabilidad en los casos de incumplimiento doloso, se centra exclusivamente en un supuesto típico de una obligación de dar, concretamente, en el ejemplo de la venta de una vaca con una enfermedad contagiosa. Construye la extensión de la responsabilidad sobre la base de los vicios de la cosa vendida, sin realizar ninguna referencia a otras formas de incumplimiento que también merecen la calificación de dolosas²⁹⁴.

Sin negar el mérito de POTHIER, consideramos necesario extender el campo de los tipos de incumplimientos a los que sería o no aplicable el criterio de la previsibilidad. Para él sólo es aplicable en los supuestos de «una simple falta», lo que ciertamente es decir poco, aunque con posterioridad, al decir que la misma derive de que «temerariamente se comprometió a lo que no podía cumplir», podría parecer que evoca los supuestos de imprudencia o incluso

²⁹² Expresión con la que titula su artículo, ya citado, «El enigmático artículo 1.107 del Código Civil Español».

²⁹³ POTHIER, R.J., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 92. De tales afirmaciones afirma MORALES MORENO, A.M., que «se construye desde la voluntad (expresa o implícita) de los contratantes o, al menos, del contratante deudor. Nada tiene que ver con una norma dispositiva que pudiera imponer al deudor indemnizar los daños previstos o previsibles para él en el momento de contratar», *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 114.

²⁹⁴ La circunscripción que realiza POTHIER de los incumplimientos dolosos a aquellos en los que existen vicios en las cosas entregadas que hayan sido disimuladas por el vendedor, ha sido criticada por MORALES MORENO, A.M., afirmando que «no es hoy el único posible», *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 175.

negligencia, por razón de la temeridad. Para excluirlo hace referencia a los incumplimientos dolosos, pero sin concretar qué incumplimientos merecen tal calificación, o mejor dicho, haciendo referencia a la entrega de lo vendido a sabiendas de sus defectos. De lo anterior cabría preguntarse dónde encajarían los supuestos de negligencia grave, de incumplimiento voluntario y consciente, o de incumplimiento con *animus nocendi*.

b) *La equiparación entre culpa lata y dolo en el Derecho francés e italiano: su influencia en los PECL*

En el Código civil francés, como ya analizamos, son los artículos 1150 y 1151 los que establecen el diferente tratamiento del deudor, diferenciando el alcance de la responsabilidad en función de que pueda ser calificado como doloso o no. En principio, se beneficiaría del criterio de la previsibilidad todo deudor que no sea doloso. No obstante, se ha consolidado en la interpretación del artículo 1150, la equiparación entre el dolo y la culpa lata (*culpa lata dolo aequiparatur*)²⁹⁵, y aquí es donde consideramos que se han apoyado los PECL (artículo 9:503) para excluir la previsibilidad en los supuestos de negligencia grave²⁹⁶.

Por lo que respecta al Código civil italiano, son los artículos 1123 y 1125 los que regulan la extensión de la responsabilidad. De modo especular al *Code*, el artículo 1125 contempla al deudor ordinario por contraposición al doloso. En la doctrina italiana, en un principio, se sostuvo la equiparación entre el dolo y la culpa grave; así, DE CUPIS señaló que «debe tenerse en cuenta una diferencia entre culpa grave y culpa leve, a efectos del daño a resarcir, se puede deducir del principio *culpa lata dolo aequiparatur*. Para ello se argumenta: frente a la regla normal contenida en el artículo 1.223 aplicando al resarcimiento del daño la limitación fundada en el nexo de causalidad inmediata y directa, la limitación subsiguiente introducida por el artículo 1.225, fundada en el criterio de la previsibilidad, constituye una derogación, susceptible de una aplicación más amplia en tanto lo permitan los principios del ordenamiento jurídico; la derogación, por la que el daño determinado por el art. 1.223 se restringe dentro de los límites de la previsibilidad, se aplica al daño causado por culpa leve

²⁹⁵ En relación a dicha equiparación *vid.* CHARTIER, Y., *La réparation du préjudice*, Dalloz, París, 1983, pp. 103 y ss.

²⁹⁶ Parece delatarse el propio Comentario al art. 9:503 al indicar que «en el ordenamiento FRANCÉS, la negligencia grave se considera como “dol”», LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 654.

(ordinaria); pero en lo que se refiere a la culpa grave, está sometida a la equiparación tradicional al dolo y, por tanto, el daño ocasional debe ser resarcido aunque sea imprevisible»²⁹⁷. Es la tesis opuesta la que se ha consagrado en la jurisprudencia²⁹⁸ y la que goza de mayores adeptos en la doctrina italiana. Así BIANCA, tras afirmar que «la fattispecie dolosa si prospetta quindi nel concorso 1) della volontarietà dell'inadempimento, intesa più propriamente come libera determinazione del soggetto al comportamento lesivo del credito; 2) della consapevolezza di violare il rapporto obbligatorio; 3) della consapevolezza di arrecare un danno iningiusto»²⁹⁹, concluye que es el último elemento, es decir, la consciencia de estar causando un daño, el que justifica que «la proposizione che respinge l'equiparazione di colpa grave e dolo ai fini dell'applicazione della norma»³⁰⁰.

c) *El deudor de «buena fe» del artículo 1107 CC*

En nuestro Derecho, ya hemos explicado que la inclusión de la expresión «deudor de buena fe», en relación al deudor que se beneficia de la limitación del alcance de la indemnización en función de que los daños sean previstos o previsibles, se produjo por influencia del Anteproyecto de LAURENT, que la formuló no con la intención de modificar el sentido del artículo 1150 del *Code*, sino con el propósito de contemplar de manera positiva la ausencia del dolo.

Nuestra doctrina ha realizado un considerable esfuerzo –que posiblemente se hubiera ahorrado si nuestro CC hubiera empleado, de forma similar a la franco-italiana, la expresión negativa del no dolo–, en orden a la clarificación del significado de la expresión «deudor de buena fe».

Las distintas posiciones relativas a qué debe entenderse por deudor de buena fe son las siguientes:

a) Un sector sostiene, sobre la base de que los factores de atribución subjetivos de la responsabilidad son la culpa y el dolo, que si el párrafo segundo del artículo 1107 se refiere al deudor doloso, el primero lo hace al que in-

²⁹⁷ DE CUPIS, A., *El Daño. Teoría...*, op. cit., nota al pie núm. 142, pp. 307 y 308, también en «Sulla determinazione del risarcimento nell'ipotesi di colpa grave del debitore», *Foro italiano*, I, 1957, pp. 389 y ss.

²⁹⁸ Sentencia del Tribunal de Casación italiano de 10 de diciembre de 1956.

²⁹⁹ BIANCA, C.M., *Dell'inadempimento...*, op. cit., p. 375.

³⁰⁰ BIANCA, C.M., *Dell'inadempimento...*, op. cit., p. 377. Con anterioridad, ya había rechazado la expresión *culpa lata dolo aequiparatur* CIAN, G, en atención a los diferentes elementos que concurren en su configuración, «Lata culpa dolo aequiparatur», *Rivista di Diritto Civile*, 1963, pp. 155 y ss.

cumple con culpa. Por tanto identifica deudor de buena fe exclusivamente con el deudor culposo³⁰¹.

b) Frente a la anterior configuración se ha posicionado DÍEZ-PICAZO, sosteniendo que «el art. 1107 introduce una solución que no se concilia bien con un sistema de responsabilidad del deudor, del que se dice que está fundado exclusivamente sobre la culpa. Puede pensarse, y efectivamente así lo ha pensado una parte de la doctrina, que lo que el art. 1107 llama “deudor de buena fe” es simplemente un deudor que no actúa movido por el dolo. Por ello, si el sistema de responsabilidad se funda en la culpa, no existe otra solución que equiparar al deudor de buena fe con un deudor que no es doloso, pero que es culpable por negligencia. Una conclusión semejante resulta paradójica y un tanto extraña, porque no se comprende bien que un deudor que por hipótesis tiene que ser culpable, pueda ser calificado como un deudor de buena fe, ya que éste tiene que ser, en virtud del contenido ético que impregna la idea de buena fe, alguien que ha ajustado su conducta a los cánones o a los criterios éticos; por tanto, alguien que se ha comportado de un modo correcto, honesto y diligente. Se puede decir que la buena fe del art. 1107 no es un criterio para liberar de responsabilidad al deudor, sino únicamente para limitar el alcance de la responsabilidad o el deber de resarcimiento de los daños»³⁰². DÍEZ-PICAZO llega a la conclusión que el deudor de buena fe es aquel que responde de los daños derivados de los riesgos que asumió al contratar, lo que fundamenta afirmando que «el daño a cuyo resarcimiento queda sometido el deudor de buena fe, es aquel que ha podido ser previsto “al tiempo de constituirse la obligación”. Hay, pues, un punto de referencia de la previsibilidad de los daños, que no es el momento en que la conducta omisiva o negligente del deudor puede contribuir de manera más o menos directa a ocasionarlo, sino el momento de constituirse la obligación. Si esto quiere decir algo, significa que en el momento de la constitución de la obligación hay ya una previsión de un posible y eventual daño, y, por ello, de un conjunto de riesgos, que, por virtud del contrato y de su interna economía, quedan distribuidos entre las partes»³⁰³. La anterior propuesta ha sido criticada por CRISTÓBAL MONTES afirmando que al tomar con punto de referencia los antecedentes del artículo 1107 CC «resul-

³⁰¹ En este sentido, entre otros: CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, 14 edición, Tomo III, (revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero), Reus, Madrid, 1986, p. 241; DE LOS MOZOS y DE LOS MOZOS, J.L., *El principio de buena fe*, Barcelona, 1965, p. 197 y recientemente CRISTÓBAL MONTES, A., «El enigmático artículo 1.107...», *op. cit.*, pp. 554 y 555.

³⁰² DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho...*, *op. cit.*, p. 724.

³⁰³ DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho...*, *op. cit.*, p. 726. En el mismo sentido pero de manera menos contundente se manifiesta PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo II, volumen I, 3.ª edición, Bosch, Barcelona, 1988, pp. 690 y 691.

ta muy difícil suscribir la tesis de Díez-Picazo. Como es sabido, Laurent, a la hora de redactar su Anteproyecto de Código civil belga, cambió la fórmula del artículo 1150 del *Code*, comenzando el precepto con las palabras “si el deudor es de buena fe”; ahora bien, de sus comentarios y explicaciones en relación a esta norma se desprende con inobjetable claridad que deseaba conservar la sustancia del prototipo francés que tenía a la vista y que para él el deudor de buena fe era, precisamente el deudor no doloso. Tan sólo quería y desde el punto de vista dogmático esa apatencia es digna de aplauso, que en lugar de la formulación negativa de la ausencia de dolo que hacia el Código Napoleón se emplease otra positiva que él creyó encontrar en la buena fe, pero sin que ello supusiera salirse del estricto marco de un deudor que no ha incurrido en dolo»³⁰⁴.

c) En la actualidad, la doctrina mayoritaria³⁰⁵ viene a considerar que el deudor al que se refiere el párrafo 1.º del artículo 1107 CC es el no doloso, lo que incluye no sólo al deudor que incumple por negligencia o culpa³⁰⁶, sino también al que venga obligado a indemnizar en los supuestos de caso fortuito, ya sea porque lo haya asumido convencionalmente, o porque así lo disponga una ley al atribuirle el riesgo contractual. Respecto a esta identificación entre el deudor de buena fe y el no doloso, afirma BADOSA COLL que «el que la “buena fe” del art. 1107,1 coincida con lo que el Código civil francés y Proyecto de 1851, constituía la norma general, nos indica la latitud con que hay que interpretar esta expresión. En efecto, el art. 1107,1 no puede concebirse como un complemento o continuación del art. 1101. Su función es independiente y su ámbito de aplicación más extenso. El art. 1101 se ocupa de los fundamentos «normales» de la obligación de indemnizar del deudor dejando fuera los excepcionales, ya sean pactados o legales (asunción o imposición del caso fortuito, art. 1105 o evicción con buena fe, art. 1478, 5.º pr.). El art. 1107 tiene como misión determinar la extensión de la obligación de indemnizar y, en consecuencia, ha de estar redactado de modo que en él encuentren acomodo todos

³⁰⁴ CRISTÓBAL MONTES, A., «El enigmático artículo 1.107...», *op. cit.*, p. 562.

³⁰⁵ BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987, pp. 711 y ss.; CARRASCO PERERA, A., «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, p. 724; GIL RODRÍGUEZ, J., «Responsabilidad por...», *op. cit.*, p. 309; LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F.A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRIA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil II Derecho de Obligaciones*, 2.ª edición. Revisada y puesta al día por Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 2000, p. 210; OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Comentario a la Sentencia de 7 de Julio de 2008...», *op. cit.*, p. 624; PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 1025 y 1026; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, p. 247.

³⁰⁶ *Vid.*, SSTS de 20 de junio de 1989, ponente D. Ramón López Vilas (RJ 1989, 4702) y de 24 de noviembre de 1995, ponente D. Pedro González Poveda (RJ 6362/1997).

los posibles fundamentos de responsabilidad, sean normales o excepcionales. De ahí, que su criterio de clasificación deba ser más simplificado, constituido sólo por dos apartados según que en el fundamento de responsabilidad haya estado presente o ausente el dolo. La “buena fe” describe esta ausencia de dolo en el hecho determinante del daño indemnizable, con lo que abarca no sólo la culpa-negligencia, sino también el caso fortuito del que se responde excepcionalmente, el art. 1478, 5.º pr. Y cualquier otro supuesto que no pueda reconducirse al dolo, independientemente de que sea o no imputable al deudor»³⁰⁷. La postura de BADOSA COLL ha sido criticada por CRISTÓBAL MONTES, quien afirma que «si, como considera Badosa, la buena fe debe abarcar no sólo la culpa-negligencia, sino también el caso fortuito cuando se responda de él, llegaríamos a la extraña y paradójica situación siguiente: Mientras que, en principio, “nadie responde de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables” (*casus fortuitus*, art. 1.105 del Código civil), si se entiende que la buena fe del artículo 1.107 puede abarcar también el evento fortuito resultaría que la caracterización de la misma en torno a los “daños previstos o que se hayan podido prever” no habría forma de encajarla con aquella otra que la ley establece para el caso fortuito y, sin embargo, al menos excepcionalmente, debería quedar subsumida en ella».³⁰⁸ No coincidimos con la crítica anterior, puesto que es posible, como afirma NAVAS NAVARRO, que «desde el momento en que la ley o las partes acuerdan la responsabilidad también por caso fortuito, se trate de daños previsibles –dentro de su imprevisibilidad–: se prevé lo imprevisible».³⁰⁹ Además, la previsibilidad de los artículos 1105 y 1107 no se refiere a lo mismo. Una cosa será la previsibilidad del hecho que origine el daño –a la que alude el 1105–, y otra, bien distinta, será la relativa a la previsibilidad del tipo de daño o su cuantía –que es a la que se refiere el artículo 1107–³¹⁰.

Con posterioridad, se han esgrimido certeramente desde nuestro punto de vista por PANTALEÓN PRIETO, los siguientes argumentos a favor de la equiparación entre deudor de buena fe y deudor no doloso:

– El primero operaría por exclusión: «si se acepta la hipótesis de que la expresión “deudor de buena fe” no incluye al deudor negligente, ¿Dónde estaría regulando nuestro Código Civil la extensión de la obligación de indemnizar

³⁰⁷ BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa...*, *op. cit.*, pp. 713 y 714.

³⁰⁸ CRISTÓBAL MONTES, A., «El enigmático artículo 1.107...», *op. cit.*, p. 564. En la misma línea se ha pronunciado YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, p. 247.

³⁰⁹ NAVAS NAVARRO, S., «El resarcimiento de...», *op. cit.*, p. 1256.

³¹⁰ En el mismo sentido NAVAS NAVARRO, S., «El resarcimiento de...», *op. cit.*, p. 1257.

del deudor negligente? ¿Qué norma debería aplicarse analógicamente para cubrir la pretendida laguna: una de tenor tan disparatado como la del párrafo segundo del artículo 1107 CC, chocando además frontalmente con toda la tradición de los Derechos latinos en la materia, o el párrafo primero de dicho artículo, con lo que se acabaría incluyendo por analogía en el ámbito de aplicación del artículo 1107. I lo que la hipótesis de partida trataba de excluir?»³¹¹.

– El segundo, que consideramos decisivo en la solución de la cuestión, atiende a los antecedentes de la regla: «en nuestra codificación civil, la expresión “deudor de buena fe” aparece por primera vez en el artículo 1124. I del Anteproyecto de 1882-1888, tomada, con seguridad, del artículo 1151 del Anteproyecto de revisión Código Civil belga de Laurent: *Quand le débiteur est de bonne foi, il n’est tenu que des dommages et intérêts dont la cause a été prévue ou qu’on a pu prévoir lors du contrat*. El modelo que dicho jurista utilizó al efecto fue, evidentemente, el artículo 1150 CC francés: “*Le débiteur n’est tenu que des dommages et intérêt qui ont été prévus ou qu’on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n’est point par son dol que l’obligation n’est pas exécutée*”. Pues bien, el propio Laurent explicó la sustitución de la frase final de este precepto por las palabras “cuando el deudor sea de buena fe” como un simple cambio de redacción. Lo que se confirma, trayendo a colación otros pasajes del mismo jurista, relativos al Código de Napoleón: “El artículo 1147 –escribió– añade que el deudor es condenado a indemnizar daños y perjuicios, cuando el incumplimiento le es imputable, aunque no haya mala fe por su parte. *También cuando sea de buena fe, será responsable, si está en mora o tiene culpa*. Este rigor choca a las personas ajenas a la ciencia del Derecho. Pero difícilmente puede hablarse aquí de rigor sino de aplicación de los principios que rigen la culpa y la mora, que también implica culpa. El deudor no promete sólo su buena fe, responde más allá del dolo”. Y añadía un poco más adelante: “El artículo 1150 dice [...] Esta regla procede de Pothier. Supone que el deudor ha incumplido su obligación por simple culpa, sin que pueda reprochársele dolo alguno. *En ese sentido se dice que el deudor es de buena fe; lo que no excluye la culpa, como hemos dicho más arriba*”»³¹².

El consenso actual de la doctrina mayoritaria en relación a la identificación entre deudor de buena fe y deudor no doloso, encuentra su último apoyo en el artículo 1208 de la PMCC, cuyo tenor literal dispone que «*el deudor responde de los daños y perjuicios que sean objetivamente imputables a su incumplimiento; pero si éste no hubiera sido doloso, sólo responderá de los*

³¹¹ PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, p. 1025.

³¹² PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 1025 y 1026.

daños que se hubiesen previsto o podido prever razonablemente como consecuencia probable de la falta de cumplimiento en el momento de la celebración del contrato»³¹³. Ello supone la supresión de la expresión «deudor de buena fe», por lo que el deudor que se beneficia de la limitación de los daños a los previstos o previsibles debe entenderse, a *sensu contrario*, referida al deudor no doloso, esto es, tanto si negligente, como si ha actuado con la diligencia debida y aun así responde por recaer sobre él los riesgos del incumplimiento³¹⁴. Por tanto, la Comisión General de Codificación introduce en el tenor del precepto el sentir mayoritario de la doctrina.

6.3.3 CONCLUSIÓN: EL DEUDOR NO DOLOSO COMO BENEFICIARIO DE LA REGLA DE LA PREVISIBILIDAD

De todo lo expuesto, debe concluirse que el tenor literal del artículo 9:503 exige que el deudor ordinario en los PECL se identifique con el que incumple sin intencionalidad ni negligencia grave. No obstante, coincidimos con DÍEZ-PICAZO *et alii*, en sus comentarios a los PECL³¹⁵, en el sentido de que lo correcto sería identificarlo con el que incumple sin dolo, lo que, además de resultar coherente con el espíritu de la regla y con sus antecedentes más remotos, coincide con la forma en que ha sido configurado en nuestro Derecho y en el italiano. Por lo anterior, considero que en el artículo 9:503 la única cuestión que no ha sido adecuadamente resuelta es la de su ámbito subjetivo, siendo la interpretación del sector mayoritario de nuestra doctrina, posteriormente plasmada en el citado artículo 1208 de la PMCC, la que estimo correcta.

A la misma conclusión debería llegarse respecto al artículo III-3:703 del DCFR, que, como ya se ha indicado, extiende el ámbito de aplicación de exclusión del test de previsibilidad no sólo a los incumplimientos gravemente negligentes, sino también a los imprudentes, lo que consideramos, a la luz de los antecedentes y razonamientos expuestos, carente de cualquier tipo de lógi-

³¹³ Sobre el art. 1208 PMCC *vid.*, GÓMEZ CALLE, E., «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de REFERENCIA», *Anuario de Derecho Civil*, 2012, pp. 88 a 92.

³¹⁴ Al respecto señala XIOL RÍOS, J.A., que «con carácter de exclusión, de acuerdo con el artículo 1208 PMCCOC, el carácter no doloso del incumplimiento por parte del deudor hace que este solo responda “de los daños que se hubiesen previsto [o] podido prever razonablemente como consecuencia probable de la falta de cumplimiento en el momento de la celebración del contrato” (artículo 1208, inciso segundo, PMCCOC)», «Criterios de imputación...», *op. cit.*, p. 6.

³¹⁵ DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 378.

ca y justificación; puesto que instaura un régimen indemnizatorio extremadamente riguroso para los deudores que pueden verse constreñidos, ante un incumplimiento meramente imprudente, a tener que indemnizar más allá de los daños previstos, con lo que quebraría el reparto de riesgos establecidos en la celebración del contrato. Es de esperar que, salvo que la redacción de los PECL como del DCFR sea modificada, la interpretación jurisprudencial sea la que amplíe el ámbito subjetivo del test de previsibilidad, quedando el mismo excluido sólo para los supuestos de incumplimientos dolosos.

6.4 El test de previsibilidad: la delimitación del *quantum respondatur*

6.4.1 LAS CARACTERÍSTICAS DEL TEST DE PREVISIBILIDAD EN LOS PECL

Una vez que se ha configurado la figura del deudor ordinario como presupuesto de hecho del test de previsibilidad, corresponde ahora abordar el análisis de sus consecuencias jurídicas³¹⁶.

El criterio de la previsibilidad nos sitúa en el campo de la determinación de los daños indemnizables, de la delimitación del *quantum respondatur*. El test de previsibilidad actúa como un cortafuegos del *quantum* de la responsabilidad, haciendo responder al deudor ordinario exclusivamente de los daños previstos o que podían haberse previsto razonablemente en el momento de la celebración del contrato como resultado probable de su incumplimiento.

De una disección de la regla se extraen las siguientes cuestiones fundamentales:

– Comienza por establecer su efecto limitador de la responsabilidad: «el deudor sólo responde». Desde el inicio del enunciado del artículo 9:503 se observa su propósito, esto es, restringir la responsabilidad de los daños, lo que es lógica consecuencia de la idea que motivó la formulación del test de previsibilidad: la indemnización de los daños no puede ser ilimitada.

– El ámbito cognoscitivo de lo previsto se sitúa en la esfera del que incumple el contrato, con lo que se soluciona la cuestión que hizo que GARCÍA

³¹⁶ Vid., entre otros, Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, pp. 377 y 378; MARI, A., «Commentary Arts. 9:501...», *op. cit.*, pp. 451 y 452; MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., «Mecanismos de protección...», *op. cit.*, p. 467; LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 650 a 654; NAVAS NAVARRO, S., «El resarcimiento de...», *op. cit.*, pp. 1235 a 1262; PALAZÓN GARRIDO, M.L., «El nuevo derecho...», *op. cit.*, p. 90; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., «La moderna regulación de la indemnización...», *op. cit.*, pp. 468 a 470; SOLER PRESAS, A., «La indemnización por resolución...», *op. cit.*, pp. 5 a 8.

GOYENA fuera reacio al criterio de la previsibilidad –cada parte no podrá alegar que previó unos daños– puesto que lo fundamental es lo que previó el deudor³¹⁷. Nos encontraríamos ante lo que podemos denominar el estándar subjetivo de la regla de la previsibilidad.

– El anterior estándar subjetivo de la previsibilidad se complementa con el objetivo, es decir, «los daños que podía haber previsto razonablemente»³¹⁸.

– El espacio temporal del test de previsibilidad –de lo previsto o de lo que hubiera podido preverse–, se concentra en el momento de la celebración del contrato. Ello es consecuencia lógica del fundamento de la previsibilidad. Si lo que se trata es de poder calcular los riesgos que la celebración del contrato conlleva para determinar así la distribución y asunción de los mismos, no existe otra posibilidad más que el momento de la conclusión del contrato, siendo el mismo decisivo para la determinación de la previsibilidad.

– Por último, lo previsto o que hubiera podido preverse se refiere a daños que fueran resultado probable del incumplimiento, lo que nos sitúa en el campo de los criterios de imputación objetiva ya estudiados. Como ya se ha afirmado, una vez que se ha constatado el nexo causal entre el incumplimiento y el daño, para que éste resulte indemnizable se exige que sea imputable objetivamente, y sólo posteriormente, y exclusivamente en relación al deudor ordinario, que se haya previsto o resulte previsible.

Resulta muy ilustrativo de la forma en que operaría en los PECL la regla de la previsibilidad el siguiente ejemplo que se describe en el Comentario del

³¹⁷ En este sentido afirma CHENGWEL L., que «it's only "the party in breach" whose knowledge matters. This is clearly shown by the wording in Art. 74 "the loss which *the party in breach* foresaw or ought to have foreseen". This position is somewhat different in English law. In particular, in *Hadley v. Baxendale*, the requirement was that the loss be "in the contemplation of both parties". What's the idea underlying this formula of Art. 74 in stating that it is only "the party in breach" who is required to foresee or to be in a position to foresee? It is said that, "the C. I. S. G. article, in limiting reference to the party in breach, surely does not envision delivering a windfall to the plaintiff, because the plaintiff recovers something not foreseen. Rather, this language reflects the view that the focus should be on the party who will have to answer for the amount of the loss"», *op. cit.*, pp. 1 y 2. En sentido contrario en relación al art. 1107 CC se pronuncia MORALES MORENO, A.M., «daños previstos no son los que prevé, unilateralmente, el deudor al tiempo de contratar, como posible consecuencia de su incumplimiento. La expresión daños previstos se refiere a los daños contemplados por las partes. Es equivalente a "daños previstos en el contrato"», *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 167.

³¹⁸ Sobre los daños que hubieran podido preverse al celebrar el contrato señala MORALES MORENO, A.M., que «no significa que la previsibilidad del daño lo haga directamente imputable. En la idea de Pothier significa más bien, un límite en la imputación de los daños. Hay daños que, aun pudiendo considerarse comprendidos en el fin de protección del contrato típico del contrato celebrado (venta, arrendamiento, contrato de obra), no son imputables al deudor, porque, en concreto, no eran previsibles para él en el momento de contratar... A menudo, la falta de previsibilidad del daño proviene de que el acreedor no informó al deudor, al contratar, de las circunstancias particulares que podían originarlos», *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 167.

artículo 9:503: «B, un negociante de sellos, celebra un contrato con S por el que le compra un juego de sellos por un importe de 10.000 £ y que deberán entregarse el 1 de junio. S incumple su deber de entregar los sellos, cuyo valor de mercado en esa fecha es de 12.000 £. Como consecuencia del incumplimiento de S, B se ve en la imposibilidad de cumplir otro contrato por el que se iba a vender la colección a T por 25.000 £. S, que sabía que B había comprado sus sellos con el objeto de revenderlos, ignoraba que se iban a vender a título de colección. B tiene derecho a percibir en concepto de daños y perjuicios un importe de 2.000 £, que es la diferencia entre el valor de los sellos en el mercado a fecha uno de junio y el precio por el que se vendieron. S no es responsable por la pérdida añadida de 13.000 £ que ha sufrido B, porque no era una pérdida que S pudiera prever cuando acordó vender sus sellos a B»³¹⁹. Nos encontramos ante un incumplimiento de una prestación de dar, en el que se produce un daño patrimonial, concretamente del lucro cesante de 13.000 £. ¿Cómo podríamos determinar los daños que han sido previstos o eran previsibles? En definitiva, ¿cómo se evalúa lo previsible?»³²⁰.

En primer lugar habrá que estar a los términos del contrato. Siguiendo el anterior ejemplo, si expresamente se contempla que los sellos van a ser adquiridos por B para revenderlos a título de coleccionista, no surgiría problema alguno; se trataría de un daño expresamente previsto en el contrato, por lo que la suerte de S hubiera sido bien distinta, teniendo que indemnizar la cantidad de 13.000 £, representativas del lucro cesante que resultaba previsible. Pero en el ejemplo se dice que S sabe que B los compra para revenderlos, por lo que está asumiendo el riesgo de que al incumplir tenga que indemnizar el incremento del valor razonablemente previsible de los sellos en el mercado ordinario, es decir, las 2.000 £, no el precio que tenga en el mercado de los coleccionistas. En este caso la previsibilidad no viene determinada por los términos del contrato sino por ser conocida la posterior venta, no como colección, por la parte vendedora³²¹. Ello nos lleva a sostener que el contrato puede contener la previsibilidad de los riesgos, pero no los agota, siendo importante también el conocimiento de la vendedora, como en este caso. Además, debe destacarse, como hace MORALES MORENO, la importancia que la interpretación del con-

³¹⁹ LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, op. cit., pp. 650 y 651.

³²⁰ Vid., MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, op. cit., pp. 164 a 172.

³²¹ Recuérdese al respecto lo afirmado en relación al art. 74 de la CISG por PANTALEÓN PRIETO, F., que considero plenamente predicable también en relación a los PECL, de que «no sólo que la información sobre las circunstancias especiales que configuran aquel riesgo le haya sido proporcionada *precisamente por la otra parte*; sino que lo haya sido *de tal forma, que personas razonables del mismo sector del tráfico, situadas en el lugar de los contratantes, habrían considerado que se asumía, salvo inmediata protesta, el correspondiente riesgo de responsabilidad*», «Comentario artículo 74»..., op. cit., p. 607.

trato tiene en orden a la valoración de lo que resulta previsible. Al respecto, afirma dicho autor que «los contratos normalmente prevén las obligaciones, pero no las consecuencias de su incumplimiento. Este silencio nos sitúa ante el problema de la determinación del fin de protección del contrato. La manera de resolverlo es proceder a interpretar el contrato. Si los contratantes no están de acuerdo sobre los daños que han de ser indemnizados, la tarea de interpretar el contrato deberá realizarla el tribunal al que sometan la controversia. El tribunal ha de utilizar, como en cualquier otro caso, todos los medios de interpretación oportunos»³²². Entre estos criterios de interpretación del contrato sitúa: la voluntad de asumir los riesgos de que un daño se produzca, la protección de la confianza, el tipo contractual utilizado, el precio estipulado y los usos del tráfico³²³.

Sobre las cuestiones relativas a qué es lo que debe prever el deudor incumplidor y la importancia del momento de la celebración del contrato, nos remitimos a lo ya explicado cuando se abordó el criterio de la previsibilidad en la CISG, por ser plenamente predicable lo allí dicho en relación a los PECL.

6.4.2 TEST DE PREVISIBILIDAD E IMPUTACIÓN OBJETIVA

A continuación nos vamos a centrar en los dos requisitos que deben concurrir³²⁴, o mejor dicho, los dos juicios que deben superarse para que los daños sean indemnizados por el deudor ordinario.

Uno se encuentra explícitamente contenido en el artículo 9:503; sería el juicio de previsibilidad; en relación al segundo, cabría plantearse la misma cuestión que hacía PANTALEÓN PRIETO respecto del artículo 74 de la CISG³²⁵, ¿será suficiente la regla de la previsibilidad como único criterio de delimita-

³²² MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, pp. 168 y 169.

³²³ MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, pp. 169 a 172.

³²⁴ En nuestro Derecho, la doctrina mayoritaria se postula en favor de la concurrencia de dos requisitos, que el daño sea objetivamente imputable y que sea previsible, *vid.*, por todos: CARRASCO PERERA, A., «Comentario a los artículos 1101...», *op. cit.*, pp. 722 a 724; OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Comentario a la Sentencia de 7 de Julio de 2008...», *op. cit.*, pp. 624 a 629; SOLÉ FELIU, J., «El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho ESPAÑOL», *Indret*, 2009, pp. 31 y 32. En sentido contrario, MORALES MORENO sostiene que «la exigencia de dos requisitos no parece justificada, ya que el segundo de ellos (“consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento”) no podría considerarse específico de la responsabilidad contractual no dolosa, y, en buena medida, tiene más campo de operatividad en la responsabilidad extracontractual que en la contractual. Por eso creo que tiene razón García-Ripoll al afirmar que “los daños ‘previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación’ y los que ‘son consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento’ son una y la misma cosa”» *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 159.

³²⁵ PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario artículo 74»..., *op. cit.*, p. 605.

ción de los daños? Debe concluirse que no, ya que limitar la indemnización de los daños a los simplemente previstos o previsibles se manifiesta insuficiente, puesto que se correría el peligro de dejar sin indemnizar los causados a otros intereses del acreedor. En este sentido indica, SOLER PRESAS que «la previsibilidad por sí sola no contiene adecuadamente la extensión del resarcimiento cuando, entregado un bien disconforme, éste causa daños en la persona u otros bienes patrimoniales del acreedor. El resarcimiento de estos daños debe argumentarse con una lógica extracontractual, luego son otros los criterios de imputación objetiva que mejor convienen al caso»³²⁶. Tanto PANTALEÓN PRIETO³²⁷, en relación a la CISG, como SOLER PRESAS³²⁸, para los PECL, reclaman la aplicación junto al test de previsibilidad de los criterios de imputación objetiva. En el mismo sentido que estos autores, considero que es necesario acudir a tales criterios en los PECL, como complemento del criterio de la previsibilidad, en orden a la delimitación del *quantum*. Tal vez una solución sería considerar que la expresión «resultado probable» del artículo 9:503 atrae los criterios de imputación objetiva al ámbito de responsabilidad contractual en los PECL. De forma especular, lo ha afirmado PANTALEÓN PRIETO respecto de la expresión «consecuencia necesaria» del artículo 74 CISG³²⁹.

En conclusión debemos afirmar que, en la determinación de los daños indemnizables en los supuestos de deudores ordinarios, se requiere que los mismos sean: en primer lugar, objetivamente imputables; y en segundo, que puedan calificarse de previsibles. Se requiere la concurrencia de ambos requisitos, por lo que si un daño es imputable, pero no previsible, no será resarcido, y otro tanto sucederá si la concurrencia se produce a la inversa.

7. LOS DAÑOS INDEMNIZABLES POR EL DEUDOR QUE INCUMPLE DE FORMA INTENCIONAL O CON NEGLIGENCIA GRAVE: LA EXTENSIÓN DEL *QUANTUM RESPONDATUR*

7.1 Introducción

Una vez expuesta la regla general aplicable al deudor ordinario, corresponde ahora el análisis de la excepción, esto es, el régimen jurídico aplicable al que incumple de forma intencionada o con negligencia grave. El inciso final

³²⁶ SOLER PRESAS, A., «La indemnización por resolución...», *op. cit.*, nota al pie núm. 6, p. 6.

³²⁷ PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario artículo 74...», *op. cit.*, p. 605.

³²⁸ SOLER PRESAS, A., «La indemnización por resolución...», *op. cit.*, nota al pie núm. 6, p. 6.

³²⁹ PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario artículo 74», *op. cit.*, p. 605.

del art. 9:503 señala que el test de previsibilidad no se aplicará cuando «*the non-performance was intentional or grossly negligent*».

La comprensión de esta regla especial o excepción suscita los siguientes interrogantes: 1) ¿Cuál es el fundamento de la exclusión del test de previsibilidad y la consiguiente extensión del *quantum respondatur*? 2) ¿Quién es el destinatario de la regla? o dicho de otra forma ¿A qué deudor se excluye de la aplicación del test de previsibilidad? 3) ¿Qué efecto tiene la no aplicación del test de previsibilidad sobre el *quantum respondatur*? ¿Qué daños serán los que se tendrán que indemnizar? ¿Es posible interpretar la expresión «*todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento*» de nuestro art. 1107 a la luz de los PECL?

Trataremos de dar a continuación respuesta a todas estas cuestiones.

7.2 El fundamento de la extensión del alcance de los daños objeto de indemnización

Corresponde ahora analizar el por qué el deudor que incumple de forma intencional o gravemente negligente no se beneficia de la limitación del test de previsibilidad.

El fundamento de la ampliación del ámbito de imputación de los daños indemnizables se encuentra en la propia conducta del deudor; no sólo incumple, sino que dicho incumplimiento viene acompañado de una actuación intencional o gravemente negligente –lo que en nuestro Derecho se denomina incumplimiento doloso–, que hace ineficaz el reparto de los riesgos que se establece en el contrato, extendiendo la indemnización a los demás intereses del deudor no cubiertos en el fin de protección del contrato. En otras palabras, el deudor con su actuación ha roto las reglas del juego, la limitación de la indemnización a los riesgos asumidos al contratar, y por tanto no puede beneficiarse alegando que los daños producidos no son concreción de tales riesgos.

La exclusión en estos supuestos de la aplicación del límite de la previsibilidad la justifica MORALES MORENO, en relación al artículo 1107.2 CC, que estimamos también aplicable a la parte final del 9:503, al señalar que «cuando el incumplimiento del deudor no es neutro (no es el mero hecho de la falta de ejecución del contrato) sino que, por existir dolo, constituye, además, un acto por sí mismo reprobable, hemos de enjuiciar esa conducta como una fuente de responsabilidad sobreañadida, distinta de la del mero incumplimiento; y hemos de establecer un sistema diferente de imputación de daños. Es decir, tenemos que ensanchar el ámbito de imputación de los daños indemnizables, por

la reprochabilidad del acto doloso y la lesión que produce a intereses no comprendidos en el fin de protección del contrato»³³⁰.

La salvedad que realiza la parte final del artículo 9:503, excluyendo la limitación del *quantum respondatur* a los daños previsibles, persigue evitar que el deudor que incumple de forma deliberada o gravemente negligente deje sin indemnizar aquellos daños que ha producido y que quedan extramuros del ámbito del fin de protección del contrato.

En nuestra doctrina, el profesor PANTALEÓN PRIETO ha explicado, huyendo de cualquier consideración de carácter punitivo o de castigo, la necesidad de excluir la aplicación del límite de la previsibilidad en los supuestos de incumplimientos dolosos, afirmando que «la parte contratante que se plantea incumplir, dado que hacerlo o no depende inmediatamente de su voluntad, puede realizar y realiza un segundo cálculo de costes-beneficios, relativo ahora a su decisión de incumplir. Si el criterio de imputación objetiva del daño que nos ocupa fuera también aplicable aquí, estaríamos permitiendo que aquella parte realizase ese segundo cálculo estimando como coste la misma cuantía indemnizatoria –igual al daño previsible al tiempo de la celebración del contrato– que utilizó, o debió razonablemente utilizar, cuando realizó el cálculo de costes-beneficios que fundamentó su decisión de contratar, lo que, jurídico-económicamente, no tendría buen sentido. Pues, si resulta que aquella cuantía es menor que la de los daños previstos o previsibles al tiempo de tomar la decisión de cumplir o no, y los beneficios previsibles del incumplimiento para la parte que se plantea incumplir alcanzan una cantidad situada entre una y otra cuantía de daños, el incumplimiento doloso tendrá lugar, pese a ser, como en este caso, económicamente ineficiente. O dicho con mayor precisión, el incumplimiento doloso ineficiente podrá tener lugar, cuando los costes de transacción hagan inviable la alternativa de que el acreedor lo evite, pagando al deudor que se propone incumplir al menos una suma igual al beneficio que a éste le reportaría hacerlo; alternativa ésta, por lo demás, repugnante en términos de justicia»³³¹. Como indica SOLER PRE-

³³⁰ MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 173. En la misma línea afirma SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., que «es el dolo del vendedor, que acompaña al incumplimiento, el que constituye la causa de atribución de responsabilidad distinta del mero incumplimiento; lo que justifica que el deudor asuma una responsabilidad con un contenido indemnizatorio más amplio que el específico de la responsabilidad contractual contenido en el art. 1107 I CC», «La moderna regulación de la indemnización...», *op. cit.*, p. 468.

³³¹ PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 1032 y 1033. Dicho autor pone el siguiente ejemplo: «Supongamos que el daño previsible al tiempo de contratar sea 20; y el daño previsible por la parte que se plantea incumplir, al tiempo de tomar la decisión de cumplir o no, sea 50 (entre uno y otro momento, la otra parte le ha desvelado la oportuna información sobre un excelente negocio cuya realización depende del correcto cumplimiento). Si el criterio de imputación objetiva analizado fuera también aplicable al incumplimiento doloso, y el beneficio previsible del incumplimiento para quien se plantea no cumplir fuera superior a 20 e inferior a 50, digamos 48, el incumplimiento tendría lugar

SAS en relación a los incumplimientos oportunistas, que considero aplicable a todo tipo de incumplimiento que merezca la calificación de doloso, la exclusión del test de previsibilidad supone desincentivar «el comportamiento oportunista del deudor al advertirle que no podrá retener el mayor (por encima de lo predecible) valor de la prestación, evidencia un respeto escrupuloso al compromiso alcanzado por las partes»³³².

Por último, debe indicarse que existen dos opciones para la indemnización de los daños derivados del incumplimiento doloso del deudor, ya sea en el ámbito de la responsabilidad extracontractual o contractual. La primera opción, que es la seguida por influencia del *Common Law* en la CISG y en los PICC, no extiende en el ámbito contractual la responsabilidad del deudor doloso, lo que no impide que los daños que quedan fuera del ámbito de protección del contrato sean indemnizados en la esfera extracontractual³³³. Y la segunda, que por influencia de los Códigos civiles francés, italiano y español ha sido adoptada por los PECL, es la atracción al campo de la responsabilidad contractual de los daños derivados del incumplimiento doloso del deudor³³⁴.

7.3 El deudor que incumple de forma intencional o con negligencia grave: alcance de la norma

Corresponde en este epígrafe analizar los caracteres que determinan quién es el deudor incumplidor que no se beneficia de la limitación de la indemniza-

—pues el incumplidor ganaría 28 (la diferencia entre 48 y 20) con él—, pese a ser, como es, un incumplimiento ineficiente. Salvo que, siendo los costes de la renegociación entre ambas partes menores que 2 (la diferencia entre 50 y 48). El acreedor se avenga a pagar al deudor una suma igual o un poco superior a 28, a fin de que éste no incumpla dolosamente. Pero si aquellos costes de transacción son mayores que 2, el incumplimiento ineficiente tendrá lugar, al no haber espacio para una renegociación entre las partes que lo evite», en la pág. 1034. *Vid.*, también GÓMEZ POMAR, F., «El incumplimiento contractual...», *op. cit.*, p. 11 y SOLER PRESAS, A., «La indemnización por...», *op. cit.*, p. 7.

³³² SOLER PRESAS, A., «La indemnización por...», *op. cit.*, p. 7.

³³³ En este sentido, afirma MORALES MORENO, A.M., que «el que no sea tomado en cuenta en la responsabilidad contractual el carácter doloso del incumplimiento no significa que el dolo no pueda justificar la indemnización del daño que causa, conforme a los criterios de imputación de la responsabilidad extracontractual», *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 174. *Vid.* también Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho...*, *op. cit.*, pp. 752 y 753.

³³⁴ Al respecto, MORALES MORENO, A.M., pone de manifiesto que «en realidad no es necesario atraer al marco de la responsabilidad contractual la indemnización de los daños causados por el dolo que acompaña al incumplimiento... El dolo del deudor, que acompaña al incumplimiento lo transforma, hasta el punto de constituir una causa de atribución de responsabilidad distinta del mero incumplimiento; justifica que el deudor asuma una responsabilidad con un contenido indemnizatorio más amplio que el específico de la responsabilidad contractual (art. 1107 I)», *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 174. También en este sentido SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., «La moderna regulación de la indemnización...», *op. cit.*, p. 468.

ción a los daños previstos o previsibles, es decir, aquellos a los que va destinada la excepción a la regla general establecida en la parte final del artículo 9:503.

Si hemos extraído a *sensu contrario* de la excepción el ámbito subjetivo de la regla de la previsibilidad, aquí, en principio, sólo cabe decir, siguiendo el tenor literal del artículo 9:503, que el test de previsibilidad no se le aplicará, para el cálculo de la extensión de la indemnización, a los deudores que incumplan el contrato concurriendo intencionalidad o negligencia grave. Se trata de la otra cara de la moneda de la delimitación del *quantum respondatur*.

En coherencia con lo que hemos expuesto al abordar el ámbito subjetivo del test de previsibilidad, tampoco ahora podemos estar de acuerdo con el artículo 9:503 respecto a la exclusión del test de previsibilidad del que incumple el contrato incurriendo en negligencia grave. Por ello, consideramos necesario acudir a la configuración que nuestra doctrina ha realizado del deudor doloso, también denominado de mala fe, en aras de poder ofrecer alguna solución de la cuestión.

Hemos afirmado que nuestra doctrina de forma mayoritaria se inclina por identificar al deudor de buena fe con aquel que no incurre en dolo, por lo que la extensión del alcance de la indemnización se produce respecto del que es doloso. Debemos indagar por ello qué tipo de conducta merece la calificación de dolosa, es decir, cuáles son las notas que la califican como tal.

La cuestión de la determinación de la conducta o conductas que merecen la calificación de dolosas a la luz del artículo 1107.2 del Código civil, tampoco ha sido ajena a la doctrina³³⁵. Así, para PANTALEÓN PRIETO, la extensión de la responsabilidad del artículo 1107.2 Código civil sólo se produce respecto de los incumplimientos dolosos *en sentido estricto* (conscientes y voluntarios), sin que quepa incluir los provocados por culpa lata del deudor³³⁶. No obstante tal afirmación, advierte que el artículo 1107. II CC es también aplicable a los casos de dolo, engaño o fraude por parte del deudor en la fase de formación del

³³⁵ Para un completo estudio del dolo desde sus antecedentes en el Derecho Romano, *vid.* DE COSSIO y CORRAL, A., *El dolo en el Derecho Civil*, Granada, Comares, 2005.

³³⁶ PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, p. 1034. En el mismo sentido se ha pronunciado en la doctrina italiana BIANCA, C.M., afirmando que «assunto il dolo dell'inadempiente nella categoria generale del torto intenzionale (I), requisiti più specifici della figura sono stati indicati dalla dottrina nella volontarietà dell'inadempimento e nella consapevolezza della sua illiceità (2). A questi requisiti occorre ulteriormente aggiungere la consapevolezza del danno», *Dell'inadempimento...*, *op. cit.*, p. 375. YZQUIERDO TOLSADA, M., sin hacer referencia alguna a que se trate de un incumplimiento consciente, afirma, sin mayores precisiones, que «el que incumple voluntariamente, ya sea deudor de una actividad diligente, ya de una prestación de resultado, responderá de los daños "que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación" (art. 1107-2.º)», *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, p. 247.

contrato (v. arts. 1270. II, 1478.5.º, 1486. II, 1487, 1529. III CC)³³⁷. Por su parte, CARRASCO PERERA sostiene que el dolo que exige el artículo 1107.2 debe entenderse como referido a la intención maliciosa de causar un daño, por lo que lo circunscribe a los supuestos de dolo delictivo del artículo 1185 CC y al dolo fraude del artículo 1298 CC³³⁸. Coincidimos con este autor respecto a la integración de los supuestos de dolo delictivo y dolo fraude en el ámbito de aplicación del artículo 1107.2, pero no agotándolos con ellos³³⁹. Creemos que la renuencia de nuestro Tribunal Supremo a llegar, en la aplicación del artículo 1107.2 CC, hasta las últimas consecuencias, no se encuentra precisamente en su mayor o menor ámbito subjetivo, sino en la gravedad de las consecuencias

³³⁷ PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, p. 1034.

³³⁸ CARRASCO PERERA, A., señala que «la norma del artículo 1107. II CC tiene sentido sólo cuando se trate de un dolo que comprenda un propósito malicioso, dañar al acreedor. Pero éste es el típico dolo extracontractual. En éste el propósito que define el dolo no puede ser otro que el propósito del daño, pues es el daño (no el incumplimiento) el que funda la relación jurídica entre acreedor y deudor. Sin embargo, salvo casos patológicos ajenos al mercado, el dolo contractual no es un propósito de daño, sino, mayormente, una voluntad de incumplir fundada en razones estratégicas de la economía del propio deudor, al que resulta más barato no cumplir, o le resulta difícil o antieconómico cumplir. Todavía más absurdo se revela el resultado si nos representamos que en el ámbito de la contratación la mayoría de los incumplimientos son dolosos, es decir, se trata de conductas negadoras del cumplimiento que son voluntariamente decididas por el deudor, unas veces con y otras sin justificación moral, que no excusa el dolo, al menos mientras no se alcance el grado del estado de necesidad o el error excusable sobre la existencia de una causa de exoneración o de una excepción. El genuino incumplimiento contractual es siempre voluntario: el vendedor no entrega la cosa porque la revende a un tercero; el comprador no paga porque utiliza el dinero para otra incumbencia;... Como prueban las fuentes precodificadas de la norma, la sanción a este deudor de mala fe estaba referida a los supuestos de dolo precontractual, no propiamente al incumplimiento doloso. Dolo precontractual de quien conoce y calla el defecto de la cosa que vende o alquila. Nunca se empleó ejemplo alguno que comprendiera en el alcance de la regla al deudor que voluntariamente incumple el contrato en su fase de ejecución y que no hubiera actuado con fraude en la fase in contrahendo. Pero resulta que aquellos son los más abundantes casos de dolo contractual. El fraude puede manifestarse de varios modos. Hay fraude cuando el deudor engaña a la otra parte con dolo para conseguir que acepte entrar en un contrato que le es perjudicial. Hay fraude también cuando se contrata con el propósito oportunista de no cumplir, buscando, a caso, hacer perder tiempo o dinero a la otra parte o en persecución de fines espurios para cuya obtención se utiliza el contrato (vrg., evitar que contrate con un competidor, arrebatar secretos industriales, etc.). El dolo delictivo se adecua también al texto del artículo 1107 CC, como lo demuestra el artículo 1185 CC (“cualquiera hubiera sido el motivo de la pérdida”). También se corresponde con la norma comentada el dolo-fraude del artículo 1298 (“siempre que por cualquier causa le fuere imposible devolverlas”)... El dolo es un concepto normativo, y no psicológico. Lo decisivo a efectos del art. 1107. II CC no es el estado mental o el grado de voluntariedad o conocimiento del deudor, sino la procedencia de la calificación de su conducta como dolo malo a efectos de responsabilidad», *Derecho de Contratos, op. cit.*, pp. 1266 a 1268. Vid. DE COSSIO Y CORRAL, A., *El dolo en...*, *op. cit.*, pp. 19 y 20.

³³⁹ El propio CARRASCO PERERA, A., justifica tal restricción del término dolo a los artículos 1185 y 1298 CC, afirmando que nuestra jurisprudencia «en circunstancias límite no declara la existencia de dolo, cuando lo que en verdad subyace es una prevención a aplicar las consecuencias normativas del dolo. Como no podemos proceder por el sencillo modo de tener por derogada la norma, ni siquiera por falta de uso, proponemos que su aplicación se limite a los casos de dolo malo en los que la conducta del acreedor no tiene una justificación económica aceptable. Sólo el fraude grosero en la fase in contrahendo o el dolo de dañar merecen tan grave condena como la del art. 1107. II CC», *Derecho de Contratos, op. cit.*, p. 1277.

patrimoniales que la calificación del incumplimiento como doloso tiene para el deudor. Por ello consideramos más acertado hacer una interpretación restrictiva de la expresión «de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento», en vez de los deudores incumplidores a los que se aplica la regla, como propone CARRASCO PERERA. En el sentido que indicamos se pronuncia PANTALEÓN PRIETO, al señalar que la tesis de reducir radicalmente el ámbito de aplicación del artículo 1107. II CC a los casos de dolo delictivo (art. 1185 CC) y dolo-fraude (art. 1298 CC), sostenida por CARRASCO..., aunque pueda comprenderse ante el absurdo tenor literal del precepto, no puede compartirse: también en los casos de dolo-incumplimiento es jurídico-económicamente sensato, como hemos visto, prescindir de la limitación del *quantum respondatur* a los daños previsibles al tiempo de contratar. Lo que procede es realizar una interpretación correctora del artículo 1107. II³⁴⁰.

Por su parte, el profesor Díez-Picazo, una vez que realiza un breve recorrido por las distintas concepciones que se han formulado respecto del dolo civil, afirma que su configuración «ha aparecido siempre con unos perfiles sumamente borrosos»³⁴¹. Considera inadecuado que el dolo pueda caracterizarse sólo por la «consciencia y voluntariedad de la acción»³⁴². Si la calificación de un incumplimiento como doloso supone una especial agravación de la responsabilidad, no será suficiente con la concurrencia de las dos notas anteriores, se exigirá una *plus* en la conducta del incumplidor. Por lo que concluye que «en el concepto de dolo civil deben entenderse incluidos no tanto los supuestos de voluntario incumplimiento cuando aquellos en que el deudor es consciente de que su comportamiento provoca o puede provocar un daño y no adopta las medidas necesarias por la buena fe para evitarlo»³⁴³. Siguiendo al autor italiano LUPOI, señala Díez-Picazo dos criterios que determinan que nos encontremos ante un incumplimiento doloso: «la naturaleza omisiva y comitativa del acto imputado al deudor y el carácter definitivo o no definitivo del incumplimiento»³⁴⁴. No obstante lo expuesto, creemos que la afirmación de

³⁴⁰ PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, p. 1034.

³⁴¹ Díez-Picazo y Ponce de León, L., *Fundamentos del Derecho...*, *op. cit.*, p. 749.

³⁴² Díez-Picazo y Ponce de León, L., *Fundamentos del Derecho...*, *op. cit.*, p. 751.

³⁴³ *Ult. op. cit.*, p. 751.

³⁴⁴ *Ult. op. cit.*, p. 751. Una vez que enuncia los criterios que determinan la existencia del dolo, los desarrolla, indicando que «en términos generales, se puede decir que el dolo del deudor exige un comportamiento activo y que no basta la simple omisión de lo debido. La simple omisión de lo debido, por sí sola, no es dolosa. Sólo adquiere este carácter cuando aparece una conducta sucesiva particularmente reprobable o cuando mediante la omisión se consigue un incumplimiento definitivo. Una conducta del deudor puede calificarse como particularmente reprobable atendiendo a los motivos o a los medios empleados para el incumplimiento. El motivo doloso no tiene que ser un especial ánimo de perjudicar al acreedor. Es suficiente el propósito de obtener para sí mismo una ventaja. El dolo puede existir también si son reprobable»

DÍEZ-PICAZO que mejor y con más claridad expone su pensamiento sobre el dolo civil, es: «que engloba genéricamente las posibles actividades de un obligado, que son contrarias a la buena fe y que por ello agravan su responsabilidad. Fundamentalmente aparecen presididas por la consciencia de ocasionar al acreedor un daño injusto o de colocarle en una situación de injusta lesión y en la falta de adopción de las medidas necesarias para la exclusión de tal daño»³⁴⁵. A lo que añade, como manifestaciones especiales del dolo, los supuestos de mala fe del deudor³⁴⁶ y los de fraude de acreedores³⁴⁷.

Otro autor que también ha profundizado en el análisis de la caracterización del dolo del deudor es MORALES MORENO. Una vez que afirma que la actual concepción del dolo desborda los contornos sobre los que POTHIER postuló el criterio de la previsibilidad, puesto que sólo excluía su aplicación en los supuestos de dolo precontractual, niega que todo incumplimiento voluntario o deliberado pueda ser calificado como doloso³⁴⁸. Este mismo autor propone una definición del dolo del artículo 1107.2 CC en los siguientes términos: «es un acto de *incumplimiento del contrato*, causante de daños a bienes o intereses del acreedor que se sitúan más allá del interés protegido por el contrato (art.

bles los medios empleados para mantener la situación de omisión de prestación. Como medios reprobables deben ser considerados aquellos que objetivamente contravengan las normas de la corrección. V. gr., aprovecharse de una situación de preeminencia o utilizar medios engañosos. El segundo criterio a tener en cuenta para decidir si hay dolo es el carácter definitivo o no definitivo del incumplimiento. Cuando el comportamiento del deudor provoca la imposibilidad definitiva de la prestación, el dolo reside en la consciencia y en la voluntariedad de aquel comportamiento. En cambio, el comportamiento omisivo que no provoca una imposibilidad definitiva de cumplimiento no es doloso por la simple concurrencia de consciencia y de voluntariedad en el sujeto, sino que requiere unas circunstancias que de acuerdo con las valoraciones éticas puedan ser consideradas como reprobables», pp. 751 y 752.

³⁴⁵ *Ult. op. cit.*, p. 752.

³⁴⁶ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., señala que «son formas especiales de dolo del deudor, que deben en definitiva englobarse dentro de la misma figura, los casos de deudor de mala fe, a que nuestro Código se refiere en numerosas ocasiones. Por ejemplo, vendedor de mala fe, en los arts. 1476, 1478, 1488 y 1529. La mala fe, equivalente del dolo, consiste en el pleno conocimiento del carácter vicioso de la cosa vendida y entregada y en la voluntad, no obstante, de ejecutar el contrato engañosamente», *Fundamentos del Derecho...*, *op. cit.*, p. 752.

³⁴⁷ Afirma DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., que «Una hipótesis particular de dolo es el llamado “fraude de acreedores”. El paralelismo entre dolo y fraude ha sido muchas veces puesto de relieve por la doctrina. PLAZA señalaba que la noción de dolo se identifica con la de engaño, fraude y fingimiento, y la de fraude con la de acción contraria a la verdad de la que resulta perjuicio para otro. Se ha dicho también que el dolo y el fraude son artificios engañosos, que se diferencian en que el dolo como arte de engañar se dirige contra la persona a la que se perjudica, mientras que en el fraude se trata de engañar o perjudicar a los terceros», *Fundamentos del Derecho...*, *op. cit.*, p. 752.

³⁴⁸ MORALES MORENO, A.M., sostiene que «incumplimiento doloso no es cualquier incumplimiento voluntario; por ejemplo, el retraso intencionado en el cumplimiento. Si fuera así, tendríamos que calificar de dolosos a muchos incumplimientos no fortuitos (art. 1105 CC), lo que distorsionaría enormemente el sistema de responsabilidad contractual. El carácter voluntario del incumplimiento no lo convierte, necesariamente, en doloso. Ni siquiera cuando media una “conducta deliberadamente rebelde del deudor”, tomada en cuenta por la jurisprudencia del TS para permitir la resolución del contrato», *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, p. 175.

1107 I: fin de protección del contrato), y que por la intención del sujeto, que directamente pretende causar un daño al otro contratante, o por la propia anti-juridicidad del acto (acto contrario a una norma o a las exigencias de la buena [fe]) justifica una imputación de responsabilidad al deudor fundada en la ilicitud de su conducta y no exclusivamente en el hecho del incumplimiento»³⁴⁹.

Por último, apoyándose también en la óptica del análisis económico del Derecho, debe destacarse la solución formulada por GÓMEZ POMAR, quien se pronuncia, en términos muy similares a los ya expuestos de CARRASCO PERERA y MORALES MORENO, en favor de una configuración restrictiva del incumplimiento doloso, circunscribiéndolo a aquellos incumplimientos «que sean el producto del ánimo fraudulento, de la intencionalidad antijurídica de causar daño al otro contratante, o del comportamiento puramente oportunista de quien no ha tenido, desde el mismo momento de contratar, intención de hacer honor a los compromisos contractuales»³⁵⁰.

³⁴⁹ MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato...*, op. cit., p. 175. Continúa el autor citado, señalando que «en la definición anterior debemos destacar dos aspectos: Primero: El dolo constituye un supuesto de responsabilidad diferente del que podemos llamar, para entendernos, mero incumplimiento. Segundo: La regla especial de imputación de responsabilidad por dolo en el incumplimiento (art. 1107 II) tiene sentido y cumple una función en la medida en que la regla general (art. 1107 I) no sea suficiente para justificar la indemnización del daño atribuible al dolo. No es necesaria cuando el daño causado por el dolo sea indemnizable, aplicando la regla ordinaria de imputación de daños por incumplimiento... Destacados estos dos aspectos, voy a hacer otras consideraciones sobre la definición de dolo que he propuesto. a) El acto doloso es, al mismo tiempo, «una falta de cumplimiento de la obligación» (art. 1107 II). Esto explica que la responsabilidad derivada del dolo se incluya en el marco de la responsabilidad contractual. Y también justifica la existencia de una regla especial de imputación del daño, fundada en la conducta dolosa. El dolo puede aparecer en cualquiera de las manifestaciones del incumplimiento, susceptibles de generar responsabilidad contractual. Así: en el incumplimiento (doloso) de deberes precontractuales de información, en el de deberes de prestación, en el de deberes de cuidado. Pondré algunos ejemplos. 1) En el ejemplo que utiliza Pothier (*pecus morbosus*), el dolo implica el incumplimiento de un deber precontractual de información, sobre una circunstancia que provoca que el bien vendido puede causar daños a otros bienes del comprador (Cfr. art. 1486 II). 2) El dolo del deudor puede manifestarse en el incumplimiento (o cumplimiento defectuoso) de un deber de prestación. Por ejemplo: en una venta genérica, el vendedor conoce que el objeto entregado puede causar daños al comprador. O, existiendo un compromiso de prestar dinero en un determinado momento, el prestamista incumple su obligación con la intención de privar al comprador del beneficio de la inversión que sabe va a realizar. En este caso, aunque ese daño no esté comprendido en el fin de protección del contrato, es indemnizable por haber sido causado intencionadamente. 3) El dolo del deudor puede manifestarse, igualmente, en el incumplimiento intencionado de deberes de cuidado, con el que el deudor trata de causar un daño a un bien del acreedor (p. ej., quemar un cuadro) o en el que puede prever la segura producción del daño. b) El carácter ilícito de la conducta dolosa bajo la que se manifiesta el incumplimiento justifica la aplicación de una regla de imputación objetiva distinta de la general de la responsabilidad contractual. Y genera un deber de indemnizar los daños causados, en una medida que no se determina conforme a la previsión del contrato (fin de protección del contrato), sino conforme a la protección que merece el bien lesionado y a la consideración de la conducta dolosa», *Incumplimiento del contrato...*, op. cit., pp. 175 y 176.

³⁵⁰ GÓMEZ POMAR, F., «El incumplimiento contractual...», op. cit., p. 11. *ViD.*, también en la misma obra y página citada, las notas al pie núms. 11 y 12.

Con carácter previo a establecer cuál o cuáles de las anteriores afirmaciones de la doctrina consideramos más adecuadas en relación a la caracterización del dolo del deudor, estimamos necesario analizar cómo ha resuelto la cuestión nuestro Tribunal Supremo. Destacando algunas de las sentencias más significativas comenzaremos por la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1980: «el incumplimiento reviste matices dolosos, según lo evidencia la explícita invocación en el considerando quinto, “in fine”, de “los arts. 1102 y 1107, párr. 2.º, del C. Civ.”, ya que, ciertamente, ha sido quebrantada con plena voluntariedad su obligación por el porteador, y esa sustracción deliberada al cumplimiento, con la total conciencia de realizar un acto antijurídico, al margen del innecesario elemento de la intención de dañar, constituye propia característica del dolo, según entiende la más prestigiosa doctrina y lo ha proclamado esta Sala»³⁵¹.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1984: «dolo civil en que incurrieron los arrendatarios, realizando un acto contrario a derecho y alegando absurda e improcedentemente la existencia de otra relación jurídica... el incumplimiento de la prestación debida, con imputable inobservancia de la obligación, impone al infractor el condigno resarcimiento de los daños ocasionados, que en la hipótesis de dolo, existente cuando la transgresión se produjo voluntariamente y por tanto con plena conciencia de la antijuridicidad del acto»³⁵². Resaltamos también la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1997: «el incumplimiento doloso del mismo presupone una deliberada intención de no cumplirlo»³⁵³. Finalmente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1999: «el Código Civil no da una noción de dolo en el incumplimiento de la obligación, a diferencia de lo que ocurre con el vicio de la voluntad en el art. 1269 de dicho Texto Legal, pero en el art. 1107 no desconoce y contrapone el deudor de buena fe al que actúa con dolo, como equivalente a mala fe, no siendo preciso para ello la voluntad de dañar o “animus nocendi”, siendo bastante la voluntad consciente de incumplir... Para reputar la existencia de dolo, será preciso partir de unos hechos probados y examinar en los mismos, si la concreta conducta del deudor o parte incumplidora de la obligación, ha sido por una voluntaria y consciente transgresión de la misma. Tal es el concepto inferido de una larga tradición judicial. Ya la añeja Sentencia de 15 de marzo de 1934 (RJ 1934\462) despreció el dolo incumplidor de la obligación asumida como “propósito consciente,

³⁵¹ STS de 21 de junio de 1980, ponente D. Jaime de Castro García (RJ 1980, 2726).

³⁵² STS de 23 de octubre de 1984, ponente D. Jaime de Castro García (RJ 1984, 4971).

³⁵³ STS de 24 de noviembre de 1997, ponente D. Francisco Morales Morales (RJ 1997, 8396).

intencionado de eludir el cumplimiento de las obligaciones”. Más reciente en el tiempo, la Sentencia de 21 de junio de 1980 (RJ 1980\2726) señala al respecto que constituye el quebrantamiento voluntario de la obligación, sustrayéndose a su cumplimiento con total conciencia de realizar un acto antijurídico. Hay incumplimiento doloso, recoge la Sentencia de 23 de octubre de 1984 (RJ 1984\4971), cuando la transgresión (de la obligación) se produjo voluntariamente y por tanto con plena conciencia de la antijuridicidad del acto, pronunciándose en semejante sentido la anterior de 15 de julio de 1983 (RJ 1983\4233). Ya la antigua resolución citada de 15 de marzo de 1934, se cuidaba de señalar, que tal transgresión voluntaria y consciente, en que el dolo consiste, dolo diferente del vicio del consentimiento al que se refiere el art. 1269 del Código Civil, no se presume y ha de probarse por el que lo alega... Por lo demás, ya la Sentencia de 9 de marzo de 1962 (RJ 1962\1230) puso el acento en la dificultad de separación en supuestos concretos entre las fronteras del dolo y de la culpa y en la imposibilidad de fundar el dolo exclusivamente en la intención de dañar, que lo asimilaría al dolo penal y por ella la Jurisprudencia, sin perjuicio de estimar dolosos los daños producidos con malicia e intención, o sea con el propósito de causar daños, como hace en diversas resoluciones –“ad exemplum”, en las de 9 de mayo de 1956, 29 de octubre de 1959, 28 de febrero y 4 de junio de 1949 (RJ 1949\260 y RJ 1949\725)– en otra, como en la de 23 de marzo de 1953 (RJ 1953\1254), admite la posibilidad de estimarlo cuando se demuestra que el demandado rebasa los límites del uso de la cosa, señalados en el propio contrato y en otras, como la de 28 de enero de 1944, habla de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo prevenido, es decir que acomoda tal criterio con el art. 1107 del Código Civil, que contrapone la buena fe al dolo y hace coincidir éste con la mala fe y para ello no se precisa la intención de perjudicar y basta tan sólo con infringir de modo voluntario el deber jurídico que pesaba sobre el deudor, conscientemente. En definitiva, ejecuta algo prohibido y hace lo que no debe hacer, lo que repiten más recientemente las Sentencias de 27 de abril y 19 de mayo de 1973 (RJ 1973\1875 y RJ 1973\2339), 21 de junio de 1980 y 23 de octubre de 1984»³⁵⁴.

De la jurisprudencia citada se extrae que, para que la conducta incumplidora del deudor merezca la calificación de dolosa, es suficiente con la concurrencia de voluntariedad y conciencia de la antijuridicidad de la conducta, sin que resulte necesaria la intención de causar un daño, es decir, sin que concurra

³⁵⁴ STS de 30 de noviembre de 1999, ponente D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez (RJ 1999, 8439). También pueden consultarse las resoluciones posteriores de 30 de junio de 2000, ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 2000, 6747) y de 10 de marzo de 2009, ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2009, 2796).

«animus nocendi». Esta línea jurisprudencial coincide con el pensamiento ya expuesto de PANTALEÓN PRIETO, que se decanta a favor de la configuración como dolosa de todo incumplimiento consciente y voluntario, alejándose de toda intención maliciosa de causar un daño³⁵⁵.

7.4 Conclusión

De todo lo expuesto puede concluirse que los PECL, salvo en lo que respecta al incumplimiento gravemente negligente, que no encuentra ningún apoyo en nuestro Derecho, ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia, sí concuerdan con la doctrina jurisprudencial y con el profesor PANTALEÓN PRIETO respecto a que a los incumplimientos voluntarios no se les aplicaría el test de previsibilidad. Por ello que los PECL estarían adoptando un sistema de agravación de la responsabilidad en claro beneficio del acreedor, que sólo con probar la intencionalidad del incumplimiento vería ampliada, siempre con el límite de que los daños resulten objetivamente imputables, su indemnización, incluso de aquellos daños imprevisibles.

Nos llama la atención que si los PECL excluyen la aplicación del test de previsibilidad en los supuestos de incumplimiento intencionado y con negligencia grave, ¿dónde tendrían cabida los supuestos de dolo, fraude o engaño en la fase precontractual? ¿Podría sostenerse a *sensu contrario* o por exclusión que tales tipos de conductas se favorecerían del test de previsibilidad?

El artículo 4:107, titulado «Dolo», dispone que «(1) Una parte puede anular el contrato cuando su consentimiento se ha obtenido por medio de una actuación dolosa de la otra parte, de palabra o de acto, o porque la otra parte ocultó maliciosamente alguna información que debería haber comunicado si hubiera actuado de buena fe. (2) La actuación de la parte o su silencio son dolosos si su objeto era engañar. (3) Para determinar si, de acuerdo con la buena fe, una parte tenía la obligación de comunicar una información concreta, deberán considerarse todas las circunstancias y en especial: (a) si la parte tenía conocimientos técnicos en la materia; (b) el coste de obtener dicha información; (c) si la otra parte podía razonablemente obtener la información por sí misma, y (d) la importancia que aparentemente tenía dicha información para la otra parte». Además de la posibilidad de anular el contrato, lo que pone de manifiesto la gravedad de la situación que se está contemplando, el artículo 4:117, denominado «Daños y perjuicios», establece

³⁵⁵ PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad...», *op. cit.*, p. 1034.

que «(1) *La parte que denuncia un contrato en virtud del presente capítulo podrá solicitar de su contraparte una indemnización que le permita volver a una situación lo más parecida posible a la que tendría de no haberse celebrado el contrato, siempre que la otra parte hubiera sabido o hubiera debido saber que existía error, dolo, intimidación, un beneficio excesivo o una ventaja injusta...* (3) *Por lo demás y con los ajustes que correspondan se aplicarán a la indemnización por daños y perjuicios las disposiciones correspondientes de la sección 5 del capítulo 9*»³⁵⁶.

Si partimos del clásico ejemplo de POTHIER de la venta de la vaca a sabiendas de que padecía una enfermedad contagiosa, con el resultado de que no sólo muere la vaca vendida, sino también el resto del rebaño: ¿De qué daños debe responder el deudor que oculta maliciosamente la información sobre tal enfermedad aplicándose el artículo 9:503 PECL? ¿Dónde encajaría la conducta maliciosa del vendedor? ¿Se le aplicaría el test de previsibilidad al tratarse de un incumplimiento en el que no concurre intencionalidad ni negligencia grave? ¿O se trataría de un incumplimiento intencionado o gravemente negligente? El artículo 4:117 aplicable a los supuestos de dolo, fraude o engaño permite que el acreedor que lo sufre pueda solicitar indemnización de daños y perjuicios. El problema se encuentra en decidir dentro de qué sistema de delimitación del *quantum respondatur* se encajaría, si en el general, es decir, el del deudor ordinario, o en la excepción, que excluye la aplicación de la regla la previsibilidad. Siendo coherentes con los antecedentes remotos de la regla en POTHIER, creo que la respuesta correcta debe ser que a los deudores en los que concurre un comportamiento doloso, fraudulento o con engaño no se les aplicaría el test de previsibilidad, es decir, recibirían un tratamiento similar al de los que incumplen con intencionalidad o negligencia grave. Ya se dijo que fueron tales comportamientos los que se encuentran en el origen de la extensión de la responsabilidad de los denominados, desde el Digesto, deudores dolosos. Carecería de cualquier tipo de justificación que a tales deudores maliciosos se les aplicara el mismo tratamiento en el alcance de la responsabilidad que a los deudores ordinarios. Es pacífica en nuestra doctrina, que a los daños derivados de tales conductas se les aplica el párrafo segundo del artículo 1107 del Código Civil.

³⁵⁶ Vid., GARCÍA RUBIO, M.^ªP., «La responsabilidad precontractual en la propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos», *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXV, Número 2130, Abril de 2011, pp. 11 a 15 y «Perspectiva y prospectiva en tres casos de responsabilidad surgida en la etapa de negociación de un contrato», *Nuevas Perspectivas del Derecho Contractual*, AA. VV., (Esteve Bosch Capdevila Director), Bosch, Barcelona, 2012, p. 280.

8. EL DAÑO IMPUTABLE AL ACREEDOR

Junto al artículo 9:503 ya estudiado, la delimitación del *quantum respondatur* exige también el análisis de los artículos 9:504, en virtud del cual la parte perjudicada no puede ser resarcida por las pérdidas provocadas o agravadas de forma irrazonable por su propio comportamiento, y 9:505, relativo al deber del acreedor de mitigar el daño. Ambos artículos configuran lo que puede denominarse la posición jurídica del acreedor que sufre el incumplimiento³⁵⁷. Por ello, dichos preceptos intervienen decisivamente en la configuración del montante indemnizatorio.

8.1 El daño producido por el acreedor

El párrafo tercero del artículo 8:101 de los PECL establece que la parte que sufre el incumplimiento «no puede recurrir a los medios dispuestos en el capítulo 9 en la medida en que haya provocado el incumplimiento de la otra parte». Se refiere al supuesto de que sea la propia persona perjudicada por el incumplimiento la que lo hubiera producido con su conducta³⁵⁸. Constituye este párrafo una manifestación del principio de buena fe en el que se inspira todo el articulado de los PECL: en efecto, sería contrario al mencionado principio que el perjudicado dispusiera de algún remedio ante un incumplimiento que él mismo hubiera provocado. En este supuesto, se trata de una limitación absoluta, ya que la parte perjudicada no podrá acudir a ninguno de los remedios establecidos en los PECL³⁵⁹. Al respecto, indica el profesor LANDO que

³⁵⁷ PALAZÓN GARRIDO, M.L., afirma que «para fijar la medida de los daños, otro parámetro que los PECL (como la CISG y los Unidroit) exigen tener en cuenta es la actitud del propio acreedor. En consecuencia, el deudor no será responsable de las pérdidas atribuibles a la parte perjudicada (art. 9.504), y se impone al acreedor el deber de mitigar los daños (art. 9.505), cuyo incumplimiento conlleva la reducción de la indemnización», «El nuevo derecho...», *op. cit.*, p. 91.

³⁵⁸ Sobre los efectos que tiene en el Derecho comparado el incumplimiento causado por el acreedor en los remedios, señalan LANDO, O., BEALE, H., que «there is agreement among the legal systems that a non-performance which is due solely to the other party's wrongful prevention does not give the alter any remedy. In most of the systems the party who has prevented performance will himself be the non-performing party against whom the remedies may be exercised. However, BELGIAN, DUTCH, GERMAN, GREEK and NORDIC law it is not generally considered to be a *tekortkoming*, *Vertragsverletzung* or *Kontraktsbrott* to prevent performance by the other party. It will depend upon whether the acceptance of the performance is a main obligation (*Hauptpflicht*) of the creditor», *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, *op. cit.*, p. 362.

³⁵⁹ Sobre la no disponibilidad de remedios cuando el incumplimiento es debido a la acción u omisión del acreedor, *vid.*, entre otros: Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, p. 327; LANDO, O., «El derecho contractual...», *op. cit.*, p. 13; LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, pp. 360 y 361; PALAZÓN GARRIDO, M.L., «El nuevo derecho...», *op. cit.*, p. 84.

«if the non-performance is caused by an act or omission on the part of the creditor he may not resort to any of the remedies. There is no remedy if the creditor is unable to receive performance, even when this is due to an impediment beyond his control»³⁶⁰. De forma semejante, en el párrafo segundo del artículo 1188 PMCC se indica que «*nadie podrá invocar el incumplimiento que haya sido causado por la acción u omisión del que lo invoque*».

Por lo que respecta a la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, el párrafo tercero del artículo 8:101 debe ponerse en conexión con los artículos 9:504 y 9:505. Y ello porque ambos son una concreción de la obligación general del acreedor de no provocar el incumplimiento o aumentar sus daños, ya sea por acción o por omisión, y constituyen las reglas de comportamiento que el acreedor debe respetar ante los supuestos de incumplimiento. Y el párrafo tercero es el efecto que la vulneración de las reglas anteriores tiene sobre los remedios a los que puede acudir el perjudicado.

En este epígrafe vamos a analizar conjuntamente los artículos 8:101 (3) y 9:504, al ser éste una aplicación particular del anterior.

El propio Comentario de los PECL al artículo 8:101 se plantea el problema de que el perjudicado hubiera contribuido solo parcialmente al incumplimiento del contrato: «*When the loss is caused both by the debtor –which has not performed– and the creditor –which has partially caused the breach by its own behaviour– the creditor should not have the whole range of remedies*»³⁶¹. Es decir, que a la producción del incumplimiento hayan contribuido las conductas tanto del acreedor como del deudor, lo que puede denominarse concurrencia de conductas motivadoras del incumplimiento o incumplidoras. La versión española de los PECL emplea la siguiente frase «cuando las pérdidas se producen tanto por culpa del deudor –que incumple– como por parte del acreedor –que provoca en parte el incumplimiento a causa de su propio comportamiento–». Consideramos desacertada esta versión al hacer referencia a la expresión *culpa*, puesto que en el texto original no aparece la expresión *fault*, además de que uno de los logros de los PECL, en la línea ya iniciada por otros textos uniformes de la contratación supranacional, es alejarse de la exigencia de la culpa como presupuesto del incumplimiento.

Como ya se ha indicado, el efecto del incumplimiento causado íntegramente por el acreedor es la ausencia de remedios a su disposición; cabe ahora cuestionarse qué efecto tendrá la concurrencia de las conductas de acreedor y

³⁶⁰ LANDO, O., «The Structure and the Salient Features of the Principles of European Contract Law», *Jurídica International*, VI/2001, p. 11.

³⁶¹ LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II...*, op. cit., p. 362.

deudor en la producción del incumplimiento. El Comentario de los PECL continúa en los siguientes términos: «*La contribución del acreedor al incumplimiento afectará al remedio en la medida en que el incumplimiento de la otra parte haya sido provocado por sus propias acciones u omisiones. Estos efectos podrán ser totales, en el sentido de que el acreedor no pueda ejercer remedio alguno, o parciales*»³⁶². Según lo anterior, el perjudicado, coautor del incumplimiento, verá limitados los remedios en la medida en que el incumplimiento de la otra parte haya sido provocado por su propia conducta³⁶³. Pero la limitación a que hace referencia el Comentario parece centrarse en una limitación respecto al número de remedios disponibles para el acreedor, es decir, a la facultad de ejercitar un remedio u otro. Consideramos más adecuado hacer extensiva dicha solución, en el sentido de que la limitación refiriéndose a los remedios en sí mismo considerados también lo sea en cuanto a la vigorosidad del remedio. Si bien el texto del Comentario no resulta lo suficientemente claro, sí confirma nuestra opinión el ejemplo que ofrecen los comentaristas: «*A celebra un acuerdo para transportar cristal de B entre Copenhague y París, pero somete los embalajes a algunos golpes que normalmente habrían provocado la rotura de las piezas frágiles, pero no las piezas de cristal grueso. En cualquier caso, B no había envuelto correctamente ninguna pieza y se destroza todo. B se puede negar a pagar los gastos de transporte y podrá recuperar el importe de los daños en lo que respecta al cristal frágil, pero no en lo que respecta al cristal grueso*»³⁶⁴.

Por su parte, el artículo 9:504 dispone que: «*Cuando el perjudicado hubiera contribuido al incumplimiento o a sus efectos, la parte que incumple no responde de las pérdidas sufridas por la parte perjudicada en lo que es consecuencia de dicho comportamiento*»³⁶⁵. Como se afirma en su Comentario, dicho artículo contempla «el principio de que el perjudicado no debería reclamar

³⁶² LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 527.

³⁶³ Acerca del incumplimiento causado en todo o en parte por el acreedor, *vid.*, entre otros: LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 527 y 528. Para Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., «la redacción del art. 8.101 (3) permite tener en cuenta el caso en que el incumplimiento sea sólo parcialmente imputable al acreedor», *op. cit.*, p. 327.

³⁶⁴ LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 527 y 528.

³⁶⁵ *Vid.*, sobre el art. 9:504, entre otros: CHENGWEI, L., *op. cit.*, pp. 16 a 20; Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, pp. 382; GÓMEZ POMAR, F., «El incumplimiento contractual...», *op. cit.*, p. 23; MARI, A., «Commentary Arts. 9:501 a 9:510», en AA. VV., *Principles of European Contract Law and Italian Law*, (edited by Luisa Antonioli y Anna Veneziano) Kluwer Law International, The Netherlands, 2005, pp. 453 a 455; MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., «Mecanismos de protección...», *op. cit.*, p. 469 y NAVAS NAVARRO, S., «El resarcimiento de...», *op. cit.*, p. 1242.

daños y perjuicios si las pérdidas que ha sufrido se deben a un comportamiento suyo irrazonable»³⁶⁶.

El comportamiento o conducta irrazonable puede englobar cualquiera de las siguientes tres situaciones:

– Que el acreedor haya contribuido en todo o en parte al incumplimiento del contrato, supuesto que coincide con el contemplado en el párrafo tercero del artículo 8:108³⁶⁷. Resulta muy ilustrativo el ejemplo que se describe en el Comentario: «*B le encarga a S un sistema de ordenador con una configuración especial para que B, titular de una inmobiliaria, pueda enviar a sus posibles clientes detalles sobre las viviendas que se encuentran en el mercado inmobiliario y que se adecúen a las necesidades de estos clientes. El sistema informático no funciona de manera adecuada, debido en parte a errores en la configuración y, en parte, a que las instrucciones que B dio a S fueron incompletas. Las pérdidas de B son irrecuperables en aquello que se deba a que sus instrucciones fueron incorrectas*»³⁶⁸.

– Cuando el incumplimiento del contrato no deriva de la conducta del acreedor, pero sí ha provocado un aumento del daño producido por el mismo³⁶⁹. Como ejemplo de este supuesto se pone el siguiente: «*A toma en alquiler un ordenador que, conforme al contrato, es adecuado y se encuentra listo para su uso en Inglaterra, donde el voltaje es de 240v. El ordenador que se le suministra puede operar en diferentes niveles de voltaje e, incumpliendo el contrato, se encuentra fijado a 110v. En la pantalla del ordenador se encuentra pegado un cartel muy evidente que advierte de la necesidad de comprobar el voltaje antes de usar el ordenador. A no hace caso de esta advertencia y enciende el ordenador sin comprobar el voltaje. El ordenador sufre importantes daños cuya reparación supone a A un importe de 1.500 £. El tribunal puede adoptar la postura de que, al menos, la mitad de la culpa es de A y concederle únicamente una indemnización de 750 £*»³⁷⁰.

– Una última situación se produce cuando el daño producido podría haber sido evitado total o parcialmente de haberse adoptado por el acreedor una conducta razonable para mitigarlo. Es lo que se conoce como «deber de

³⁶⁶ LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, op. cit., p. 655.

³⁶⁷ «*El perjudicado no puede percibir una indemnización por las pérdidas resultantes de una acción u omisión propia si con su comportamiento contribuyó al hecho de que se incumpliera el contrato*», LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, op. cit., p. 655.

³⁶⁸ *Ult. op. cit.*, p. 655.

³⁶⁹ «*Si el perjudicado, pese a no ser responsable del incumplimiento en modo alguno, aumenta sus efectos adversos, no podrá recuperar el importe de los daños que resulten de pérdidas adicionales*», *ult. op. cit.*, p. 656.

³⁷⁰ *Ult. op. cit.*, p. 656.

mitigar el daño» o «*duty to mitigate*», que se regula en el artículo 9:505 y, que será objeto de estudio en el epígrafe siguiente.

En el Comentario del artículo 9:504 se justifica la regulación de las tres situaciones anteriores en dos artículos, afirmando que «*algunos ordenamientos separan dichas situaciones, al menos en lo que se refiere a su naturaleza y desarrollo. Por ejemplo, el ordenamiento inglés considera las dos primeras situaciones como negligencia coadyuvante (“contributory negligence”), mientras que la tercera entraría en el denominado incumplimiento del deber de mitigar los daños (“failure to mitigate”). En la mayoría de los ordenamientos jurídicos de la Europa continental no se distingue entre ambos conceptos, pese a que se llega a resultados similares aplicando principios tales como el de la causalidad*»³⁷¹.

El antecedente del artículo 9:504 se encuentra en el artículo 80 de la CISG, que dispone que: «*Una parte no podrá invocar el incumplimiento de la otra en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de aquélla*»³⁷². En relación al precepto de la CISG, afirman ILLESCAS ORTIZ y PERALES VISCASILLAS que «parece innecesaria, y que derivaría del principio de buena fe o del principio *venire contra factum proprium*, pero que, no obstante, se quiso incluir para hacerla explícita»³⁷³.

A la regulación de las consecuencias en el monto indemnizatorio de las pérdidas causadas por el perjudicado se dedica en los PICC el artículo 7.4.7, intitulado «*Daño parcialmente imputable a la parte perjudicada*»³⁷⁴.

De forma especular al artículo 9:504, el III-3:704 del DCFR titulado «*Loss attributable to creditor*» señala que «*the debtor is not liable for loss*

³⁷¹ *Ult. op. cit.*, p. 655.

³⁷² *Vid.*, sobre el art. 80, entre otros: HONNOLD, J.O., *Uniform Law For International Sales*, Third Edition, Kluwer Law International, 1999, pp. 496 a 500; ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, pp. 246 y 247; SALVADOR CODERCH, P., «Comentario artículos 79 y 80», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, (dirigido y coordinado por Luis Díez-PICAZO Y PONCE de León), Civitas, Madrid, 1998, pp. 657 a 659; STOLL, H., «Commentary Art. 79 y 80», en AA. VV., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Second Edition (in translation), (Edited by Peter Schlechtriem), Translates by Geoffrey Thomas, Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 627 a 631; TALLON, D., «Commentary Arts. 79 y 80», en AA. VV., *Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention*, (By C. M. Bianca y M. J. Bonell, coord. By M. J. Bonell), ed. Giuffrè, Milan, 1987, pp. 596 a 600.

³⁷³ ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, p. 246.

³⁷⁴ «Cuando el daño se deba en parte a un acto u omisión de la parte perjudicada o a otro acontecimiento por el que esa parte asume el riesgo, la cuantía del resarcimiento se reducirá en la medida en que tales factores hayan contribuido al daño, tomando en consideración la conducta de cada una de las partes». *Vid.*, MCKENDRICK, E., «Commentary Arts. 7.4.1...», *op. cit.*, pp. 897 a 900; y VIGURI PEREA, A., *Los Contratos Comerciales...*, *op. cit.*, p. 243 y 244.

suffered by the creditor to the extent that the creditor contributed to the non-performance or its effects». El Comentario y los ejemplos coinciden literalmente con los del artículo 9:504 de los PECL. La contribución al daño del acreedor también ha sido contemplada en el artículo 162 CESL: «*el deudor no será responsable de las pérdidas sufridas por el acreedor en la medida en que este último haya contribuido al incumplimiento o sus efectos*»³⁷⁵.

Por lo que respecta a nuestro Derecho, los supuestos en los que la conducta del deudor produce o agrava el daño se han denominado «conurrencia de culpas» y han sido atraídos al campo de la responsabilidad contractual desde la extracontractual. Al respecto, afirma DÍEZ-PICAZO que «la doctrina y la jurisprudencia han estudiado en términos generales el llamado problema de la concurrencia de culpas en el agente productor de un daño y en el perjudicado o sujeto pasivo del mismo, para tratar de decidir si la existencia de culpa del perjudicado excluye la responsabilidad del autor causante del daño o si, por el contrario, en lugar de producir una recíproca compensación de culpas, deben los tribunales según los casos moderar o disminuir la responsabilidad. Este problema, examinado sobre todo en la llamada responsabilidad extracontractual o aquiliana, parece aplicable al caso de la responsabilidad contractual. Naturalmente, tratándose del deudor, deberá examinarse la medida en que el daño es imputable a él. Tratándose del acreedor deberá enjuiciarse el alcance que haya tenido la inobservancia de las cargas que sobre él pesaban»³⁷⁶.

Hasta aquí se ha afirmado que el párrafo tercero del artículo 8:101 y el artículo 9:504 PECL no son más que una manifestación o concreción del principio general de buena fe. Estimando correcto lo anterior, consideramos interesantes las indicaciones de CARRASCO PERRERA al situar la cuestión del daño imputable al acreedor en la esfera del nexo causal: «el acreedor es el causante de su propio daño cuando éste deriva de su intromisión en el curso causal, determinando directamente la producción o el agravamiento del daño. El acreedor carga con el daño que se produce como consecuencia necesaria de su conducta. Siempre, ciertamente, que el deudor no haya creado la situación de riesgo ilícito, que motivó la conducta del acreedor con ánimo de impedir la realización o agravamiento del daño. O que la situación de riesgo creada por el deudor sea de tal entidad que excluya la relevancia del riesgo a su vez creado por el acreedor. Si la conducta del acreedor no puede ser considerada como la “causa necesaria” de todo el daño, el TS opera en estos casos con el clásico y

³⁷⁵ Vid., VAQUER ALOY, A., «La indemnización de...», *op. cit.*, p. 16.

³⁷⁶ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho...*, *op. cit.*, p. 737. Vid., también CARRASCO PERRERA, A., *Derecho de Contratos*, *op. cit.*, p. 1257; CRISTÓBAL MONTES, A., *El incumplimiento de las obligaciones*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 276 a 283.

mal llamado principio de compensación de culpas, distribuyendo el coste del daño de forma discrecional, en función de la ponderación de la entidad del riesgo creado por cada parte»³⁷⁷.

8.2 El deber de mitigar el daño

La mitigación del daño se configura en los PECL, al igual que en los artículos 77 CISG³⁷⁸, 7.4.8. PICC³⁷⁹, III–3:705 DCFR³⁸⁰ y 153.1 CESL³⁸¹ como una carga que tiene la parte que sufre el incumplimiento y que deriva de los principios de causalidad y de buena fe contractual. No se trata de una obligación jurídicamente exigible, sino de una carga *–onere* o *eine blosse Obliegenheit*– que tiene el acreedor de una indemnización de daños y perjuicios. Como

³⁷⁷ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos*, op. cit., p. 1257. Al respecto *vid.*, las SSTs de 27 de junio de 1983, ponente D. Antonio Sánchez Jáuregui (RJ 1983, 3691), de 8 de mayo de 1984, ponente D. Carlos de la Vega Benayas (RJ 1984, 2400), de 26 de mayo de 1988, ponente D. Antonio Fernández Rodríguez (RJ 1988, 4338), que cita dicho autor.

³⁷⁸ «La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluso el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debería haberse reducido la pérdida». *Vid.*, sobre el art. 77 CISG, entre otros: HONNOLD, J.O., *Uniform Law...*, op. cit., pp. 456 a 464; KNAPP, V., «Commentary Arts. 74 a 77», en AA. VV., *Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention*, (By C. M. Bianca y M. J. Bonell, coord. by M. J. Bonell), Giufre, Milán, 1987, pp. 559 a 567; OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Aceptación, contraoferta y modificación del contrato de compraventa internacional a la luz del artículo 8 del Convenio de Viena, la indemnización de daños y perjuicios y el “deber de mitigar” “ex” artículo 77 CISG. Comentario a la STS de 28 de enero 2000 (RJ 2000, 454)», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2000, I, número 5, pp. 218 y 219; SOLER PRESAS, A., «Comentario a los artículos 75 a 77», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, (dirigido y coordinado por Luis Díez-PICAZO y PONCE de León), ed. Civitas, Madrid, 1998, pp. 621 a 628; STOLL, H., «Commentary Arts. 74 a 77», en AA. VV., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), Second Edition (in translation)*, (Edited by Peter Schlechtriem), Translates by Geoffrey Thomas, Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 585 a 590; VÁZQUEZ LEPINETTE, T., *Compraventa internacional de Mercaderías. Una Visión Jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 208 y 209. Recientemente, sobre el deber de mitigar el daño en los textos del moderno derecho de los contratos y en nuestro Derecho, *vid.*, PALAZÓN GARRIDO, M.L., *Los remedios frente...*, op. cit., pp. 218 a 223; PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P., «La carga de evitar o mitigar el daño derivado del incumplimiento del contrato», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N.º 1, 2015, pp. 1 a 63; y VAQUER ALOY, A., «La indemnización de...», op. cit., pp. 17 a 19.

³⁷⁹ «Atenuación del daño: (1) La parte incumplidora no es responsable del daño sufrido por la parte perjudicada en tanto que el daño pudo haber sido reducido si esa parte hubiera adoptado medidas razonables. (2) La parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualquier gasto razonablemente efectuado en un intento por reducir el daño».

³⁸⁰ «Reduction of loss: (1) The debtor is not liable for loss suffered by the creditor to the extent that the creditor could have reduced the loss by taking reasonable steps. (2) The creditor is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the loss».

³⁸¹ «El deudor no será responsable de las pérdidas sufridas por el acreedor en la medida en que este último hubiera podido mitigarlas tomando medidas razonables».

ha afirmado CRISCUOLI «il dovere rivolto a mitigare il danno dal punto di vista técnico corrisponde, come è pacificamente e tradizionalmente riconosciuto in dottrina e in giurisprudenza, all'osservanza di ciò che secondo la nostra terminología si definisce un "onere" o "dovere libero", quanto incoercible da chicchessia, ma necessitato, nel senso che il suo rispetto è essenziale per la realizzazione dell'interesse del soggetto medesimo che ne è investito»³⁸². Es una carga, un gravamen del perjudicado que reclama la indemnización de los daños porque su cumplimiento no puede ser jurídicamente exigible; el único efecto que deriva de su incumplimiento es la no indemnización de las pérdidas que pudieron ser evitables o mitigadas. Como indica STOLL «failure to take such a measure does not result in a liability to pay a damages, but precludes recovery of any loss which could have been prevented»³⁸³. En Nuestro Derecho, un amplio sector de la doctrina se pronuncia sobre la naturaleza de carga de la mitigación del daño³⁸⁴. No obstante lo anterior, VÁZQUEZ LÉPINETTE, MARSAL GUILLAMET y LAUROBA LACASA³⁸⁵ afirman que la mitigación del daño es una obligación del perjudicado, si bien el primer autor señala que es jurídicamente exigible, no sabemos cómo; y los segundos, que su incumplimiento «genera efectos específicos: la reducción del crédito»³⁸⁶. Considero que se trata de una carga del acreedor de la indemnización, porque no se le impone coactivamente. Técnicamente no existe una sanción por su incumplimiento, simplemente tiene como consecuencia que no recuperará todos los daños sufridos, sino sólo los que no podían ser evitados ni aminorados.

El artículo 9:505 establece que: «(1) *La parte que incumple no responde de las pérdidas sufridas por el perjudicado en aquello que éste hubiera podido mitigar adoptando medidas razonables.* (2) *El perjudicado tiene derecho a*

³⁸² CRISCUOLI, F., «Il dovere di mitigare il danno subito», *Rivista di Diritto Civile*, Año XVIII, 1972, p. 557.

³⁸³ STOLL, H., «Commentary Art. 74 a...», *op. cit.*, p. 586.

³⁸⁴ PANTALEÓN PRIETO, F., «Las nuevas bases...», *op. cit.*, p. 1720/960; SOLER PRESAS, A., «El deber de mitigar el daño (A propósito de la STS [1.ª] de 15 de Noviembre de 1994)», *Anuario de Derecho Civil*, 1995, p. 960; Díez-PICAZO, L., *Derecho de daños*, *op. cit.*, p. 322; MORALES MORENO, A.M., *La MODERNIZACIÓN...*, *op. cit.*, p. 218; y CARRASCO PERERA, A., *Derecho de CONTRATOS*, *op. cit.*, p. 1259.

³⁸⁵ MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., «Mecanismos de protección...», *op. cit.*, p. 469

³⁸⁶ En la misma línea, afirma ADAME GODDARD, J., «Las obligaciones del comprador en la compra-venta internacional», *Revista de Derecho Privado*, Año 3, Número 9, 1992, p. 501 en relación al art. 77 CISG que «se trata de una obligación puesto que el vendedor puede exigirle responsabilidad por no haber tomado esas medidas. En efecto, cuando el comprador reclame al vendedor el pago de daños y perjuicios que sean consecuencia del incumplimiento de alguna de sus obligaciones, el vendedor podrá pedir que se reduzca el monto de la indemnización de daños y perjuicios que él deba si el comprador no tomó medidas adecuadas para reducir, en lo posible, esos daños y perjuicios. Se trata, por consiguiente de una obligación que es exigible, no por vía de compensación o reconvencción, pero ciertamente exigible».

*recuperar el importe de aquellos gastos razonables que hizo al intentar mitigar el daño»*³⁸⁷.

El anterior precepto consta de dos partes claramente diferenciadas:

– El párrafo primero establece el deber de mitigar el daño propiamente dicho. El supuesto de hecho es que la parte que sufre el incumplimiento no ha adoptado las medidas necesarias para minimizar los daños. La consecuencia jurídica de la anterior inobservancia es que el acreedor no tendrá derecho a la indemnización de los daños y perjuicios que podía haber evitado con una actuación razonable, lo que provocará una reducción de la indemnización a percibir. En el Comentario del artículo 9:505 se afirma que *«aun en los casos en que el perjudicado no haya influido en el incumplimiento ni en sus efectos, no podrá percibir una indemnización por los daños que podrían haberse evitado de haberse dispuesto las medidas adecuadas. El incumplimiento del deber de mitigar el daño puede proceder de unos gastos innecesarios o irrazonables por parte del perjudicado o de no haber actuado de manera adecuada para reducir las pérdidas o compensar los beneficios»*³⁸⁸. Con el deber de mitigar el daño afirman MARSAL GUILLAMET y LAUROBA LACASA que *«se pretende tutelar a quien ha incumplido»*³⁸⁹; por su parte SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA indica que *«es una carga para el acreedor del resarcimiento que persigue potenciar (promover) en él comportamientos económicos sensatos que modulen la indemnización»*³⁹⁰. La carga de mitigar el daño es para el acreedor, pero será el deudor incumplidor el que tiene que probar que se ha incumplido dicho deber, y que, por tanto, la suma indemnizatoria debe ser reducida.

– Por otro lado, el párrafo segundo establece el derecho del perjudicado por el incumplimiento al importe de los gastos que haya realizado para mitigar el daño. Derecho de reembolso que no está condicionado por la eficacia de las medidas adoptadas, pues expresamente se señala que se tendrá derecho sobre los gastos razonables que se realizaron *«al intentar mitigar el daño»*. Tanto a los gastos realizados como las medidas adoptadas se les exige como requisito

³⁸⁷ Vid., sobre el art. 9:505, entre otros: CHENGWEI, L., *op. cit.*, pp. 20 a 24; DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *op. cit.*, pp. 382 y 383; GÓMEZ POMAR, F., «El incumplimiento contractual...», *op. cit.*, p. 23; MARI, A., «Commentary Arts. 9:501 a 9:510», en AA. VV., *Principles of European Contract Law and Italian Law*, (edited by Luisa Antonioli y Anna Veneziano) Kluwer Law International, The Netherlands, 2005, pp. 456 a 458; MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., «Mecanismos de protección...», *op. cit.*, p. 469; NAVAS NAVARRO, S., «El resarcimiento de...», *op. cit.*, pp. 1242 y 1243; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., «La moderna regulación de la indemnización...», *op. cit.*, pp. 470 a 474; SOLER PRESAS, A., «La indemnización por resolución...», *op. cit.*, pp. 13 y 14.

³⁸⁸ LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 656.

³⁸⁹ MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., «Mecanismos de protección...», *op. cit.*, p. 469.

³⁹⁰ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., «La moderna regulación de la indemnización...», *op. cit.*, p. 470.

su razonabilidad³⁹¹. En el Comentario se indica que «ocurre con frecuencia que la parte perjudicada tiene que llevar a cabo algunos gastos para mitigar sus pérdidas. Siempre que se trate de un importe razonable, estos gastos adicionales pueden recuperarse... En ocasiones, una parte puede tomar medidas que, en el momento de adoptarlas, parecen razonables para reducir las pérdidas pero que, en realidad, las aumentan. Será indemnizable la totalidad de la pérdida»³⁹².

Lo anteriormente dicho respecto del artículo 9:505 de los PECL, ratifica lo ya indicado por SOLER PRESAS, al comentar la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1994³⁹³ –primera que formalmente propone la carga de mitigar los daños–, de que dicha carga «contiene dos reglas básicas: una negativa, que niega el resarcimiento de aquella pérdida que pudo haberse evitado con un esfuerzo razonable, limitando la indemnización al coste de las medidas que debieron ser adoptadas; y otra positiva, que exige el resarcimiento de todos los gastos que la adopción de medidas mitigadoras *ab initio* razonables haya ocasionado, aunque hayan resultado un fracaso»³⁹⁴.

En nuestro Código civil³⁹⁵ no existe un artículo que de forma expresa recoja el deber de mitigar el daño. En la doctrina, DÍEZ-PICAZO lo describe

³⁹¹ Compartimos con OLIVA BLÁZQUEZ, F., que el principal problema que plantea el deber de mitigar el daño es delimitar qué medidas podrán ser calificadas como razonables. Al respecto indica dicho autor que «en principio, puede afirmarse que son todas las que un hombre de negocios cauteloso y prudente habría tomado ante una situación similar. Entre ellas la doctrina suele incluir, con carácter totalmente prioritario, la conclusión en forma y tiempo razonable de un negocio de cobertura o reemplazo... Evidentemente, el incumplimiento de la obligación de mitigar los daños se produce tanto cuando no se lleva a cabo ninguna operación de reemplazo, como cuando ésta se realiza de una manera poco razonable y contraria al *ordinary course of business*, por lo que el contratante incumplidor tendrá derecho a exigir incluso en este caso una reducción de la indemnización inicialmente calculada “ex” artículo 76 CISG», «Aceptación, contraoferta...», *op. cit.*, p. 218.

³⁹² LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 656.

³⁹³ STS de 15 de noviembre de 1994, ponente D. Francisco Morales Morales (RJ 1994, 8488). DÍEZ-PICAZO, L., cita como paradigmático de un supuesto al que se le debería haber aplicado la regla que analizamos, la STS de 6 de mayo de 1960, ponente Juan Serrada Hernández (RJ 1960, 1716), *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, Tomo I, 2.ª edición, Tecnos, Madrid, 1973, pp. 295 y 296. Sobre la jurisprudencia en torno al deber de mitigar el daño, resulta interesante el recorrido que realiza CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos*, *op. cit.*, pp. 1260 a 1262. También *vid.*, las SSTS citadas por PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P., «La carga de...», *op. cit.*, pp. 8 a 13; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., «La moderna regulación de la indemnización...», *op. cit.*, p. 470 y 471; VAQUER ALOY, A., «La indemnización de...», *op. cit.*, pp. 17 a 19. Las resoluciones más recientes que recogen el deber de mitigar el daño son las SSTS de 9 de julio de 2014, ponente D. José Ramón Ferrándiz Gabriel (RJ 2014, 4523) y de 4 de marzo de 2015, ponente D. Francisco Marín Castán (RJ 2015, 1095).

³⁹⁴ SOLER PRESAS, A., «El deber de...», *op. cit.*, p. 967.

³⁹⁵ El deber de mitigar el daño se encuentra expresamente reconocido en el art. 17 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre de Contrato de Seguro, aunque debe matizarse que tomando como punto de partida un supuesto de hecho muy distinto al que se contempla en este trabajo: «*El asegurado o el tomador deberá emplear los medios a su alcance para aminorar las consecuencias del siniestro. El incumplimiento de este*

como «un deber derivado de la buena fe de evitar la extensión de los daños, adoptando para ello las precauciones que la razonable diligencia exige. Por otra parte, es claro que en un caso semejante se introduce un factor que rompe la relación de causalidad, pues el aumento de los daños no es ya una consecuencia directa e inmediata del incumplimiento, sino de la inacción o de la pasividad del acreedor»³⁹⁶. En similares términos, CARRASCO PERRERA afirma que «el acreedor está sujeto a la carga de mitigar su daño. El acreedor soporta el riesgo del daño no mitigado cuando era razonable que lo hiciera, pero deberá ser resarcido de los costes incidentales en que razonablemente haya incurrido en cumplimiento de la carga de mitigar. En el Derecho común, el fundamento último de esta carga se encontró en la regla de Derecho de que *quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire* (Dig. 50, 17, 203). Hoy podemos considerar esta carga como concreción del principio de buena fe contractual»³⁹⁷.

Finalmente debe indicarse que el deber de mitigar el daño ha sido acogido en el PMCC, cuyo artículo 1211 establece que: «*no responderá el deudor del daño que el acreedor hubiera podido evitar o reducir adoptando para ello las medidas requeridas por la buena fe, pero deberá resarcir los gastos razonablemente ocasionados al acreedor con tal fin, aunque las medidas hayan resultado infructuosas*»³⁹⁸. Dicho artículo se pronuncia en sentido similar al 9:505 de los PECL.

*deber dará derecho al asegurador a reducir su prestación en la proporción oportuna, teniendo en cuenta la importancia de los daños derivados del mismo y el grado de culpa del asegurado...». Al respecto vid., SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario al artículo 17», en AA. VV., *Ley de Contrato de Seguro, Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, (Fernando Sánchez Calero, director), segunda edición (revisada y puesta al día), Editorial Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 300 a 309.*

³⁹⁶ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho...*, *op. cit.*, p. 783 y 784.

³⁹⁷ CARRASCO PERRERA, A., *Derecho de Contratos*, *op. cit.*, p. 1259.

³⁹⁸ En relación al art. 1211 de la PMCC afirma XIOL RÍOS, J.A., que «configura una causa de exoneración de responsabilidad fundada también en un criterio de imputación objetiva, cuál es la circunstancia del incumplimiento por parte de la víctima del deber de evitar o reducir el daño con el consiguiente derecho a resarcirse de los gastos sufridos», «Criterios de imputación...», *op. cit.*, p. 8. *Vid.*, también GÓMEZ CALLE, E., «Los remedios ante...», *op. cit.*, pp. 92 y 93; PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P., «La carga de...», *op. cit.*, pp. 14 y 15; y VAQUER ALOY, A., «La indemnización de...», *op. cit.*, pp. 17 a 19.

BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV., *European Perspectives on the Common European Sales Law* (Javier Plaza Penadés y Luz M. Martínez Velencoso Editors), Springer International Publishing, Switzerland, 2015.
- ACHÓN BRUÑÉN, M.^aJ., *La ejecución dineraria. Cuestiones conflictivas*, Sepin, Madrid, 2009.
- ADAME GODDARD, J., «Las obligaciones del comprador en la compraventa internacional», *Revista de Derecho Privado*, Año 3, Número 9, 1992, pp. 471 a 504.
- ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones, Volumen primero. La obligación y el contrato en general*, 10.^a ed., Bosch, Barcelona, 1997.
- ALBIEZ DOHRMANN, K.J., «La modernización del derecho de obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del derecho privado», *Revista de Derecho Privado*, 2002, pp. 187 a 206.
- ALPA, G.; DELFINO, R., *Il contratto nel Common Law inglese*, 3.^a ed., Cedam, Padova, 2005.
- ÁLVAREZ VEGA, M.I., «Régimen jurídico de la prestación defectuosa. Significación del principio de falta de conformidad en derecho europeo», en AA. VV., *Bases de un Derecho Contractual Europeo* (editores Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 321 a 332.
- ÁLVAREZ VIGARAY, R., «La responsabilidad por daño moral», *Anuario de Derecho Civil*, 1966, pp. 81 a 116.
- ARCOS VIEIRA, M.^aL., *Responsabilidad Civil: Nexo Causal e Imputación Objetiva en la Jurisprudencia*, Aranzadi, Navarra, 2005.
- ATIIYAH, P.S., *An Introduction to the Law of Contract*, Clarendon Press, Oxford, 5.^a ed., 1989.
- BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987.
- BARRIENTOS ZAMORANO, M., *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2007.

■ LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO...

- BARROS BOURIE, E., «Restitución de ganancias por intromisión en derecho ajeno, por incumplimiento contractual y por ilícito extracontractual», en AA. VV., *Derecho de daños*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 11 a 78.
- BELTRAN DE HEREDIA Y ONIS, P., *El incumplimiento de las obligaciones*, Edersa, Madrid, 1990.
- BIANCA, C.M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni: art. 1218-1229*, 2.^a edición, Nicola Zanichelli, Bologna, 1979.
- *Diritto Civile*, vol. V (*La responsabilità*), Giuffrè Editore, Milano, Ristampa de 1997
- BLANDINO GARRIDO, M.^aA., «El incumplimiento del contrato», en AA. VV., *El derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos* (Antoni Vaquer Aloy, Esteve Bosch Capdevila y María Paz Sánchez González, editores), Atelier, Barcelona, 2015, pp. 327 a 353.
- BONELL, M.J., *I Principi Unidroit nella Pratica*, Giuffrè Editore, Milano, 2002.
- BONELLI, F., «La responsabilità per dani», en AA. VV., *Contratti Commerciali Internazionali e Principi Unidroit* (a cura di Michael J. Bonell e di Franco Bonelli), Giuffrè Editore, Milano, 1997, pp. 308 a 338.
- BONVICINI, E., *Il danno a persona, il danno risarcibile e il suo accertamento*, Giuffrè Editore, Milano, 1958.
- BORRELL MACIÁ, A., *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil*, Barcelona, 1942.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «Comentario al artículo 28», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, pp. 229 a 234.
- CAFFARENA LAPORTA, J., «Comentario artículo 2», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, pp. 59 a 67.
- CALVO CARAVACA, A.L., «Comentario artículo 1», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, pp. 45 a 59.
- «Comentario artículo 7», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, pp. 102 a 113.
- «Comentario al artículo 28», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, pp. 560 a 568.
- CALVO CARAVACA, A.L., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., «Capítulo II. El contrato de compraventa internacional de mercancías», en AA. VV., *Contratos Interna-*

- cionales* (directores Alfonso L. Calvo Caravaca y Luis Fernández de la Gándara, coord. Pilar Blanco-Morales Limones), Tecnos, Madrid, 1997, pp. 144 a 399.
- CAPILLA RONCERO, F., *La Responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, Fundación Universitaria de Jerez, 1989.
- CARBALLO PIÑEIRO, L., *La ejecución de condenas de dar*, J. M. Bosch editor, Barcelona, 2001.
- CARRASCO PERERA, A., «Comentario a los artículos 1101 a 1107 del Código Civil», en AA. VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigido por Manuel Albaladejo), Tomo XV, Volumen 1.º, Edersa, 1989, Madrid, pp. 374 a 752.
- *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Navarra, 2010.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, 14 edición, Tomo III (revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero), Reus, Madrid, 1986.
- CASTRONOVO, C., «Inadempimento ed esato adempimento nei Principi Unidroit», en AA. VV., *Contratti Commerciali Internazionali e Principi Unidroit* (a cura di Michael J. Bonell e di Franco Bonelli), Giuffrè Editore, Milano, 1997, pp. 271 a 294.
- CAVANILLAS MÚGICA, S., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1988», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 17, abril-agosto, 1988, pp. 379 a 388.
- CERDÁ OLMEDO, M., «Responsabilidad civil por daños futuros», *Anuario de Derecho Civil*, 1985, pp. 623 a 647.
- CHARTIER, Y., *La réparation du préjudice*, Dalloz, París, 1983.
- CHENGWEI, L., *Remedies for Non-performance: Perspective from CISG, UNIDROIT & PECL*, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei-74.htm1>, pp 1 a 50.
- CHIRONI, G.P. «Danno morale», *Rivista di Diritto Commerciale*, II, 1913, p. 801 a 814.
- CIAN, G., «Lata culpa dolo aequiparatur», *Rivista di Diritto Civile*, 1963, pp. 148 178.
- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (SECCIÓN CIVIL), la *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de obligaciones y Contratos*, Boletín de información, Ministerio de Justicia, Año LXIII, de enero de 2009, Madrid, pp. 1 a 70, consultar en: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198381857/Publicacion/1215327849407/Detalle.html>.
- CONSENTINO, F., «Efficienza economica dell'inadempimento e diritto delle obbligazioni: una verifica delle norme sull'inadempimento del contratto», *Quadrimestre, Rivista di Diritto Privato*, 1988, pp. 484 a 523.
- CORDÓN MORENO, F., ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA, J., TAPIA FERNÁNDEZ, I. (Coordinadores), *Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II, Aranzadi Editorial, Pamplona, 2001.
- CRISCUOLI, F., «Il dovere di mitigare il danno subíto», *Rivista di Diritto Civile*, Año XVIII, 1972 pp. 553 a 606.

- CRISTÓBAL MONTES, A., *El incumplimiento de las obligaciones*, Tecnos, Madrid, 1989.
- «El enigmático artículo 1.107 del Código Civil Español», en AA. VV., *Centenario del Código Civil, Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Tomo I, Madrid, 1990, pp. 559 a 575.
- «El daño moral contractual», *Revista de Derecho Privado*, 1990, pp. 3 a 12.
- DALMARTELLO, A., «Danni morali contrattuali», *Rivista di Diritto Civile*, 1933, pp. 53 a 65
- DAMIÁN MORENO, J., «Comentario al artículo 217», en AA. VV., *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo I (director Lorca Navarrete, Antonio María y coordinador Guilarte Gutiérrez, Vicente), Lex Nova, 2.ª ed., Valladolid, 2000, pp. 1420 a 1426.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., «Comentario a los artículos 1106 y 1107 del Código civil», en AA. VV., *Comentarios al Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 45 a 62.
- «Comentario a los artículos 1.106 y 1.107 del Código Civil», en AA. VV., *Jurisprudencia Civil Comentada, Código Civil*, Tomo II (dirigido Miquel Pasquau Liaño), Comares, Granada, 2000, pp. 45 a 62.
- *Daños punitivos*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012.
- *Derecho de obligaciones en Europa*, Bosch, Barcelona, 2013.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., «Los llamados derechos de la personalidad», *Anuario de Derecho Civil*, 1959, pp. 1231 a 1276.
- *Temas de derecho civil*, Marisal, Madrid, 1972.
- DE COSSIO Y CORRAL, A., «La causalidad en la responsabilidad civil: Estudio del Derecho español», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XIX, fascículo III, julio-septiembre 1966, pp. 527 a 554.
- *Instituciones de Derecho civil*, I, Madrid, 1975.
- *El dolo en el Derecho Civil*, Granada, Comares, 2005.
- DE CUPIS, A., *El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil*, traducción de la 2.ª edición italiana y estudio preliminar por Ángel Martínez Carrión, Bosch, Barcelona, 1975.
- DE GIORGI, M.V., «Danno: I) Teoria Generale», en AA. VV., *Enciclopedia Giuridica*, Instituto della Enciclopedia italiana fondata da Giovanni Treccani, Tomo X, Roma, 1988, pp. 1 a 9.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, I., VEGA TORRES, J., BANACLOCHE PALAO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid
- DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L., *El principio de buena fe*, Barcelona, 1965.
- DE LOS MOZOS, J.L., y LUNA SERRANO, A., «Academia de iusprivatistas europeos de Pavía “Código Europeo de Contratos”», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, número 4, 2001 pp. 713 a 804.
- DE LOS MOZOS, J.L., MAYER-MALY, T., WHINCUP, M.E., WIEACKER, F., «Il futuro “codice europeo dei contratti”», *Il Foro Padano*, 1992, II, pp. 45 a 57.

- DE PABLO CONTRERAS, P., «Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual», en AA. VV., *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones* (coord. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz), Editorial Colex, Madrid, 2000, pp. 177 a 218.
- DEL OLMO GARCÍA, P., «Punitive Damages in Spain», en AA. VV., *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Springer, Viena, 2009, pp. 137 a 154
- DÍAZ PAIRÓ, A., *Teoría general de las obligaciones*, volumen I, 2.^a ed. revisada, La Habana, 1945.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, Tomo I, 2.^a edición, Tecnos, Madrid, 1973.
- «La responsabilidad civil hoy», *Anuario de Derecho Civil*, 1979, pp. 727 a 738.
- «El derecho de obligaciones en la codificación civil española», en AA. VV., *Centenario del Código Civil*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, T. I, Madrid, 1990, pp. 707 a 716.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II Las Relaciones Obligatorias*, 5.^a edición, Civitas, Madrid, 1996.
- «Comentario a los artículos 61 a 65», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (dirigido y coordinado Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, pp. 492 a 513.
- *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 2000.
- «Reforma de los Códigos y Derechos Europeo», *Anuario de Derecho Civil*, 2003, pp. 1565 a 1574.
- «Commodum ex negotiatione», *Anuario de Derecho Civil*, 2007, pp. 1601 a 1617.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II Las Relaciones Obligatorias*, 6.^a edición, Civitas, Navarra, 2008.
- *El escándalo del daño moral*, Thomson-Civitas, Navarra, 2008.
- «La propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos», *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXV, Número 2130, Abril de 2011, pp. 1 a 9.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, V La Responsabilidad Civil Extracontractual*, 1.^a edición, Civitas, Navarra, 2011.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Instituciones de Derecho Civil*, vol. I/2, Tecnos, Madrid, 1998.
- *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I, duodécima edición, Tecnos, Madrid, 2012
- DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002.
- DOMAT, J., *Loix civiles*, Oeuvres, I Paris, 1756.
- DORAL GARCÍA, J.A., «Reparación y sanción. El cumplimiento de las obligaciones en forma específica», *Anuario de Derecho Civil*, 1993, pp. 589 a 598.
- EISELEN, S., *Remarks on the Manner in which the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts May Be Used to Interpret or Supplement Article 74 of the CISG*, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni74.html>.

- ENGISCH, K., *Die Kausalität als Merkmal strafrechtlicher Tatbestände*, Tübingen, 1931.
- ENNECCERUS, L., LEHMAN, H., *Tratado de Derecho civil*, Tomo II, volumen I, traducido por Pérez González y Alguer, Barcelona, 1933.
- ESPIAU ESPIAU, S., «La indemnización del daño moral en los supuestos de incumplimiento contractual», *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, 1.^a edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 1789 a 1798.
- ESPIAU ESPIAU, S., VAQUER ALOY, A., *Bases de un Derecho Contractual Europeo*, en AA. VV. (editores Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, Traducción a cargo de la «Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado» (REDPEC), Coordinada por MIQUEL MARTIN-CASALS, Aranzadi, Navarra, 2008.
- FENOY PICÓN, N., «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Primera: aspectos generales. El incumplimiento», *Anuario de Derecho Civil*, 2010, pp. 47 a 136.
- «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: los remedios por incumplimiento», *Anuario de Derecho Civil*, 2011, pp. 1483 a 1684.
- FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M.A., *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Iurgium Editores, Madrid, 2001.
- FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J., «Comentario al artículo 217», en AA. VV., *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Artículo 1 al 280 (coordinadores Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, José María Rifá Soler y José Francisco Valls Gombau)*, Atelier Editorial, 1.^a reimpresión, Barcelona, 2001, pp. 821 a 829.
- FISCHER, H.A., *Los Daños Civiles y su reparación*, Traducido del alemán con concordancias y un Apéndice sobre el Derecho español por W. Roces, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1928.
- FULLER, L.L., PERDUE, W.R., *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza* (Traducción y comentario de derecho español por José Puig Brutau), Bosch, Barcelona, 1957.
- GALLEGO GARCÍA, R., «Comentario al artículo 217», en AA. VV., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (director Fernando Toribios Fuentes), Lex Nova, 1.^a edición, Valladolid, 2012, pp. 370 a 373.
- GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1974.
- GARCÍA MARTÍN, I., «Comentario al artículo 43. Cálculo de la indemnización de daños y perjuicios», *Comentarios a la Ley de Marcas*, Tomo I (Artículos 1 a 50), Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano (Director), José Antonio García-Cruces González (Director-Adjunto), segunda edición, Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 699 a 720.

- GARCÍA SERRANO, F. DE A., «El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil», *Anuario de Derecho Civil*, 1972, pp. 799 a 851.
- GARCÍA LÓPEZ, R., *Responsabilidad civil por daño moral*, Bosch, Barcelona, 1990.
- GARCÍA RUBIO, M.^ªP., *La responsabilidad precontractual en el derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991.
- *La responsabilidad contractual de las agencias de viaje*, Montecorvo, 1999, Madrid.
- «La ejecución forzosa de la obligación derivada del precontrato en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Algunas Cuestiones», en AA. VV., *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luís Díez-Picazo*, Tomo II, Civitas, Madrid, 2003, pp. 1881 a 1902.
- «Incumplimiento del deber de información, relación de causalidad y daño en la responsabilidad civil médica», en AA. VV., *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Tomo I (coord. por Eugenio Llamas Pombo), ed. La Ley, Madrid, 2006, pp. 801 a 827.
- «Restitución de beneficios obtenidos por intromisión en derecho ajeno, por incumplimiento contractual y por ilícito extracontractual», en AA. VV., *Derecho de daños*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 79 a 133.
- «La responsabilidad precontractual en la propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos», *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXV, Número 2130, Abril de 2011, pp. 1 a 15.
- «La discriminación por razón de sexo en la contratación privada», en AA. VV., *El levantamiento del velo: las mujeres en el Derecho Privado* (LAURA LÓPEZ DE LA CRUZ/MARTA OTERO CRESPO, coordinadoras y MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO/MARÍA DEL ROSARIO VALPUESTA FERNÁNDEZ, directoras), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 1073 a 1119.
- «Perspectiva y prospectiva en tres casos de responsabilidad surgida en la etapa de negociación de un contrato», *Nuevas Perspectivas del Derecho Contractual*, AA. VV. (Esteve Bosch Capdevila Director), Bosch, Barcelona, 2012, pp. 261 a 289.
- «Las obligaciones del vendedor de retirar el bien defectuoso y de instalar el bien de sustitución en caso de saneamiento en una compraventa de bienes de consumo (comentario a la STJUE de 16 de junio de 2011, en los asuntos acumulados Weber y Putz)», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVI, 2013, fasc. I, pp. 323 a 337.
- «Capítulo 24. Los Derechos de la Personalidad», en AA. VV., *Tratado de Derecho de la Persona Física, Tomo II* (M.^ª del Carmen Gete-Alonso y Calera directora y Judith Solé Resina coordinadora), Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 595 a 631.
- «Non Conformity of Goods and Digital Content and its Remedies», en AA. VV., *European Perspectives on the Common European Sales Law* (Javier Plaza Penadés y Luz M Martínez Velencoso Editors), Springer International Publishing, Switzerland, 2015, pp. 163 a 181.

■ LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO...

- GARCÍA RUBIO, M.^ªP., OTERO CRESPO, M., «La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo», *InDret Abril/2010* (www.indret.com), pp. 1 a 62.
- GARCÍA VARELA, R., «El incumplimiento contractual y el daño moral», *Diario La Ley*, de 14 de marzo de 2006, pp. 1 a 4.
- GARRO, A.M., ZUPPI, A.L., *Compraventa internacional de mercaderías*, Ediciones La Roca, Buenos Aires, 1990.
- GAYOSO ARIAS, R., «La reparación del llamado daño moral en el derecho natural y en el derecho positivo», *Revista de Derecho Privado*, 1918, pp. 324 a 331.
- GIL RODRÍGUEZ, J., «Responsabilidad por incumplimiento», en AA. VV., *Manual de Derecho Civil. II Derecho de obligaciones. Responsabilidad civil y Teoría general del contrato* (autores Lluís Puig I Ferrol, María del Carmen Gete-Alonso y Calera, Jacinto Gil Rodríguez y José Javier Hualde Sánchez), Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., segunda edición, Madrid, 1998, pp. 273 a 318.
- GIMBERNAT ORDEIG, I., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966.
- GIORGI, G., *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*, Traducida de la séptima edición italiana y anotada con arreglo a las legislaciones española y americanas, por la Redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Volumen II, Madrid, 1909.
- GIORGIANNI, M., *L'Inadempimento*, Giufre editore, Milano, 1975.
- GOLDENBERG, I., *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1984.
- GÓMEZ CALLE, E., *El contrato de viaje combinado*, Civitas, Madrid, 1998.
- «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia», *Anuario de Derecho Civil*, 2012, pp. 29 a 102.
- GÓMEZ ORBANEJA, E., «La acción civil de delito», *Revista de Derecho Privado*, 1949, pp. 185 a 212.
- GÓMEZ POMAR, F., «El daño moral», *InDret 1/1999* (www.indret.com), pp. 1 a 14.
- «El incumplimiento contractual en el Derecho Español», *InDret 3/2007* (www.indret.com), pp. 1 a 49.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Los principios Lando», en AA. VV., *Derecho Contractual Europeo* (director Esteve Bosch Capdevila, coordinador Decanato del Colegio de Registradores de Catalunya), Editorial Bosch, Barcelona, 2009, pp. 151 a 182.
- GRUNDMANN, S., OCHMANN, F., «German Contract Law Five Years After the Fundamental Contract Law Reform in the Schuldrechtsmodernisierung», *European Review of Contract Law*, 4/2007, pp. 450 a 467.

- GRUNDMANN, S., UHLIG, S., «German Contract Law-Nearly a Decade After the Fundamental Reform in the *Schuldrechts*», *European Review of Contract Law*, 1/2011, pp. 78 a 94.
- HOLMES, O.W., *The Common Law*, Little, Brown and Company, Thirty-Seventh Printing, Boston, 1945.
- HONNOLD, J.O., *Uniform Law For International Sales*, Third Edition, Kluwer Law International, 1999.
- HUBER, U., «Commentary Art. 45», en AA. VV., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Second Edition (in translation), (Edited by Peter Schlechtriem Translates by Geoffrey Thomas), Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 355 a 374.
- «Commentary Art. 28», en AA. VV., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Second Edition (in translation), (Edited by Peter Schlechtriem Translates by Geoffrey Thomas), Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 198 a 209.
- IGARTUA ARREGUI, F., «Comentario a la Sentencia de 9 de mayo de 1984», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 5/136, pp. 1631 a 1644.
- ILLESCAS ORTIZ, R., PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003.
- INFANTE RUIZ, F.J., *La Responsabilidad por Daños: Nexo de causalidad y «causas hipotéticas»*, Tirant Monografías, Valencia, 2002.
- «Apuntes sobre la reforma alemana del Derecho de Obligaciones: la necesitada modernización del derecho de obligaciones y la gran solución», *Revista de Derecho Privado*, 2002, pp. 153 a 171.
- «El desarrollo de la prohibición de discriminar en el derecho de los contratos y su consideración en la jurisprudencia», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, N.º 30, 2013, pp. 169 a 197.
- «Igualdad, diversidad y protección contra la discriminación en el derecho privado», en AA. VV., *Mujeres, Contrato y Empresa desde una perspectiva de género (Carolina Mesa Marrero coordinadora)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 191 a 250.
- JORDANO FRAGA, F., *La Responsabilidad Contractual*, Civitas, 1987, Madrid.
- KLEINHEISTERKANP, J., «Commentary Art. 7.1.7», en AA. VV., *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, (edited by Stefan VOGENAUER AND JAN KLEINHEISTERKANP), Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 766 a 776.
- KNAPP, V., «Commentary Art. 61», en AA. VV., *Commentary on the International Sales Law*, The 1980 Vienna Sales Convention (By C. M. Bianca y M. J. Bonell, coord. by M. J. Bonell), Giufré, Milán, 1987, pp. 442 a 450.
- «Commentary Arts. 74 a 77», en AA. VV., *Commentary on the International Sales Law*, The 1980 Vienna Sales Convention (By C. M. Bianca y M. J. Bonell, coord. by M. J. Bonell), Giufré, Milán, 1987, pp. 538 a 567.

- LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil*, II-1, Librería Bosch, Barcelona, 1977.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F.A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRIA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil II Derecho de Obligaciones*, 2.^a edición. Revisada y puesta al día por Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 2000.
- LAITHIER, Y.M., *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, L. G. D. J, París, 2004.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., *Curso de Derecho de Civil II. Derecho de Obligaciones*, segunda edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- LANDO, O., «Commentary Art. 28», en AA. VV., *Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention* (By C. M. Bianca y M. J. Bonell, coord. by M. J. Bonell), Giufre, Milán, 1987, pp. 232 a 239.
- «Some Features of the Law of Contract in the Third Millennium», *Scandinavian Studies in Law*, <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/40-13.pdf>, pp. 343 a 401.
- «El derecho contractual europeo en el tercer milenio», *Derecho de los Negocios*, 116, 2000, pp.1 a 20.
- «The Structure and the Salient Features of the Principles of European Contract Law», *Jurídica International*, VI/2001, pp. 4 a 15.
- «Principles of European Contract Law and Unidroit Principles: Similarities, Differences and Perspectives», en AA. VV., *Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero* (diretto da M. J. Bonell), Roma, 2002, w3.uniroma1.it/idc/centro/publications/49lando.pdf, pp. 1 a 14.
- «The future development of European civil and comercial law», en AA. VV., *Derecho Patrimonial Europeo* (coordinadores Guillermo Palao Moreno, Lorenzo Prats Albentosa y María José Reyes López), Monografía Asociada a Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, número 10 Thonson. Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 231 a 240.
- «Prefacio», *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte I y II. (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, Edición: Ole Lando y Hugh Beale (Edición española a cargo de Barres Benlloch P., Embid Irujo J. M. y Martínez Sanz F.), Colegios Notariales de España, Madrid, 2003, pp. 15 a 21.
- LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Part I: Performance, Non-performance and Remedies* (Prepared by The Commission on European Contract Law. Chairman: Professor Ole Lando), Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1995.
- *Les principes du droit européen du contract, L'exécution, inexécution et ses suites* (version française, De Lamberterie I., Rouhette G. y Tallon D.), La documentation Française, París, 1997.
- *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, Combined and Revised (Prepared by The Commission of European Contract Law. Chairman: Professor Ole Lando), Edited by Ole Lando and Hugh Beale, Kluwer Law International, The Netherlands, 2000.

- *Principi di Diritto Europeo dei Contratti. Parte I y II. (Commissione per il Diritto Europeo dei Contratti. Pres. Ole Lando)*, (versión italiana a cura di Carlo Castronovo), Giuffrè Editore, Milano, 2001.
 - *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte I y II. (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, Edición: Ole Lando y Hugh Beale (Edición española a cargo de Barres Benlloch P., Embid Irujo J. M. y Martínez Sanz F.), Colegios Notariales de España, Madrid, 2003.
 - *Principles of European Contract Law. Part III* (Prepared by The Commission of European Contract Law. Chairman: Professor Ole Lando), Edited by Ole Lando and Hugh Beale, Kluwer Law International, The Netherlands, 2003.
 - *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte III. (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, Edición: Ole Lando y Hugh Beale (Edición española a cargo de Barres Benlloch P., Embid Irujo J. M. y Martínez Sanz F.), Colegios Notariales de España, Madrid, 2007.
- LARENZ, K., *Derecho de obligaciones. Tomo I*. Versión española y notas de Jaime Santos Briz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.
- LARRAURI I PIJOAN, E., «Notas preliminares para una discusión sobre la imputación objetiva», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988, pp. 715 a 775.
- LASARTE, C., *Derecho de obligaciones. Principios de Derecho civil II*, Tomo II, 15.ª edición, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011.
- *Contratos. Principios de Derecho civil III*, Tomo III, 14.ª edición, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011.
- LEHMANN, M., «Damages and Interest», en AA. VV., *European Perspectives on the Common European Sales Law* (Javier Plaza Penadés y Luz M Martínez Velencoso Editors), Springer International Publishing, Switzerland, 2015, pp. 243 a 261.
- LEÓN GONZÁLEZ, J.M., «De nuevo sobre el artículo 1107 del Código Civil: los daños previstos o previsibles», en AA. VV., *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Tomo II (coord. por Eugenio Llamas Pombo), ed. La Ley, Madrid, 2006, pp. 133 a 147.
- LETE DEL RÍO, J.M., LETE ACHIRICA, J., *Derecho de Obligaciones, Volumen I, Teoría general de la relación obligatoria y del contrato. Derecho de daños*, Aranzadi, Navarra, 2005.
- LLAMAS POMBO, E., *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño del acreedor*, Trivium, Madrid, 1999.
- «Comentario a los artículos 1.096 a 1.109 del Código Civil», en AA. VV., *Jurisprudencia Civil Comentada, Código Civil*, Tomo II (dirigido Miquel Pasquau Liaño), Comares, Granada, 2000, pp. 1791 a 1869.
- LOBATO GÓMEZ, J.M., «El incumplimiento del contrato», en AA. VV., *Código Europeo de Contratos*, Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), t. II, Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos (dir. por Carlos Vattier, José M.ª de la Cuesta y José M.ª Caballero), Dykinson, Madrid, 2003, pp. 371 a 392.

- LOIS ESTÉVEZ, J., «Sobre el concepto de “naturaleza jurídica”», *Anuario de Filosofía del Derecho*, N.º 4, 1956, pp. 159 a 182.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., «Comentario a los artículos 45 a 52», en AA. VV., *La Compra-venta Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, pp. 405 a 461.
- *Fundamentos de Derecho Civil. Doctrinas generales y bases constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., *Derecho Civil Patrimonial I*, en AA. VV. (editores Ángel M. López y López y Rosario Valpuesta Fernández y coordinadores Francisco Infante Ruiz y Laura López de la Cruz), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- MARI, A., «Commentary Arts. 9:501 a 9:510», en AA. VV., *Principles of European Contract Law and Italian Law* (edited by Luisa Antonioli y Anna Veneziano) Kluwer Lax International, The Netherlands, 2005, pp. 443 a 479.
- MARÍN GARCÍA, I., MILÀ RAFEL, R., «Capítulo I. Daño moral contractual», en AA. VV., *El daño moral y su cuantificación* (Fernando Gómez Pomar e Ignacio Marín García, directores), Bosch, Barcelona, 2015, pp. 245 a 305.
- MARSAL GUILLAMET, J., LAUROBA LACASA, E., «Algunos mecanismos de protección en caso de incumplimiento contractual en un futuro derecho europeo de contratos, cumplimiento específico e indemnización por daños y perjuicios», en AA. VV., *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, Civitas, Madrid, 2003, pp. 2455 a 2470.
- «Mecanismos de protección en caso de incumplimiento contractual. Cumplimiento específico e indemnización por daños y perjuicios», en AA. VV., *Bases de un Derecho Contractual Europeo* (editores Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 459 a 470.
- MARTÍN CASALS, M., «Notas sobre la indemnización por daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982», en AA. VV., *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, tomo II, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1231 a 1273.
- MARTÍN CASALS, M., SOLÉ FELIU, J., «Comentario a la STS de 31 de octubre de 2002», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencial Civil*, número 61, 2003, pp. 245 a 269.
- «El daño moral», en AA. VV., *Derecho Privado Europeo* (coordinado por Sergio Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2003, pp. 857 a 881.
- «Comentario al artículo 1902», en AA. VV., *Comentarios al Código Civil* (director Andrés Domínguez Luelmo), Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 2046 a 2055.
- MARTÍN PÉREZ, A., «Comentario a los artículos 1088 a 1099 del Código Civil», en AA. VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigido por Albaladejo), Tomo XV, Volumen 1.º, Edersa, 1989, Madrid, pp. 1 a 352.

- MARTÍN PÉREZ, J.A., «Prólogo», a la obra de BARRIENTOS ZAMORANO, M., *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2007, pp. 19 a 22.
- MARTÍN SANTISTEBAN, S., «Una aproximación entre responsabilidad contractual y extracontractual desde el punto de vista de la imputación del daño», en AA. VV., *Bases de un Derecho Contractual Europeo* (editores Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 427 a 438.
- MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, L., «El daño moral: sus manifestaciones en el derecho español», *Diario la Ley*, de 29 de julio de 2008, número 6999 (LA LEY 38695/2008).
- MARTÍNEZ DE SANTOS, A., «Un proceso de ejecución civil necesitado de reforma», *Diario La Ley*, Año 2009, Número 7149, pp. 1 a 4.
- MARTÍNEZ SANZ, F., «Principios de Derecho Europeo de los Contratos (Comisión Lando)», en AA. VV., *Derecho Privado Europeo* (coordinada por Sergio Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2003, pp. 193 a 198.
- MASTROPAOLO, F., «Risarcimento del Danno», en AA. VV., *Enciclopedia Giuridica*, Istituto della Enciclopedia italiana fondata da Giovanni Treccani, Tomo X, Roma, 1988, pp. 1 a 16.
- MAZEAUD, H. L. y J., *Lecciones de Derecho Civil, Parte Segunda, Volumen II. La responsabilidad Civil. Los cuasicontratos*, traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960.
- McGREGOR, H., *Contract Code* (Traducción y Nota Preliminar por José María de la Cuesta Sáenz y Carlos Vattier Fuenzalida), Bosch Editor, Barcelona, 1997.
- *On Damages*, Sweet & Maxwell Limited. 16 ed., London, 1997.
- McKENDRICK, E., «Commentary Arts. 7.4.1 a 7.4.13», en AA. VV., *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, (edited by Stefan VOGENAUER AND JAN KLEINHEISTERKANP), Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 867 a 926.
- MEDINA DE LEMUS, M., *La venta internacional de mercaderías*, Tecnos, Madrid, 1992.
- MENGGONI, L., «Responsabilità contrattuale (diritto vigente)», en AA. VV., *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXIX, Dott. A. Guiffirè, Milano, 1988, pp. 1072 a 1099.
- MERCADO PACHECO, P., *El análisis económico del derecho. Una reconstrucción teórica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.
- MESSINEO, F., *Manual de Derecho Civil y Comercial, tomo IV, Derecho de las Obligaciones, Parte General*, traducción de Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1970.
- MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General: Fundamentos y teoría del delito*, 2.ª ed., Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1985.
- MOISSET DE ESPANES, L., «Reflexiones sobre el “daño actual” y el “daño futuro”, con relación al “daño emergente” y al “lucro cesante”», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1975, pp. 195 a 204.

- MONTÉS PENADÉS, V.L., «El incumplimiento de la obligación», en AA. VV., *Derecho de obligaciones y contratos* (coordinado por Valpuesta Fernández), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, 2.^a edición, pp. 177 a 201.
- «La responsabilidad por incumplimiento», en AA. VV., *Derecho de obligaciones y contratos* (coordinado por Valpuesta Fernández), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, 2.^a edición, pp. 203 a 220.
- «La defensa del derecho de crédito», en AA. VV., *Derecho de obligaciones y contratos* (coordinado por Valpuesta Fernández), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, 2.^a edición, pp. 221 a 239.
- «Sobre la responsabilidad del deudor de buena fe en el art. 1.107 CC», en AA. VV., *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Tomo II, Tirant lo blanch, Valencia, 1995, pp. 2423 a 2462.
- MORALES MORENO, A.M., «Comentario al artículo 35 de la CISG», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, pp. 286 a 312.
- «Comentario al artículo 39 de la CISG», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, pp. 335 a 347.
- *La Modernización del Derecho de Obligaciones*, Aranzadi, Navarra, 2006.
- «Problemas que plantea la unificación del concepto de incumplimiento del contrato», en AA. VV., *Derecho de daños*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 193 a 221.
- *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Aranzadi, Navarra, 2010.
- «Claves de la modernización del derecho de los contratos», en Lorenzo PRATS ALBENTOSA (Coordinador), *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado*, Tomo III-1, Consejo General del Notariado, Madrid, 2012, pp. 319 a 425.
- MORÁN BOVIO, D., «Capítulo 7. Incumplimiento», en AA. VV., *Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional* (coordinado por David Morán Bovio), Aranzadi, 2.^a edición, Navarra, 2003, pp. 323 a 384.
- MOTA PINTO, P., *Interesse contractual negativo e interesse contractual positivo*, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.
- *Interesse contractual negativo e interesse contractual positivo*, Volume II, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.
- MUÑOZ SABATÉ, L., «Hacia un nuevo tratamiento de los daños y perjuicios contractuales», *Revista Jurídica de Catalunya*, 1985, pp. 253 a 255.
- NACIONES UNIDAS, *Comentario de la Secretaría al proyecto de Convención de 1978*, <http://www.uc3m.es/uc3m/dpto/PR/dppr03/cisg/1978.htm>.
- NAVAS NAVARRO, S., «El incumplimiento de la obligación», en AA. VV., *Manual de Derecho Civi. II Derecho de obligaciones. Responsabilidad civil y Teoría general*

- del contrato* (autores Lluís Puig I Ferrol, María del Carmen Gete-Alonso y Calera, Jacinto Gil Rodríguez y José Javier Hualde Sánchez), Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., segunda edición, Madrid, 1998, pp. 253 a 271.
- «El resarcimiento de daños en los Principios de Derecho de los Contratos (Con especial referencia al Derecho español)», *Actualidad Civil*, 2000, pp. 1235 a 1262.
- *El incumplimiento no esencial de la obligación*, ed. Reus, Madrid, 2004.
- NAVEIRA ZARRA, M.M., *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil*, Edersa, Madrid, 2006.
- NIETO ALONSO, A., «Daños morales derivados del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de una obligación contractual (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)», *Anuario de Derecho Civil*, 2006, pp. 1115 a 1197.
- OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Aceptación, contraoferta y modificación del contrato de compraventa internacional a la luz del artículo 8 del Convenio de Viena, la indemnización de daños y perjuicios y el “deber de mitigar” “ex” artículo 77 CISG. Comentario a la STS de 28 de enero 2000 (RJ 2000, 454)», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2000, I, número 5, pp. 203 a 219.
- *Compraventa Internacional de Mercaderías (Ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- *Proyecto de investigación para el concurso a la plaza de profesor titular*, obra inédita, 2007.
- «Comentario a la Sentencia de 7 de Julio de 2008», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Mayo-Agosto 2009, número 80, pp. 611 a 629.
- «Tema 10. Remedios frente al incumplimiento», *Derecho Civil Patrimonial I*, en AA. VV. (editores Ángel M. López y López y Rosario Valpuesta Fernández y coordinadores Francisco Infante Ruiz y Laura López de la Cruz), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 249 a 285.
- ORTELLS RAMOS, M., «La ejecución de prestaciones no dinerarias en la Ley de Enjuiciamiento Civil», *La ejecución civil* (director Víctor Moreno Catena), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 263 a 343.
- OTERO CRESPO, M., «Punitive Damages under Spanish Law: a subtle recognition», en AA. VV., *The Power of Punitive Damages. Is Europe Missing Out?*, Intersentia, Cambridge, 2012, pp. 283 a 310.
- *La Responsabilidad Civil del Auditor de Cuentas*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013.
- PALAZÓN GARRIDO, M.L., «Importancia de la tensión “civil law-common law” en la elaboración de los principios del derecho contractual europeo», en AA. VV., *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del derecho privado en Europa* (editores Sixto Sánchez Lorenzo y Mercedes Moya Escudero), Dykinson, Madrid, 2003, pp. 293 a 314.

- «El nuevo derecho contractual europeo: incumplimiento y remedios», en AA. VV., *Europa y los nuevos límites de la autonomía privada* (Juan Miguel Ossorio Serrano ed.), Universidad de Granada, 2005, pp. 75 a 91.
- «La resolución del contrato como medio de tutela en caso de incumplimiento», en AA. VV., *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 813 a 817.
- *Los remedios frente al incumplimiento en el Derecho Comparado*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014.
- PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1982», *La Ley*, 1982-2, 385 y 391
- «Resolución por incumplimiento e indemnización», *Anuario de Derecho Civil*, 1989, pp. 1143 a 1168.
- «Causalidad e imputación objetiva: Criterios de imputación», en AA. VV., *Centenario del Código Civil, Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Tomo II, Madrid, 1990, pp. 1561 a 1591.
- «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate», *Anuario de Derecho Civil*, 1991, pp. 1019 a 1091.
- «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *Anuario de Derecho Civil*, 1993, pp. 1719 a 1745.
- «Comentario al artículo 1902 del Código civil», en AA. VV., *Comentarios al Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 1971 a 2003.
- «Responsabilidad Contractual», en AA. VV., *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. IV (dir. Alfredo Montoya Melgar), Civitas, Madrid, 1995, pp. 5922 a 5926.
- «Daño», en AA. VV., *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. III (dir. Alfredo Montoya Melgar), Civitas, Madrid, 1995, pp. 1896 a 1899.
- «Indemnización», en AA. VV., *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. III (dir. Alfredo Montoya Melgar), Civitas, Madrid, 1995, pp. 3517 a 3520.
- «Comentario artículo 74», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, pp. 579 a 609.
- «Comentario artículo 78», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (dirección y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, pp. 628 a 634.
- PARDO IRANZO, V., *Ejecución de sentencias por obligaciones de hacer y no hacer*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- PARRA LUCÁN, M.^ªA., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 19 de junio de 1990», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 54/625, pp. 861 a 872.
- «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1994», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 35/935, pp. 569 a 591.
- «Artículo 128», en AA. VV., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*,

- Rodrigo Bercovitz-Cano (Coordinador), Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 1609 a 1620.
- «Artículo 129», en AA. VV., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Rodrigo Bercovitz-Cano (Coordinador), Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 1621 a 1631.
- PASCUAL ESTEVILL, L., *Derecho de daños*, Tomo I, Bosch, 2.^a edición, Barcelona, 1995.
- PAZ-ARES, C., «La economía política como jurisprudencia racional (Aproximación a la teoría económica del derecho)», *Anuario de Derecho Civil*, 1981, pp. 601 a 777.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *El Anteproyecto del Código Civil Español (1882-1888)*, Colegios Notariales de España, 2.^a edición, Madrid, 2006.
- PERALES VISCASILLAS, M. DEL P., «El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980)», <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html>, 2001, pp. 1 a 107.
- PEREDA GÁMEZ, F.J., «La ejecución no dineraria en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil», *La ejecución civil* (director Víctor Moreno Catena), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 347 a 403.
- PÉREZ MONGE, M., «Aproximación a la incidencia de la eventual adopción del proyecto de Pavía en el tratamiento del incumplimiento de las obligaciones contractuales en Derecho español», *Anuario de Derecho Civil*, 2005, pp. 1161 a 1192.
- PÉREZ ONTIVEROS BAQUERO, C., *Daño moral por incumplimiento del contrato*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.
- PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P., *El proceso de modernización del derecho contractual europeo*, Dykinson, Madrid, 2013.
- «La carga de evitar o mitigar el daño derivado del incumplimiento del contrato», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N.º 1, 2015, pp. 1 a 63.
- PESSOA JORGE, F., *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Livraria Almedina, Coimbra, 1995.
- PINTÓ RUIZ, J.J., «Incumplimiento de las obligaciones», en AA. VV., *Nueva Enciclopedia Jurídica* (bajo la dirección de Carlos E. Mascareñas y continuada por Buenaventura Pellisé Prats), Tomo XII, ed. Francisco Seix, S. A., Barcelona, 1965, pp. 184 a 202.
- «Indemnización de daños y perjuicios», en AA. VV., *Nueva Enciclopedia Jurídica* (bajo la dirección de Carlos E. Mascareñas y continuada por Buenaventura Pellisé Prats), Tomo XII, ed. Francisco Seix, S. A., Barcelona, 1965, pp. 289 a 293.
- POTHIER, R.J., *Tratado de las Obligaciones*, versión directa del *Traité des Obligations*, según la edición francesa de 1824, publicada bajo la dirección de M. Dupin, corregida y revisada por M. C. de las Cuevas, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1993.

- PUIG BRUTAU, J., «Comentario final del traductor», *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza* (Traducción y Comentario de Derecho Español por José Puig Brutau de la obra de Fuller y Perdue), Bosch, Barcelona, 1957, pp. 143 a 182.
- *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo II, volumen I, 3.^a edición, Bosch, Barcelona, 1988.
- *Compendio de Derecho Civil*, Volumen II. Derecho de obligaciones, contratos y cuasicontratos y obligaciones derivadas de actos ilícitos, Tercera edición, actualizada y revisada por Carles J. Maluquer de Motes i Bernet Bosch, Barcelona, 1997.
- RABEL, E., *Das Recht des Warenkaufs, Eine rechtsvergleichende Darstellung (Unveränderte Neudruck der Ausgabe von 1936)*, Berlín 1957.
- RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *Estudio Legislativo y Jurisprudencia de Derecho Civil: obligaciones y contratos*, Dykinson, Madrid, 2000.
- RAVAZZONI, A., *La riparazione del danno non patrimoniale*, Giuffrè Editore, Milano, 1962.
- REGLERO CAMPOS, F., «Capítulo I. Conceptos generales y elementos de delimitación», en AA. VV., *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, Parte General, L. Fernando Reglero Campos coordinador, cuarta edición, Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 47 a 246.
- REGLERO CAMPOS, F., MEDINA ALCOZ, L., «Capítulo V. El nexa causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor», en AA. VV., *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, Parte General, L. Fernando Reglero Campos coordinador, cuarta edición, Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 719 a 930.
- REQUEJO ISIDORO, M., «Punitives damages y su notificación en el contexto del Convenio de la Haya de 15 de octubre de 1965», *Revista Española de Derecho Internacional Privado*, vol. 48, n.º 2, 1996, pp. 71 a 98.
- «Punitives Damages: How do they look like when seen from abroad?», en AA. VV., *The Power of Punitive Damages. Is Europe Missing Out?*, Intersentia, Cambridge, 2012, pp. 311 a 335.
- RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles). Contract I. Pre-contractual Obligations. Conclusion of Contract. Unfair Terms*, Sellier, Munich, 2007.
- *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles). Contract II. General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services*, Sellier, Munich, 2009.
- RESTATEMENT OF THE LAW SECOND. CONTRACT 2D, Volume 3, As Adopted and Promulgated by The American Law Institute, American Law Institute Publishers, 1981.
- RIPERT, G., BOULANGER, F., *Traité de Droit civil*, tomo II, Paris, 1957.

- ROCA TRIAS, E., «El “Study Group a European Civil Code” (Proyecto Von Bar)», en AA. VV., *Derecho Privado Europeo* (coordinado por Sergio Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2003, pp. 199 a 204.
- «El incumplimiento de los contratos en la propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos», *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXV, Número 2132, Junio de 2011, pp. 1 a 23.
- *Derecho de Daños, Textos y materiales*, 5.^a ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- ROCES, W., «Breves acotaciones sobre el régimen de reparación de daños en el Derecho español», a la obra de FISCHER, H. A., *Los Daños Civiles y su reparación*, Traducido del alemán con concordancias y un Apéndice sobre el Derecho español por W. Rocés, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1928, pp. 277 a 299.
- RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M., «Indemnización del daño moral derivado del incumplimiento contractual. (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2002)», *Anuario de Derecho Civil*, 2003, pp. 829 a 848.
- «Daño moral y persona jurídica: ¿Contradicción entre la doctrina de la Sala 1.^a y la Sala 2.^a del Tribunal Supremo?», *Indret 2/2006* (www.indret.com), pp. 1 a 14.
- «La reparación del daño moral en el marco del futuro Derecho contractual europeo», en AA. VV., *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Enrique Lalaguna Domínguez* (coordinadores Josefina Alventosa del Río y Rosa Moliner Navarro), Volumen II, Publicacions Universitat de València Valencia, 2008, pp. 937 a 967.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, B., «Los sistemas de responsabilidad contractual: entre responsabilidad por culpa y la *strict liability*», *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 4 (octubre-diciembre, 2014), pp. 155 a 187.
- ROJO AJURIA, L., «Comentario artículo 5», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, pp. 59 a 67.
- ROTONDI, M., *Instituciones de Derecho Privado*, prólogo, traducción y concordancias al Derecho español por Francisco F. Villavicencio, editorial Labor, Barcelona, 1953.
- ROVELLI, L.A. «La risarcibilità dei danni non patrimoniale», *Rivista di Diritto privato*, II, 1933, pp. 266 a 291.
- ROWAN, S., *Remedies for breach of contract. A comparative analysis of the protection of performance*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- SACCO, R., «Concordanze e contraddizioni in tema di inadempimento contrattuale (una veduta d’insieme)», *Europa e Diritto privato*, 1/2001, pp. 131 a 151.
- SALVADOR CODERCH, P., «Comentario artículos 79 y 80», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid, 1998, pp. 635 a 659.

- SALVADOR CODERCH, P., FERNÁNDEZ CRENDE, A., «Causalidad y responsabilidad», tercera edición, *InDret 1/2006* (www.indret.com), pp. 1 a 25.
- SALVI, C., «Risarcimento del Danno», en AA. VV., *Enciclopedia del Diritto*, Tomo XL, ed. Giuffrè Editore, Varese, 1989, pp. 1084 a 1105.
- SÁNCHEZ ARISTI, R., «Comentario a los artículos 1.101 a 1.107», en AA. VV., *Comentario al Código Civil* (coordinado por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 1277 a 1294.
- SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario al artículo 17», en AA. VV., *Ley de Contrato de Seguro, Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones* (Fernando Sánchez Calero, director), segunda edición (revisada y puesta al día), Editorial Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 300 a 309.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.^aP., «El daño moral. Una aproximación a su configuración jurídica», *Revista de Derecho Privado*, 2006, pp. 27 a 54.
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., «La unificación del derecho privado europeo: los principios de derecho contractual europeo de la Comisión Lando», en AA. VV., *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del derecho privado en Europa* (editores Sixto Sánchez Lorenzo y Mercedes Moya Escudero), Dykinson, Madrid, 2003, pp. 235 a 262.
- «La moderna regulación de la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual en el nuevo Derecho de la contratación: El triángulo de las Bermudas», en AA. VV., *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España* (dir. Klaus Jochen Albiez Dohrmann, coords. M.^a Luisa Palazón Garrido y M.^a del Mar Méndez Serrano), Atelier, Barcelona, 2011, pp. 448 a 482.
- SAN JUAN CRUCELAEGUI, J., *Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Aranzadi, Navarra, 2005.
- SANTOS BRIZ, J., *Derecho de daños*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.
- *La Responsabilidad Civil*, Montecorvo, 7.^a edición, Madrid, 1993.
- SCHELHAAS, H., «Commentary Art. 7.1.6», en AA. VV., *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, (edited by Stefan VOGENAUER AND JAN KLEINHEISTERKANP), Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 760 a 765.
- «Commentary Art. 7.2.1», en AA. VV., *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, (edited by Stefan VOGENAUER AND JAN KLEINHEISTERKANP), Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 780 a 782.
- «Commentary Art. 7.2.2», en AA. VV., *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, (edited by Stefan VOGENAUER AND JAN KLEINHEISTERKANP), Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 783 a 799.
- SCHMIDT-KESSEL, M., SILKENS, e., «Breach of Contract», en AA. VV., *European Perspectives on the Common European Sales Law* (Javier Plaza Penadés y Luz M Martínez Velencoso Editors), Springer International Publishing, Switzerland, 2015, pp. 111 a 135.

- SCOGNAMIGLIO, R., «Il danno morale», *Rivista di Diritto civile*, 1957, I, pp. 277 a 336.
- SOLÉ FELIU, J., «El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español», *Indret*, 2009 (www.indret.com), pp. 1 a 42.
- SOLER PRESAS, A., «El deber de mitigar el daño (A propósito de la STS [1.ª] de 15 de Noviembre de 1994)», *Anuario de Derecho Civil*, 1995, pp. 951 a 969.
- «Comentario a los artículos 75 a 77», en AA. VV., *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), ed. Civitas, Madrid, 1998, pp. 609 a 628.
- *La Valoración del Daño en el Contrato de Compraventa*, Aranzadi Editorial, Navarra, 1998.
- «La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR», *InDret Barcelona Mayo de 2009* (www.indret.com), pp. 1 a 32.
- STARCK, B., *Droit civil. Obligations*, Paris, 1972.
- STOLL, H., «Commentary Arts. 74 a 77», en AA. VV., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Second Edition (in translation), (Edited by Peter Schlechtriem), Translates by Geoffrey Thomas, Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 552 a 590.
- «Commentary Art. 79 y 80», en AA. VV., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Second Edition (in translation), (Edited by Peter Schlechtriem), Translates by Geoffrey Thomas, Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 600 a 631.
- STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE, RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, edited by Christian Von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke Interim Outline Edition, Seller, Munich, 2008.
- *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, edited by Christian Von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke, Outline Edition, Seller, Munich, 2009.
- *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, edited by Christian Von Bar and Eric Clive, Full Edition, vols. I a VI, Oxford University Press, Oxford-New York, 2010.
- TALLON, D., «Commentary Arts. 79 y 80», en AA. VV., *Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention* (By C. M. Bianca y M. J. Bonell, coord. By M. J. Bonell), ed. Giuffrè, Milan, 1987, pp. 572 a 600.
- «Les dommages-intérêts dans les Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international», en AA. VV., *Contratti Commerciali Internazionali e Principi Unidroit* (a cura di Michael J. Bonell e di Franco Bonelli), Giuffrè Editore, Milano, 1997, pp. 295 a 305.
- TORÓ LÓPEZ, A., «Naturaleza y ámbito de la imputación objetiva», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1986, pp. 33 a 48.

- TORRES LÓPEZ, J., *Análisis económico del derecho. Panorama doctrinal*, Tecnos, Madrid, 1987.
- TREITEL, G.H., *The Law of Contract*, Stevens & Sons, 6 ed., London, 1983.
- *Remedies for Breach of Contracts. A Comparative Account*, Clarendon Press, 2.^a ed., Oxford, 1989.
- *The Law of Contract*, Sweet & Maxwell. 12 ed., London, 2007.
- UNCITRAL (CNUDMI), *Comentarios sobre el Proyecto de Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, preparados por la Secretaría de la CNUDMI-UNCITRAL, http://www.uc3m.es/uc3m/dpto/PR/dppr_03/cisg/1.htm1.
- *Compendio de la CNUDMI sobre jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods.htm1.
- UNIDROIT, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Internacional Privado, *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales* (traducción española realizada por el Profesor A. M. Garro), Roma, 1995.
- *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales* (segunda impresión corregida por el Profesor A. M. Garro,) Roma, 2001.
- *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, Rome, 2004.
- *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, Rome, 2010.
- VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, tomo III. Parte especial Derechos personales o de obligaciones, 4.^a ed., Valladolid, 1937.
- VANLEENHOVE, C., «Punitive Damages and European Law: Quo vademus?», en AA. VV., *The Power of Punitive Damages. Is Europe Missing Out?*, Intersentia, Cambridge, 2012, pp. 337 a 353.
- VAQUER ALOY, A., «Incumplimiento del Contrato y Remedios», en AA. VV., *Derecho Privado Europeo* (coordinado por Sergio Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2003, pp. 525 a 554.
- «El concepto de daño en el derecho comunitario», en AA. VV., *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Tomo II (coord. por Eugenio Llamas Pombo), ed. La Ley, Madrid, 2006, pp. 869 a 895.
- «La indemnización de daños contractuales en la Propuesta de Reglamento sobre un Derecho común europeo de la compraventa (CESL)», *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 1 (enero-marzo, 2015), pp. 1 a 24.
- VATTIER FUENZALIDA, C., «Nota sobre el incumplimiento y la responsabilidad contractual», en AA. VV., *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Tomo II (coord. por Eugenio Llamas Pombo), ed. La Ley, Madrid, 2006, pp. 916 a 930.
- VATTIER, C., DE LA CUESTA, J.M.^a, CABALLERO, J.M.^a, *Código Europeo de Contratos*, Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), Tomo I y II, Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos (dirigido por Carlos Vattier, José M.^a de la Cuesta y José M.^a Caballero), Dykinson, Madrid, 2003.

- VÁZQUEZ LEPINETTE, T., *Compraventa internacional de Mercaderías. Una Visión Jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona, 2000.
- VENDRELL CERVANTES, C., «PECL in Spain», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 3/2008, pp. 534 a 548.
- VENEZIANO, A., «Commentary Arts. 8:101 a 8:103», en AA. VV., *Principles of European Contract Law and Italian Law* (edited by Luisa Antonioli y Anna Veneziano) Kluwer Lax International, The Netherlands, 2.005, pp. 357-369.
- VERDERA SERVER, R., *El Cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1995.
- VICENTE DOMINGO, E., «El resarcimiento de daños», en AA. VV., *Código Europeo de Contratos*, Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), Tomo II Comentarios en Homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos (dirigido por Carlos Vattier, José M.^a de la Cuesta y José M.^a Caballero), Dykinson, Madrid, 2003, pp. 601 a 618.
- «La reparación integral y la compensación de lucros y daños», en AA. VV., *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Tomo II (coord. por Eugenio Llamas Pombo), ed. La Ley, Madrid, 2006, pp. 931 a 939.
- VIGURI PEREA, A., *Los Contratos Comerciales Internacionales: análisis de la compraventa desde la perspectiva del Derecho Comparado (Derecho español, Derecho norteamericano, Principios Unidroit y Convenio de Viena)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007.
- VOGENAUER, S., KLEINHEISTERKANP, J. (Editores), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- VON BAR, C., «The notion of damage», en AA. VV., *Towards a European Civil Code*, editors Arthur Hartkamp, Martijn Hesselink, Ewoud Hondius, Chantal Mak, Edgar du Perron, Kluwer Law International, fourth edition, The Netherlands, 2011, pp. 387 a 399.
- VON THUR, A., *Tratado de la Obligaciones*, tomo II, traducido del alemán y concordado por W. Roces, Editoria Reus, Madrid, 1934.
- WILL, M., «Commentary Art. 45», en AA. VV., *Commentary on the International Sales Law*, The 1980 Vienna Sales Convention (By C. M. Bianca y M. J. Bonell, coord. by M. J. Bonell), Giufré, Milán, 1987, pp. 329 a 333.
- XIOL RÍOS, J.A., «Criterios de imputación en la responsabilidad contractual», *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXV, Número 2132, Junio de 2011, pp. 1 a 9.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil, Contractual y Extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001.
- «Consecuencias del incumplimiento. En particular, reflexiones sobre los remedios solutorios por el equivalente, los remedios resarcitorios y ciertas medidas de presión sobre el deudor incumplidor», en AA. VV., *Código Europeo de Contratos*, Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), Tomo II, Comentarios en

- homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos (dirigido por Carlos Vattier, José M.^a de la Cuesta y José M.^a Caballero), Dykinson, Madrid, 2003, pp. 435 a 451.
- ZACARRIA, A., «Commentario al artt. 1223», en AA. VV., *Commentario Breve al Codice Civile*, Giorgio Cian e Alberto Trabucchi, decima edizione a cura di Giorgio Cian, Cedam, Padova, 2011, pp. 1276 a 1280.
- «Commentario al artt. 1225», en AA. VV., *Commentario Breve al Codice Civile*, Giorgio Cian e Alberto Trabucchi, decima edizione a cura di Giorgio Cian, Cedam, Padova, 2011, p. 1286.
- ZIMMERMANN, R., *Estudios de Derecho Privado Europeo* (traducción Vaquer Aloy), Civitas, Madrid, 2000.
- ZURITA MARTÍN, I., «Indemnización por daños y perjuicios e intereses», en AA. VV., *El derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos* (Antoni Vaquer Aloy, Esteve Bosch Capdevila y María Paz Sánchez González, editores), Atelier, Barcelona, 2015, pp. 671 a 697.
- ZWEIGERT, K., KÖTZ, H., *An Introduction to Comparative Law*, translated from the German by Tony Weir, Third Revised Edition, Clarendon Press. Oxford, 1998.
- *El nuevo derecho alemán de obligaciones*, Bosch, Barcelona, 2008.

SENTENCIAS CITADAS

Tribunal Constitucional

- STC de 8 de junio de 1988, Ponente D. Eugenio Díaz Eimil (RTC 1988, 107).
- STC de 11 de noviembre de 1991, Ponente D. Vicente Gimeno Sendra (RTC 1991, 214).

Tribunal Supremo (Sala Primera)

- STS de 6 de diciembre de 1912, Ponente D. Rafael Bermejo (RJ 1912, 95).
- STS de 13 de noviembre de 1916, Ponente D. Mariano Luján (RJ 1916, 62).
- STS de 14 de diciembre de 1917, Ponente D. Mariano Luján (RJ 1917, 205).
- STS de 10 de julio de 1928, Ponente D. Martín Perillán (RJ 1928, 128).
- STS de 31 de marzo de 1930 (RJ 1930, 816).
- STS de 19 de mayo de 1934 (RJ 1934, 903).
- STS de 25 de junio de 1945 (RJ 1945, 721).
- STS de 14 de diciembre de 1950, Ponente D. Felipe Gil Casares (RJ 1950, 1840).
- STS de 28 de abril de 1955, Ponente D. Acacio Charrín y Martín Veña (RJ 1955, 1555).
- STS de 28 de febrero de 1959, Ponente D. Antonio de Vicente Tutor y Guelbenzu (RJ 1959, 1086).

■ LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO...

- STS de 6 de mayo de 1960, Ponente D. Juan Serrada Hernández (RJ 1960, 1716).
- STS de 7 de febrero de 1962, Ponente D. Francisco Bonet Ramón (RJ 1962, 672).
- STS de 6 de octubre de 1962, Ponente D. Manuel Ruiz Gómez (RJ 1962, 3603).
- STS de 28 de febrero de 1964, Ponente D. Manuel Lojo Tato (RJ 1964, 1224).
- STS de 30 de noviembre de 1973, Ponente D. Federico Rodríguez Solano y Espín (RJ 1973, 4547).
- STS de 10 de enero de 1979, Ponente D. Jaime de Castro García (RJ 1979,18).
- STS de 22 de junio de 1979, Ponente D. Antonio Sánchez Jáuregui (RJ 1979, 2447).
- STS de 7 de diciembre de 1979, Ponente D. José Antonio Seijas Martínez (RJ 1979, 4119).
- STS de 20 de diciembre de 1979, Ponente D. Antonio Sánchez Jauregui (RJ 1979, 4446).
- STS de 31 de enero de 1980, Ponente D. José Beltran de Heredia y Castaño (RJ 1980, 175).
- STS de 21 de junio de 1980, Ponente D. Jaime de Castro García (RJ 1980, 2726).
- STS de 5 de julio de 1980, Ponente D. Jaime de Castro García (RJ 1980, 3085).
- STS de 20 de abril de 1981, Ponente D. Jaime de Castro García (RJ 1981,1659).
- STS de 15 de diciembre de 1981, Ponente D. Carlos de la Vega Benayas (RJ 1981, 5157).
- STS de 4 de octubre de 1982, Ponente D. Cecilio Serena Velloso (RJ 1982, 5538).
- STS de 6 de octubre de 1982, Ponente D. Antonio Fernández Rodríguez (RJ 1982, 5540).
- STS de 20 de octubre de 1982, Ponente D. Antonio Sánchez Jauregui (RJ 1982, 4446).
- STS de 9 de marzo de 1983, Ponente D. Jaime de Castro García (RJ 1983, 1463).
- STS de 31 de mayo de 1983, Ponente D. Cecilio Serena Velloso (RJ 1983, 2956).

- STS de 27 de junio de 1983, Ponente D. Antonio Sánchez Jáuregui (RJ 1983, 3691).
- STS de 6 de julio de 1983, Ponente D. Antonio Fernández Rodríguez (RJ 1983, 4073).
- STS de 16 de noviembre de 1983, Ponente D. Cecilio Serena Velloso (RJ 1983, 6116).
- STS de 28 de noviembre de 1983, Ponente D. Mariano Martín-Granizo Fernández (RJ 1983, 6681).
- STS de 12 de abril de 1984, Ponente D. Jaime Santos Briz (RJ 1984, 1960).
- STS de 8 de mayo de 1984, Ponente D. Carlos de la Vega Benayas (RJ 1984, 2400).
- STS de 9 de mayo de 1984, Ponente D. Carlos de la Vega Benayas (RJ 1984, 2403).
- STS de 25 de junio de 1984, Ponente D. Mariano Martín-Granizo Fernández (RJ 1984, 1145).
- STS de 27 de junio de 1984 (RJ 1984, 3438), Ponente D. Rafael Pérez Gimeno (RJ 1984, 3438).
- STS de 8 de octubre de 1984, Ponente D. Antonio Sánchez Jauregui (RJ 1984, 4761).
- STS de 23 de octubre de 1984, Ponente D. Jaime de Castro García (RJ 1984, 4971).
- STS de 5 de junio de 1985, Ponente D. José María Gómez de la Bárcena y López (RJ 1985, 3094).
- STS de 2 de abril de 1986 Ponente, D. Jaime Santos Briz (ID CENDOJ 28079110011986100206).
- STS de 24 de septiembre de 1986, Ponente D. Mariano Martín-Granizo Fernández (RJ 1986, 4786).
- STS de 9 de febrero de 1987, Ponente D. Cecilio Serena Velloso (RJ 1987, 692).
- STS 17 de septiembre de 1987, Ponente D. Ramón López Vilas (RJ 1987, 6063).
- STS de 20 de febrero de 1988, Ponente D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1988, 1072).
- STS de 11 de marzo de 1988, Ponente D. José Luis Albácar López (RJ 1988, 1961).
- STS de 26 de mayo de 1988, Ponente D. Antonio Fernández Rodríguez (RJ 1988, 4338).
- STS 7 de junio de 1988, Ponente D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1988, 4823).

■ LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO...

- STS 23 de febrero de 1989, Ponente D. Alfonso Barcala Trillo-Figueroa (RJ 1989, 1250).
- STS de 20 de junio de 1989, Ponente D. Ramón López Vilas (RJ 1989, 4702).
- STS de 3 de julio de 1989, Ponente D. Ramón López Vilas (RJ 1989, 5281).
- STS de 30 de septiembre de 1989, Ponente D. Pedro González Poveda (RJ 1989, 6393).
- STS de 6 de julio de 1990, Ponente D. Eduardo Fernández-Cid-de Temes (RJ 1990, 5780).
- STS de 23 de julio de 1990, Ponente D. Jaime Santos Briz, (RJ 1990, 6164).
- STS de 10 de octubre de 1990, Ponente D. Rafael Casares Córdoba (RJ 1990, 7592).
- STS de 21 de noviembre de 1990, Ponente D. Rafael Casares Córdoba (RJ 1990, 9012).
- STS de 12 de diciembre de 1990, Ponente D. Pedro González Povedano (RJ 1990, 9999).
- STS de 7 de mayo de 1991, Ponente D. Jaime Santos Briz (RJ 1991, 3584).
- STS de 3 de junio de 1991, Ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1991, 4407).
- STS de 4 de julio de 1991, Ponente D. José Luis Albarca López (RJ 1991, 5324).
- STS de 15 de junio de 1992, Ponente D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1992, 5136).
- STS de 15 de junio de 1992, Ponente D. José Luis Albácar López (RJ 1992, 5138).
- STS de 15 de junio de 1992, Ponente D. José Luis Albarca López (RJ 1992, 5138).
- STS de 29 de mayo de 1993, Ponente D. Pedro González Poveda (RJ 1993, 4052).
- STS de 3 de junio de 1993, Ponente D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1993, 4383).
- STS de 23 de junio de 1993, Ponente D. Antonio Gullón Ballesteros (RJ 1993, 5380).
- STS de 1 de julio de 1993, Ponente D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1993, 5784).
- STS de 30 de junio de 1993, Ponente D. Rafael Casares Córdoba (RJ 1993, 5340).

- STS de de 22 de octubre de 1993, Ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1993, 7762).
- STS de 30 de noviembre de 1993, Ponente D. Jaime Santos Briz (RJ 1993, 9222).
- STS 14 de diciembre de 1993, Ponente D. José Almagro Nosete (RJ 1993, 9886).
- STS de 31 de diciembre de 1993, Ponente D. Rafael Casares Córdoba (RJ 1993, 9918).
- STS de 15 de febrero de 1994, Ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1994,1308).
- STS de 25 de julio de 1994, Ponente D. José Almagro Nosete (RJ 1994, 6776).
- STS de 29 de septiembre de 1994, Ponente D. Alfonso Barcalá y Trillo-Figueroa (RJ 1994, 7026).
- STS de 4 de octubre de 1994, Ponente D. Antonio Gullón Ballesteros (RJ 1994, 7447).
- STS de 29 de septiembre de 1994, Ponente D. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa (RJ 1994, 7026).
- STS de 15 de noviembre de 1994, Ponente D. Francisco Morales Morales (RJ 1994, 8488).
- STS de 9 de diciembre de 1994, Ponente D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1994, 9433).
- STS 14 de diciembre de 1994, Ponente D. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa (RJ 1994, 10110).
- STS de 6 de abril de 1995, Ponente D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez (RJ 1995, 3416).
- STS de 4 de marzo de 1995, Ponente D. Pedro González Poveda (RJ 1995, 3132).
- STS de 22 de mayo de 1995, Ponente D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez (RJ 4089, 1995).
- STS de 24 de noviembre de 1995, Ponente D. Pedro González Poveda (RJ 6362, 1997).
- STS de 18 de diciembre de 1995, Ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1995, 9149).
- STS de 8 de febrero de 1996, Ponente D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1996, 54).
- STS de 8 de julio de 1996, Ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1996, 5662).

- STS de 8 de julio de 1996, Ponente D. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade (RJ 1996, 5663).
- STS de 12 de septiembre de 1996, Ponente D. Francisco Morales Morales (RJ 1996, 6561).
- STS de 19 de octubre de 1996, Ponente D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1996, 7508).
- STS de 21 de octubre de 1996, Ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1996, 7235).
- STS de 19 de noviembre de 1996, Ponente D. Francisco Morales Morales (RJ 1996, 7923).
- STS de 19 de noviembre de 1996, Ponente D. Antonio Gullón Ballesteros (RJSIC TOL 217, 565).
- STS de 14 de diciembre de 1996, Ponente D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJ 1996, 8970).
- STS de 22 de febrero de 1997, Ponente D. Francisco Morales Morales (RJ 1997, 1189).
- STS de 12 de marzo de 1997, Ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 1997, 2490).
- STS de 2 de abril de 1997, Ponente D. Pedro González Poveda (RJ 1997, 2727).
- STS de 24 de abril de 1997, Ponente D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez (RJ 1997, 3396).
- STS de 13 de mayo de 1997, Ponente D. Francisco Morales Morales (RJ 1997, 3842).
- STS de 29 de septiembre de 1997, Ponente D. Pedro González Poveda (RJ 1997, 8460).
- STS de 11 de noviembre de 1997, Ponente D. Francisco Morales Morales (RJ 1997, 7871).
- STS de 22 de noviembre de 1997, Ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1997, 8097).
- STS de 24 de noviembre de 1997, Ponente D. Francisco Morales Morales (RJ 1997, 8396).
- STS de 28 de enero de 1998, Ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 1998, 357).
- STS 6 de abril de 1998, Ponente D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (RJ 1998, 2140).
- STS de 30 de abril de 1998, Ponente D. Pedro González Poveda (RJ 1998, 2602).

- STS de 12 de mayo de 1998, Ponente D. Pedro González Poveda (RJ 1998, 3575).
- STS de 11 de junio de 1998, Ponente D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (RJSIC TOL 1.859).
- STS de 20 de junio de 1998, Ponente Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa (RJ 1998, 4904).
- STS de 20 de julio de 1998, Ponente D. Román García Varela (RJ 1998, 6126).
- STS de 5 de octubre de 1998, Ponente D. Román García Varela (RJ 1998, 8367).
- STS de 5 de noviembre de 1998, Ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 1998, 8404).
- STS de 16 de marzo 1999, Ponente D. Román García Varela (RJ 1999, 1675).
- STS de 24 de mayo de 1999, Ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 1999, 4056).
- STS de 29 de junio de 1999, Ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 1999, 4895).
- STS de 2 de julio de 1999, Ponente D. Alfonso Villagómez Rodil, (RJ 1999, 4900).
- STS de 24 de septiembre de 1999, Ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1999, 7272) .
- STS de 30 de noviembre de 1999, Ponente D. José Manuel Martínez-Pereida Rodríguez (RJ 1999, 8439).
- STS de 24 de diciembre de 1999, Ponente D. Francisco Morales Morales (RJ 2000, 1612).
- STS de 4 de marzo de 2000, Ponente D. Jesús Ernesto Peces Morate (RJ 2000, 2459).
- STS de 31 de mayo de 2000, Ponente D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2000, 5089).
- STS de 30 de junio de 2000, Ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 2000, 6747).
- STS de 19 de octubre de 2000, Ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 2000, 7733).
- STS de 7 de noviembre de 2000, Ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 2000, 8678).
- STS 7 de noviembre de 2000, Ponente D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2000, 9911).
- STS de 22 de febrero de 2001, Ponente D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez (RJ 2010, 2242).

■ LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO...

- STS de 2 de marzo de 2001, Ponente D. Pedro González Poveda (RJ 2001, 2590).
- STS 29 de marzo de 2001, Ponente D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2001, 3189).
- STS de 8 de junio de 2001, Ponente D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2001, 5538).
- STS de 3 de julio de 2001, Ponente D. Román García Varela (ID CENDOJ 28079110002001100351).
- STS de 26 de julio de 2001, Ponente D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2001, 8428).
- STS de 8 de octubre de 2001, Ponente D. Francisco Marín Castán (RJ 2001, 7551).
- STS 20 de febrero de 2002, Ponente D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez (RJ 2002, 3501).
- STS 11 de marzo de 2002, Ponente D. José Almagro Nosete (RJ 2002, 5691).
- STS de 11 de mayo de 2002, Ponente D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez (RJSIC TOL 161.902).
- STS de 10 de junio 2002, Ponente D. Antonio Romero Lorenzo (RJ 2002, 4982).
- STS de 5 de octubre de 2002, Ponente D. José de Asís Garrote (RJ 2002, 9264).
- STS de 31 de octubre de 2002, Ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 2002, 9736).
- STS de 18 de noviembre de 2002, Ponente D. José Almagro Nosete (RJ 2002, 10261).
- STS de 25 de noviembre de 2002, Ponente D. Antonio Gullón Ballesteros (RJ 2003, 10274).
- STS de 20 de febrero de 2003, Ponente D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2003, 1174).
- STS de 17 de marzo de 2003, Ponente D. Antonio Gullón Ballesteros (RJ 2003, 2593).
- STS de 26 de junio de 2003, Ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 2003, 5960).
- STS de 9 de julio de 2003, Ponente D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (RJ 2003, 4617).
- STS de 10 de julio de 2003, Ponente D. Clemente Auger Liñán (RJ 2003, 4622).

- STS de 14 de julio de 2003, Ponente D. Pedro González Poveda (RJ 2003, 4629).
- STS de 10 de octubre de 2003, Ponente D. Clemente Auger Liñan (id cendoj 28079110002003100712).
- STS de 11 de noviembre de 2003, Ponente D. José Manuel Martínez-Pareda Rodríguez (RJ 2003, 8289).
- STS 26 de noviembre de 2003, Ponente D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2003, 8098).
- STS de 9 de diciembre de 2003, Ponente D. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 2003, 8643).
- STS de 2 de febrero de 2004, Ponente D. Clemente Auger Liñán (RJ 2004, 2607).
- STS de 2 de abril de 2004, Ponente D. Clemente Auger Liñan (RJ 2004, 2607).
- STS de 21 de mayo de 2004, Ponente D. Román García Varela (RJ 2004, 3533).
- STS de 5 de julio de 2004, Ponente D. Francisco Marín Castán (RJ 2004, 4938).
- STS de 28 de octubre de 2004, Ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 2004, 7208).
- STS de 28 de enero de 2005, Ponente D. Pedro González Poveda (RJ 2005, 1830).
- STS de 1 de febrero de 2005, Ponente D. José Almagro Nosete (RJ 2005, 1749).
- STS de 4 de febrero de 2005, Ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 2005, 945).
- STS de 17 de febrero de 2005, Ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 2005, 92).
- STS de 15 de marzo de 2005, Ponente D. Francisco Marín Castán (RJ 2005, 2806).
- STS de 28 de marzo de 2005, Ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 2005, 2614).
- STS de 21 de abril de 2005, Ponente D. Clemente Auger Liñán (RJ 2005, 4133).
- STS de 28 de abril de 2005, Ponente D. Román García Varela (2005, 3646).
- STS de 7 de julio de 2005, Ponente D. Pedro González Poveda (RJ 2005, 9545).
- STS de 27 de septiembre de 2005, Ponente D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares (RJ 2005, 707).

■ LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO...

- STS de 6 de octubre de 2005, Ponente D. Román García Varela (RJ 2005, 8736).
- STS 10 de octubre de 2005, Ponente D.^a Encarna Roca Trías (RJ 2005, 8576).
- STS de 21 de octubre de 2005, Ponente D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2005, 8547).
- STS 15 de noviembre de 2007, Ponente D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (RJ 2008, 17).
- STS de 19 de diciembre de 2005, Ponente D. Vicente Luis Montés Penadés (RJ 2006, 295).
- STS 21 de diciembre de 2005, Ponente José Antonio Seijas Quintana (RJ 2005, 10149).
- STS de 10 de febrero de 2006, Ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2006, 674).
- STS de 2 de marzo de 2006, Ponente D. Vicente Luis Montés Penadés (RJ 2006, 919).
- STS de 21 de marzo de 2006, Ponente D. Pedro González Poveda (RJ 2006, 1591).
- STS de 23 de marzo de 2006, Ponente D. Pedro González Poveda (RJ 2006, 5453).
- STS de 30 de marzo de 2006, Ponente D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (RJ 2006, 5291).
- STS de 5 de abril de 2006, Ponente D.^a Encarna Roca Trías (RJ 2006, 1921).
- STS de 4 de julio de 2006, Ponente D.^a Encarnación Roca Trías (RJ 2006, 6080).
- STS 11 de julio de 2006, Ponente D.^a Encarnación Roca Trías (RJ 2006, 4977).
- STS de 14 de julio de 2006, Ponente D. Clemente Auger Liñán (RJ 2006, 4965).
- STS de 27 de septiembre de 2006, Ponente D.^a Encarnación Roca Trías (RJ 2006, 8631).
- STS de 31 de octubre de 2006, Ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2006, 8405).
- STS de 26 de diciembre de 2006, Ponente D. Vicente Luis Montés Penadés (RJ 2007, 400).
- STS de 5 de enero de 2007, Ponente D.^a Encarnación Roca Trías (RJ 2007, 321).

- STS 16 de mayo de 2007, Ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 2007, 3111).
- STS de 17 de mayo de 2007, Ponente D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2007, 3542).
- STS de 20 de junio de 2007, Ponente D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (RJ 2007, 3459).
- STS de 23 de julio de 2007, Ponente D.^a Encarnación Roca Trías (RJ 2007, 4702).
- STS de 30 de octubre de 2007, Ponente D. Clemente Auger Liñán (RJ 2007, 1139).
- STS de 31 de octubre de 2007, Ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2007, 8515).
- STS 15 de noviembre de 2007, Ponente D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (RJ 2008, 17).
- STS 20 de febrero de 2008, Ponente Francisco Marín Castán (RJ 2008, 2671).
- STS de 11 de abril de 2008, Ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2008, 4358).
- STS de 21 de abril de 2008, Ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2008, 4606).
- STS 2 de julio de 2008, Ponente D. José Antonio Seijas Quintana (RJ 2008, 4276).
- STS de 7 de julio de 2008, Ponente D. José Almagro Nosete (RJ 2008, 4473).
- STS de 9 de octubre de 2008, Ponente D. José Ramón Ferrándiz Gabriel (RJ 2008, 6042).
- STS de 24 de noviembre de 2008, Ponente D.^a Encarnación Roca Trías (RJ 2008, 6061).
- STS de 3 de diciembre de 2008, Ponente D.^a Encarnación Roca Trías (RJ 2009, 525).
- STS de 17 de diciembre de 2008, Ponente D.^a Encarnación Roca Trías (RJ 2008, 675).
- STS de 7 de enero de 2009, Ponente D.^a Encarnación Roca Trías (RJ 2010, 154).
- STS de 12 de enero de 2009, Ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2009, 544).
- STS 10 de marzo de 2009, Ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2009, 2796).

■ LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO...

- STS de 8 de abril de 2009, Ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 2009, 2894).
- STS de 23 de abril de 2009, Ponente D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (RJ 2009, 4140).
- STS de 5 de mayo de 2009, Ponente D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2009, 2907).
- STS de 20 de mayo de 2009 Ponente, D. José Almagro Nosete (RJ 2009, 3184).
- STS de 25 de mayo de 2009, Ponente D.^a Encarnación Roca Trías (RJ 2009, 2417).
- STS de 1 de junio de 2009, Ponente D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2009, 3191).
- STS de 3 de diciembre de 2009, Ponente D.^a Encarnación Roca Trías (RJ 2009, 525).
- STS de 16 de diciembre de 2009, Ponente D.^a Encarnación Roca Trías (RJ 2010, 859).
- STS de 9 de marzo de 2010, Ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2010, 3783).
- STS de 7 de mayo de 2010, Ponente D. Antonio Salas Carceller (RJ 2010, 4846).
- STS de 15 de junio de 2010, Ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2010, 5151).
- STS de 15 de julio de 2010, Ponente D. Jantonio Xiol Ríos (RJ 2010, 6049).
- STS de 7 de octubre de 2010, Ponente D. José Antonio Seijas Quintana (RJ 2010, 7314).
- STS de 10 de noviembre de 2010, Ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2010, 8037).
- STS de 9 de mayo de 2011, Ponente D. José Antonio Seijas Quintana (RJ 2011, 3845).
- STS de 9 de febrero de 2012, Ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2012, 4628).
- STS de 9 de abril de 2012, Ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2012, 8986).
- STS de 10 de julio de 2012, Ponente D. Antonio Salas Carceller (RJ 2012, 8357).
- STS de 9 de julio de 2014, Ponente D. José Ramón Ferrándiz Gabriel (RJ 2014, 4523).

- STS de 10 de septiembre de 2014, Ponente D. Francisco Javier Orduña Moreno (RJ 2014, 4800).
- STS de 21 de octubre de 2014, Ponente D. Antonio Salas Carceller (RJ 2014, 4900).
- STS de 18 de noviembre de 2014, Ponente D. José Antonio Seijas Quintana (RJ 2014, 5946).
- STS de 4 de marzo de 2015, Ponente D. Francisco Marín Castán (RJ 2015, 1095).
- STS de 25 de marzo de 2015, Ponente D. Antonio Salas Carceller (RJ 2015, 1325).

Tribunal Supremo (Sala Segunda)

- STS de 20 de mayo de 1981 (Sala Segunda), Ponente D. José Hermenegildo Moyna Ménguez (RJ 1981, 2247).
- STS de 5 de abril de 1983 (Sala Segunda), Ponente D. Martín Jesús Rodríguez López (RJ 1983, 2247).
- STS de 11 de febrero de 1987 (Sala Segunda), Ponente D. Fernando Díaz Palos (1987, 1241).
- STS de 17 de noviembre de 1987 (Sala Segunda), Ponente D. Eduardo Móner Muñoz (RJ 1987, 8532).

Audiencias Provinciales

- SAP de Málaga de 20 de marzo de 1999 (Sección 6.^a), Ponente D. José Calvo González (AC 1999, 707).
- SAP de Barcelona (Sección 4.^a) de 12 de septiembre de 2001, Ponente D.^a Mercedes Hernández Ruiz-Olalde (RJ 2001, 314179).
- SAP de La Coruña (Sección 6.^a) de 21 de junio de 2002, Ponente D.^a M.^a del Carmen Vilariño López (RJ 2002, 251629).
- SAP de Pontevedra (Sección 6.^a) de 3 de octubre de 2002, Ponente D. Magdalena Fernández Soto (RJ 2002, 1851).
- SAP de Alicante (Sección 6.^a) de 7 de octubre de 2004, Ponente D. José María Rives Seva (AC 2005, 24046).
- SAP de Valencia (Sección 9.^a) de 18 de febrero de 2005, Ponente D.^a María Antonia Gaitón Redondo (AC 2005, 524).

■ LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO...

- SAP de Madrid (Sección 18.^a) de 11 de abril de 2005, Ponente D. Jesús Rueda López (JUR 2005, 111010).
- SAP de Valencia (Sección 9.^a) de 20 de junio de 2005, Ponente D. Gonzalo Caruana Font de Mora (AC 2005, 1174).
- SAP de Madrid de 11 de octubre de 2005 (Sección 10.^a), Ponente D.^a Teresa Puente-Villegas y Jiménez de Andrade (JUR 2006, 40063).
- SAP de Madrid (Sección 21.^a) de 24 de octubre de 2006, Ponente D. Ramón Belo González (JUR 2006, 53813).
- SAP de Alicante (sección 8.^a) de 15 de noviembre de 2006, Ponente D. Enrique García-Chamón Cervera (JUR 2006, 227013).
- SAP Madrid (Sección 9.^a) de 6 de abril de 2011, Ponente D. Juan Ángel Moreno García (JUR 2011, 186877).
- SAP de A Coruña (Sección 3.^a) de 27 de mayo de 2011, Ponente D. Rafael Jesús Fernández-Porto García (JUR 2011, 224344).