



## LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS CONTRACTUALES EN LA PROPUESTA DE REGLAMENTO SOBRE UN DERECHO COMÚN EUROPEO DE LA COMPRAVENTA (CESL)<sup>1</sup>

*Antoni Vaquer Aloy*

Catedrático de Derecho Civil  
Universidad de Lleida

---

RESUMEN: La propuesta de Reglamento sobre un derecho común europeo de la compraventa regula, entre los remedios del acreedor para el incumplimiento, la indemnización de los daños y perjuicios. El artículo analiza la regulación que se propone en el marco de la armonización del derecho de contratos en Europa y de la modernización del derecho civil en España.

ABSTRACT: *The proposal for a Regulation on a Common European Law of Sales rules, among the remedies for non-performance, damages. This paper analyses the proposed regulation in the framework of the harmonization of contract law in Europe and the modernization of the Spanish Civil Code.*

PALABRAS CLAVE: CESL. Derecho común de la compraventa. Nuevo derecho contractual europeo. Armonización. Modernización del derecho civil.

KEY WORDS: *CESL. Common European Law on sales. New European contract law. Harmonization. Modernization of contract law.*

SUMARIO: 1. EL CESL COMO SÍNTESIS. 2. PRESUPUESTOS DE LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. 3. EL DAÑO. 3.1. *El daño debe ser real.* 3.2. *Tipos de daño indemnizables.* 3.2.1. El daño emergente. 3.2.2. El lucro cesante. 3.2.3. El daño moral. 3.2.4. Conclusión: la indemnización lo es del interés positivo. 4. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD. 5. EL INCUMPLIMIENTO INJUSTIFICADO. 6. LA CUANTÍA DE LA INDEMNIZACIÓN. 6.1. *La reparación integral del daño.* 6.2. *Las cláusulas contractuales de liquidación del daño.* 6.3. *La previsibilidad del daño.* 6.4. *La contribución al daño del acreedor.* 7. LA MITIGACIÓN DEL DAÑO. 8. LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS EN EL CASO DE OBLIGACIONES PECUNIARIAS. 9. ¿TIENEN CARÁCTER IMPERATIVO LAS NORMAS REGULADORAS DE LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS? BIBLIOGRAFÍA.

---

### 1. EL CESL COMO SÍNTESIS

El CESL culmina un proceso de decantación de las normas europeas sobre la indemnización de daños y perjuicios, erigiéndose como la síntesis del *soft law* que lo ha precedido, en lo que constituye un núcleo que probablemente va a mantenerse estable porque, en realidad, responde a principios que ya se han ido consolidando en la mayoría de ordenamientos nacionales<sup>2</sup>. Pese a algunas críticas que deberán

---

<sup>1</sup> Este trabajo se inserta en el proyecto de investigación MINECO DER2012-37898-C02-01 y el grupo de investigación consolidado de la Generalitat de Catalunya 2014SGR223.

<sup>2</sup> Como dice MOŽINA, D., art. 159, en Schulze (ed.), *Common European Sales Law (CESL) – Commentary*, Baden-Baden: Beck-Hart-Nomos, 2012, p. 636, Rn 2, «the Basic principle of art. 159 seems to be universally accepted in modern international and European projects on uniform contract law».

formularse, puede tomarse al CESL como el modelo europeo de la regulación de este remedio<sup>3</sup>, que, como se verá, coincide en lo esencial con el derecho español aplicable en la materia. No se trata solo de normas con origen en el *soft law*, sino que, como se comprobará, el derecho comunitario también ha ayudado en la configuración de esta regulación que puede calificarse, salvo algunos aspectos, como un modelo.

Huelga recordar que la indemnización de daños y perjuicios ocupa un lugar destacado en la enumeración de remedios para el caso de incumplimiento (art. 106 CESL para el comprador, 131 para el vendedor), siendo compatible con cualquier otro remedio. La regulación se halla en el capítulo 16, y es única para ambas partes contractuales, a diferencia de otros remedios, y debe completarse con las definiciones que proporciona el art. 2 CESL en sus apartados (c)<sup>4</sup> y (g).

## 2. PRESUPUESTOS DE LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

La indemnización de daños y perjuicios es el único de los remedios ante el incumplimiento del deudor (art. 106(1)(e) CESL) que, en principio, es compatible con cualquier otro remedio, lo que destacan expresamente los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL) en su art. 8:102. Además, la indemnización se prevé para otros supuestos, a los que se aplicará la normativa que a continuación se detalla, como, en primer lugar, el incumplimiento del deber –más propiamente carga– de buena fe que puede dar lugar a una indemnización de daños y perjuicios conforme al art. 2(2) CESL: «El incumplimiento de este deber podrá impedir a la parte incumplidora el ejercicio o la invocación de los derechos, remedios o medios de defensa que, en otro caso, tendría, o podrá hacerla responsable por cualquier pérdida causada a la otra parte». En segundo lugar, el art. 29(1) CESL prevé, por su parte, que la parte que incumpla los deberes precontractuales de información «responderá de las pérdidas causadas a la otra parte con su incumplimiento». En tercer lugar, otra fuente de la indemnización de daños y perjuicios se encuentra en el art. 41(3) CESL, que impone al vendedor a distancia o fuera de establecimiento comercial la carga de acusar recibo del desistimiento del consumidor, puesto que en caso de inobservancia «[e]l comerciante responderá de cualquier pérdida causada a la otra parte por el incumplimiento de este deber». En cuarto lugar, la anulación del contrato por algún vicio de la voluntad legítima para reclamar las pérdidas sufridas de acuerdo con el art. 55 CESL. Finalmente, el art. 127(4) CESL prevé la indemnización de las pérdidas que haya ocasionado al

---

<sup>3</sup> Ello con independencia de la suerte que ha tenido el CESL, que en el punto 60 del Annex 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 anuncia la retirada del CESL y una “Modified proposal in order to fully unleash the potential of ecommerce in the Digital Single Market” (consultable en [http://ec.europa.eu/atwork/pdf/cwp\\_2015\\_withdrawals\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/atwork/pdf/cwp_2015_withdrawals_en.pdf), fecha última consulta 23.2.2015).

<sup>4</sup> El apartado (c) puede ser derogado si la propuesta CESL se aprueba con las enmiendas introducidas en la sesión de 24 de febrero de 2014 (véase <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=EN&reference=P7-TA-2014-0159>) (fecha última consulta 23.2.2015).

deudor la aceptación de un pago por tercero en circunstancias distintas de las que se contemplan en el art. 127(1) y (2), según se establece en el apartado (4) de este art. 127. Estos supuestos fuente de una indemnización de daños y perjuicios, con matices de mayor o menor calado, se hallan en todos los textos de *soft law*.

Del art. 159 CESL pueden deducirse cuáles son los presupuestos de la indemnización de daños y perjuicios, y que son comunes a los derechos europeos. Este artículo establece lo siguiente:

- «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.

A continuación se analizarán estos elementos, que son sustancialmente idénticos a los que rigen en el derecho español. Así, por ejemplo, la STS (1ª) 15 junio 2010<sup>5</sup> afirma que «[e]sta Sala, en efecto, tiene declarado que debe concurrir como requisito necesario para la aplicación del artículo 1101 del Código Civil (CC), además del incumplimiento de la obligación por culpa o negligencia, la realidad de los perjuicios, es decir, que éstos sean probados, y el nexo causal eficiente entre la conducta del agente y los daños producidos». La Propuesta de Modernización del Código Civil (PMCC), por su parte, señala que «el acreedor tiene derecho a ser resarcido de los daños y perjuicios que el incumplimiento le cause» (art. 1205(1)), añadiendo a continuación la antes reseñada compatibilidad de la indemnización con cualquier otro remedio.

Vale la pena observar que, pese a que el CESL se ocupa solo de la compraventa y algunos servicios relacionados, el art. 159 se refiere genéricamente al «acreedor», lo que da la pista de la susceptibilidad de generalización a toda obligación de esta concreta norma.

---

<sup>5</sup> RJ 2010\5151.

### 3. EL DAÑO

#### 3.1. *El daño debe ser real*

La primera idea que resulta del art. 159 CESL es que el daño consecuencia del incumplimiento debe ser real. Por consiguiente, hay que excluir de la indemnización por daños y perjuicios los daños nominales y los daños punitivos<sup>6</sup>, que son ajenos a la tradición jurídica continental. El derecho comunitario ya los había rechazado; así, por ejemplo, el considerando 26 de la Directiva de 29 de abril de 2004 relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual argumenta, en relación con de los criterios de fijación de la indemnización de daños y perjuicios causados por la infracción de la propiedad intelectual que se diseñan en su art. 13, advierte que «[e]l objetivo no es instaurar una obligación de establecer indemnizaciones punitivas, sino permitir una indemnización basada en un criterio objetivo, teniendo en cuenta al mismo tiempo los gastos realizados por el titular, como los gastos de identificación e investigación». En cuanto a los daños nominales, los excluyen expresamente los comentarios al art. 9:501 PECL<sup>7</sup>, así como al art. III.-3:701 del Borrador de Marco Común de Referencia (DCFR), que los transcribe<sup>8</sup>.

La realidad del daño debe conducir como regla a negar las indemnizaciones de carácter meramente simbólico (por ejemplo, un euro). Aunque ello no se manifiesta como el fundamento del fallo, el Tribunal de Justicia ha desestimado demandas que pretendían la condena al pago de un ECU o un franco<sup>9</sup>. Sin embargo, en otras ocasiones el mismo Tribunal ha concedido indemnizaciones simbólicas de un ECU<sup>10</sup> o de un franco belga<sup>11</sup>. Es cierto que estos casos se refieren a daños morales, pero si la expresión «perjuicio efectivo»<sup>12</sup> fuera tomada seriamente, los daños meramente simbólicos no deberían ser

<sup>6</sup> CHEN-WISHART, M., MAGNUS, U., "Termination, price reduction, and damages", en Dannemann, Gerhard, Vogenauer, Stefan (ed.), *The Common European Sales Law in Context*, Oxford: OUP, 2013, p. 673; BAEK, J., "Damages and Interest under the CESL Proposal: not too different from Belgian Law", en Claeys, Ignace, Felkamp, Régine (ed.), *The Draft Common European Sales Law: Towards an Alternative Sales Law*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2013, p. 257.

<sup>7</sup> LANDO, O., BEALE H., (ed.), *Principles of European Contract Law Parts I and II*, The Hague: Kluwer, 2000, comentario A, p. 434.

<sup>8</sup> Comentario A al art. III.-3:701, en VON BAR, C., CLIVE, E., (ed.), *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, vol. 3, München: Sellier, 2009, p. 915. Contrasta con los PICC, que no los excluyen expresamente, aunque MCKENDRICK, E., art. 7.4.1, en Vogenauer, Stefan, Kleinheisterkamp, Jan (ed.), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford: OUP, 2009, p. 868, Rn 3, considera improbable que un tribunal los otorgue.

<sup>9</sup> Casos T-156/89 *Iñigo Valverde v Tribunal de Justicia* [1991] II-407, par. 159 ss.; C-35/92 P *Parlamento Europeo v Erik Dan Frederiksen* [1993] ECR I-991, par. 33 ss.

<sup>10</sup> Casos 18/78 *Mme V v Comisión* [1979] ECR 2093, par. 19, T-73/89 *Giovanni Barbi v Comisión* [1990] ECR II-690, par. 49 y 50 (el Tribunal llega a señalar que no se ejercitó expresamente una pretensión de daños simbólicos). Véase, además, WURMNEST, W., *Grundzüge eines europäischen Haftungsrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, pp. 237-239.

<sup>11</sup> Caso C-343/87 *Annibale Culin v Comisión* [1990] ECR 225, par. 29.

<sup>12</sup> Caso C-112/00 *Eugen Schmidberger v República de Austria* [2003] ECR I-5659, par. 27 (la expresión en la versión inglesa es "genuine damage").

indemnizables por faltar los requisitos de realidad y de cuantificación exigidos por el mismo Tribunal Europeo. La expresión «pérdida derivada del incumplimiento» del art. 179 aboga por esta concepción contraria a las indemnizaciones meramente simbólicas.

### 3.2. Tipos de daño indemnizables

La primera subclasificación habitual por lo que al daño indemnizable se refiere es la que distingue entre el daño material y el daño moral. El art. 159 CESL, sin embargo, no traza esta distinción, lo que no significa que la propuesta de Reglamento optativo la desconozca, sino que lo que sucede es que el art. 2(g) de las *Chapeau Rules* menciona la «lesión» que, como se verá luego en el subapartado 3.2.3, se refiere a los daños corporales. Además, antes el art. 2(c) sí afirma que por «pérdida» debe entenderse –en una definición ciertamente tautológica al contener el término pretendidamente definido– «pérdida económica y pérdida no económica en forma de dolor y sufrimiento», aunque a renglón seguido matiza que quedan «excluidas otras formas de pérdida no económica como el deterioro de la calidad de vida y la pérdida del disfrute»<sup>13</sup>. El deterioro de la calidad de vida y la pérdida del disfrute también pueden derivar del incumplimiento de las obligaciones del vendedor, por ejemplo quien había adquirido una casa que es inhabitable para retirarse a una vida contemplativa o el de la novia que compra un vestido para su boda<sup>14</sup> que por su mala confección se deshilacha antes de la ceremonia y esta se desmorona con la consiguiente aflicción. Se ha señalado que esta exclusión supone una disminución de la protección al consumidor en los países que vienen reconociendo la pérdida del disfrute y de calidad de vida como daño indemnizable<sup>15</sup>. España constituiría un ejemplo de ello, pues la jurisprudencia española tiene bien definido que el daño indemnizable comprende el daño moral, incluida la pérdida de vacaciones<sup>16</sup>, por lo que debe procurarse que esta matización del CESL no resulte trascendente, más aun pensando en su ámbito de aplicación restringido a la compraventa y servicios relacionados, como veremos a continuación en el subapartado 3.2.3. Y, por último, no debe olvidarse que el Tribunal de Justicia, en el asunto *Simone Leitner*, interpretó el art. 5 de la Directiva 90/314/CEE en el sentido de incluir el daño moral resultante del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso de los servicios incluidos en un paquete turístico<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> Especialmente crítico con esta sistemática, KOCH, B. A., “Schadenersatz und Rückabwicklung”, en Wendehorst, Christiane, Zöchling-Jud, Brigitta (ed.), *Am Vorabend eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht*, Wien: Manz, 2012, p. 225. Más críticas en EIDENMÜLLER, H., JANSEN, N., KIENINGER, E. M., WAGNER, G., ZIMMERMANN, R., “The Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law: Deficits of the Most Recent Textual Layer of European Contract Law”, *Edinburgh Law Review*, 2012, p. 340, quienes consideran que “the proposed regulation confuses protected interests with heads of damage”.

<sup>14</sup> El ejemplo de la novia lo tomo de MOŽINA, art. 160, en Schulze, *Commentary*, p. 641, Rn 5.

<sup>15</sup> CHEN-WISHART/MAGNUS, “Termination price reduction, and damages”, p. 674-675; KOCH, “Schadenersatz”, pp. 226-227.

<sup>16</sup> STS (1ª) 10 noviembre 2005 (RJ 2005\9517), SAP Barcelona (14ª) 5 febrero 2004 (JUR 2004\97946), SAP La Rioja 29 agosto 2011 (AC 2011\2208).

<sup>17</sup> Asunto C-168-00 *Simone Leitner v Tui Deutschland GmbH & Co KG*, [2002] ECR I-2631, para. 23-24. Véase al respecto REMIEN, O., “Schadenersatz und Zinsen nach EU-Kaufrecht”, en Schmidt-Kessel, Martin

Tampoco se dice expresamente que la pérdida de una oportunidad sea indemnizable, a diferencia de cuanto ocurre en el art. 7.4.3(2) PICC. Por la general admisibilidad teórica de la pérdida de oportunidad en el derecho europeo<sup>18</sup>, incluyendo al español, no parece que el silencio deba interpretarse como exclusión.

En el nuevo derecho europeo de contratos, las partidas de daño material indemnizable son las tradicionales: el daño emergente y el lucro cesante. A cada una de estas dos últimas partidas se refiere cada párrafo del art. 159 CESL, siguiendo la estela de los arts. III.-3:701(1) y (2) y 9:501(1) y (2)(b) PECL.

Aunque no se diga explícitamente en ningún texto del *soft law* europeo ni en el CESL, hay que subdistinguir entre el daño a la propiedad y el daño a la persona. Esta subclasificación sí es explícita en el *Acquis*<sup>19</sup> y en una serie de tratados internacionales<sup>20</sup>, y la legislación<sup>21</sup> y la jurisprudencia española<sup>22</sup> no son ajenas a la indemnizabilidad de ambos tipos de daño.

### 3.2.1. El daño emergente

El daño emergente constituye el perjuicio efectivo sufrido en el patrimonio de la parte perjudicada, que ha perdido un bien o un derecho que ya estaban incorporados a ese patrimonio o ha visto como estos experimentaban una merma en su valor, así como cualquier gasto destinado a recuperar la situación patrimonial anterior al incumplimiento. La jurisprudencia comunitaria permite precisar que, entre otros, constituyen supuestos de daño emergente los gastos generados por un cambio forzoso de domicilio<sup>23</sup>, los costos que supone para una empresa recuperar su posición en el

---

(ed.), *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?*, München: Sellier, 2012, p. 507, y art. 159, en Martin Schmidt-Kessel (ed.), *Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäischer Kaufrecht*, München, 2014, p. 763-764; DORNIS, T. M., "Particular Remedies for Non-performance", en Leible, Stefan, Lehmann, Matthias (ed.), *European Contract Law and German Law*, Alphen aan der Rijn: Kluwer, 2014, p. 532.

<sup>18</sup> Véase JANSEN, N., "The Idea of a Lost Chance", *Oxford Journal of Legal Studies*, 1999, p. 271 ss.; el Tribunal de Justicia, aunque no la consideró en el caso concreto, admitió la indemnizabilidad de la pérdida de oportunidad en el asunto T-230/94 *Frederick Farrugia v Comisión* [1996] ECR II-195, par. 44.

<sup>19</sup> Art. 9 (y Cdo. 9) de la Directiva 85/374, de responsabilidad por producto; Cdo. 14 de la Directiva 2004/35, sobre responsabilidad medioambiental.

<sup>20</sup> Entre otros, art. 1(10) de la Convención sobre Responsabilidad Civil por Daños causados durante el Transporte de Mercancías Peligrosas por Carretera, Ferrocarril y Navíos de Navegación Interior; art. 1(6) de la Convención Internacional sobre la responsabilidad y la indemnización por los daños derivados del transporte por mar de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas; art. 17 del Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional.

<sup>21</sup> Por ejemplo, art. 19(9)(a) de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación.

<sup>22</sup> Por ejemplo, STS (1ª) 4 junio 1997 (RJ 1997\5970), muerte del arrendatario por defectuosa conservación del inmueble arrendado.

<sup>23</sup> Así se deduce del asunto 1/55 1-55 *M. Antoine Kergall v. Common Assembly of the ECSC* [1954-1956] ECR English esp. ed. 151, T-20/89, p. 159 *sub* B-2, aunque en el supuesto en cuestión no se concedió ninguna indemnización porque estos gastos estaban cubiertos al establecerse en el contrato de trabajo una cantidad en tal concepto.

mercado comunitario<sup>24</sup> o la incobrabilidad de créditos<sup>25</sup>. En general, pues, cualquier disminución en el patrimonio de la parte perjudicada por el incumplimiento da lugar a la correspondiente indemnización.

### 3.2.2. El lucro cesante

La indemnización del lucro cesante es común a los ordenamientos jurídicos europeos. El Abogado General Capotorti ya señaló que «it is well known that the legal concept of a “damage” covers both a material loss *strictu sensu*, that is to say, a reduction in a person’s assets, and also the loss of an increase in those assets which would have occurred if the harmful act had not taken place (these two alternatives are known respectively as *damnum emergens* and *lucrum cessans*)»<sup>26</sup>.

El art. 159(2) CESL califica de inmediato las pérdidas por lucro cesante: «Las pérdidas futuras *que el deudor puede esperar*». Se advierte que no todo el posible lucro cesante es indemnizable, sino solo el esperable, pero en realidad esta limitación no es exclusiva del lucro cesante, sino de todo el daño que debe ser reparado, pues el art. 161 se refiere, con carácter general, a la «previsibilidad de las pérdidas». Por consiguiente, se abordará esta cuestión más adelante en el apartado 6.

### 3.2.3. El daño moral

Antes se ha señalado que es en el art. 2(c) de las *Chapeau Rules* del CESL donde debe encontrarse el fundamento de la indemnizabilidad del daño moral, pues se dice que «pérdida» incluye la «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». Con todo, es necesario tener en cuenta lo que dispone el art. 2(g) de las mismas *Chapeau Rules*, donde se define no ya «pérdida» sino «indemnización de daños y perjuicios». En la versión española, se lee que es «la compensación en dinero a la que puede tener derecho una persona por una pérdida, lesión o perjuicio». Esta versión española, además de tautológica –porque la definición incorpora la misma palabra que el concepto, «perjuicio»– y sistemáticamente objetable –no se entiende por qué hay una definición de «pérdida», otra de «daños y perjuicios» y que el art. 159 no diga lo mismo– no proporciona una idea clara del alcance del precepto al utilizar los términos «lesión» y «perjuicio». La versión inglesa precisa algo más, al enumerar «loss, injury or damage». Sin embargo, debe acudir a la versión alemana para que el jurista español tenga una idea clara de cuáles son los daños morales indemnizables: «Entschädigung für einen erlittenen Verlust oder einen körperlichen oder sonstigen

<sup>24</sup> Asunto T-178/98 *Fresh Marine Company v Comisión* [2000] ECR II-3331, par. 116, aunque en el caso no fueron indemnizados por falta de prueba suficiente.

<sup>25</sup> T-184/05 *C Dorsch Consult Ingenieuresellschaft mbH contra Consejo* (1998), para. 26.

<sup>26</sup> Opinión de 12.9.1979 en el caso 238-78 *Ireks-Arkady v Consejo y Comisión*, citado por TOTH, A.G., “The concepts of damage and causality as elements of non-contractual liability”, en Heukels, Ton, McDonnell, Alison (ed.), *The Action for Damages in Community Law*, The Hague: Kluwer, 1997, p. 186.

Schaden berechtigt sein kann». La expresión «sonstigen Schaden» anuncia que no todo daño moral va a ser indemnizable.

Es notorio el distanciamiento entre el CESL y el DCFR y los PECL. En efecto, el art. 9:501(2)(b) PECL incluye entre los daños indemnizables «la non-pecuniary loss» y el art. III.-7:501(3) DCFR advierte que «"Loss" includes economic and non-economic loss», sin que se indique limitación alguna a su indemnizabilidad. El comentario E al precepto de los PECL informa con generalidad que «recoverable loss is not confined to pecuniary loss but may cover, for example, pain and suffering, inconvenience and mental distress resulting from the failure to perform»<sup>27</sup>. Nótese que se trata de «ejemplos», no de una lista cerrada de supuestos de daño moral indemnizable. Las notas al DCFR mantienen la misma redacción, pero añadiendo «inconvenience, mental distress, and any other impairment of the quality of life resulting from the failure to perform»<sup>28</sup>. En esta línea se movía también el antecedente inmediato del CESL, el *Feasibility Study* preparado por el grupo de expertos<sup>29</sup>, según cuyo art. 2(12) «"loss" means economic and non-economic loss; non-economic loss includes pain and suffering, impairment of the quality of life and loss of enjoyment». La razón del cambio de orientación se debe a que no todos los ordenamientos nacionales reconocen con amplitud los daños no económicos. En particular el derecho alemán, pues el § 253 (Daños inmateriales) introduce una importante limitación: «(1) Por razón de un daño que no es patrimonial sólo se puede solicitar indemnización en dinero en los casos previstos por la ley», para a continuación concretar: «(2) Si por razón de una lesión corporal, a la salud, a la libertad o a la libertad sexual debe prestarse resarcimiento de un daño que no es patrimonial, puede exigirse una indemnización equitativa en dinero»<sup>30</sup>. Consiguientemente, por mencionar un único supuesto, la «loss of enjoyment» que era indemnizable en las propuestas anteriores al CESL, con esta deja de serlo. En el trámite de enmiendas se propuso un nuevo apartado (fg)<sup>31</sup> con esta redacción: «"loss" means economic loss and non-economic loss in the form of pain and suffering, excluding other forms of non-economic loss such as impairment of the quality of life and loss of enjoyment». Esta restricción que resulta del art. 2(g) y que concreta el art. 2(c) originales y que se contiene también en el apartado (fg) de la fase de enmiendas, no encaja con el derecho español, que, como se ha visto, reconoce con la máxima amplitud los daños morales susceptibles de indemnización, aunque sí se corresponde con el CISG, que excluye de su ámbito de aplicación los daños personales ocasionados

<sup>27</sup> LANDO/BEALE, (ed.), *Principles*, p. 436.

<sup>28</sup> VON BAR/CLIVE, (ed.), *DCFR, Full edition*, III, comentario F al art. III.-3:701, p. 917.

<sup>29</sup> Véase mi trabajo VAQUER, A., "El Marco Común de Referencia de Derecho Privado Europeo", en id., *La armonización del derecho de obligaciones y sucesiones en el siglo XXI*, Lima: Jurista Editores, 2011, p. 54 ss.

<sup>30</sup> También en derecho austríaco e inglés hay sustanciales variaciones; véase HUBER, K., "Schadenersatz im Verordnungsvorschlag über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht", *Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherrecht (EUVR)*, 2013/4, p. 200-201; KRAMER, A., *The Law of Contract. Damages*, Oxford-Portland, 2014, p. 493 ss.

<sup>31</sup> Véase <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=EN&reference=P7-TA-2014-0159> (fecha última consulta 23.2.2015).

por las mercaderías. Pero una cosa es que la CISG los excluya de su ámbito de aplicación para que sean regulados conforme a la ley nacional que corresponda<sup>32</sup>, y otra muy distinta que el CESL limite a solo algunos los daños morales indemnizables, sin prever que pueda ser de aplicación en tal caso la ley nacional que sí los reconozca. Una interpretación de tal guisa conllevaría una reducción inexplicable de los daños morales susceptibles de ser indemnizados en derecho español.

### 3.2.4. Conclusión: la indemnización lo es del interés positivo

Vistos los tipos de daños que son indemnizables, el art. 160 CESL, repitiendo lo que ya se desprende del art. 159, formula en forma conclusiva que «[e]l 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<sup>33</sup>. La indemnización cubrirá las pérdidas que el acreedor haya sufrido y las ganancias que haya dejado de obtener». Se reconoce, pues, al acreedor el interés positivo, de modo que la indemnización de daños y perjuicios suponga que quede en la misma situación en que se encontraría si el deudor hubiera cumplido regularmente su obligación. La coincidencia, salvo lo indicado en el subapartado anterior, con el derecho español es total, tal como muestra ahora el art. 1207 PMCC.

## 4. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

El art. 159(1) CESL deja meridianamente claro que la indemnización de daños y perjuicios requiere una relación de causalidad con el incumplimiento del deudor: «por las pérdidas derivadas del incumplimiento de una obligación por parte del deudor». Esto supone un primer límite de carácter genérico al daño indemnizable: el daño no solo debe ser real, sino que debe hallar su causa en el incumplimiento del deudor.

La jurisprudencia española ha venido aplicando la teoría de la causalidad adecuada<sup>34</sup>, pero en cambio la doctrina europea parece inclinarse más por la teoría de la *conditio sine qua non* o *but-for test*, de modo que es indemnizable el daño que no se hubiera producido de no haber incumplido el deudor su obligación, incluso negándose la aplicabilidad de cualquier otra teoría causal<sup>35</sup>. Merece crítica en el CESL la distinta terminología, que se repite en las varias versiones lingüísticas, por lo que a la

<sup>32</sup> SCHWENZER, I., HACHEM, P., art. 5, en Schwenzer, Ingeborg (ed.), *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford: OUP, 2010, p. 97; SIEHR, K., art. 5, en Honsell, Heinrich (ed.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, Dordrecht-London-New York: Springer, 2010<sup>2</sup>, p. 43, Rn 3.

<sup>33</sup> DORNIS, T. M., “Particular Remedies for Non-performance”, p. 527; Baeck, “Damages”, p. 262.

<sup>34</sup> Por ejemplo, STS (1ª) 21 julio 2006 (RJ 2006\6522), y las que cita.

<sup>35</sup> Con particular énfasis, MOŽINA, art. 159, en Schulze (ed.), *Commentary*, p. 636; HUBER, “Schadenersatz”, p. 203; CHEN-WISHART/MAGNUS, “Termination, price reduction, and damages”, p. 677.

causalidad se refiere, ya que los dos párrafos del art. 159 usan los términos «derivar» y «esperar», respectivamente, y el art. 161 «prever».

Por otro lado, el incumplimiento, como se dirá seguidamente, es independiente de la culpa, tiene carácter neutro o incoloro<sup>36</sup>. Y esto tiene como consecuencia una paradoja, que es que si el incumplimiento no depende de la culpa sino que es neutro, ello ya supone un límite –objetivo– a la indemnización, al que se añade un segundo, que es la previsibilidad del daño, que posee un marcado tinte subjetivo.

En cualquier caso, hay ya alguna sentencia española que adopta el criterio causal de la *conditio sine qua non*. La SAP A Coruña (3ª) 27 junio 2011<sup>37</sup>, aunque es de responsabilidad extracontractual, encuentra argumentos para la teoría de la causa *sine qua non*: «Debe establecerse cuál es el hecho productor del daño. Para determinarlo se acude a la teoría de la equivalencia de las condiciones. Si suprimida idealmente la acción atribuida al agente, el daño se hubiese producido igual, puede descartarse la relación de causalidad física [STS 10 junio 2008]. En el artículo 3:101 de los "Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil" elaborados por el «European Group on Tort Law» (PETL)<sup>38</sup> se sigue el principio de la "conditio sine qua non", estableciéndose que «Una actividad o conducta es causa del daño de la víctima, si de haber faltado tal actividad, el daño no se hubiera producido», aunque posteriormente matice el principio». En el caso, se utiliza en un supuesto en que causaron daños a una vivienda mientras se realizaban obras de demolición de los tabiques divisorios de los locales en la planta baja en que el informe pericial rechazaba que la demolición fuera la causa de los daños al entender que la obra se ejecutó correctamente siendo inevitables los daños en una obra como la indicada. Con todo, hay que tener en cuenta que el DCFR no recoge con carácter absoluto la causalidad *sine qua non*<sup>39</sup> que tiene una cierta contestación doctrinal, de ahí que los mismos PETL<sup>40</sup> restrinjan a continuación el ámbito de aplicación de la causa *sine qua non* previendo causas concurrentes, alternativas, potenciales e incluso inciertas.

---

<sup>36</sup> Como indica MORALES MORENO, A. M., *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Cizur Menor: Thomson Civitas, 2010, p. 30, «constata, simplemente, de modo objetivo, la falta de realización de las exigencias del contrato, en orden a la satisfacción del interés del acreedor. No contiene ningún elemento de imputación de responsabilidad al contratante incumplidor y menos aún de reproche». 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, p. 70, por su parte, señala que «el incumplimiento es un concepto neutro desde el punto de vista de la imputación subjetiva al deudor».

<sup>37</sup> AC 2011\2024. Véanse, también, las sentencias de la misma SAP A Coruña (3ª) 11 noviembre 2011 (JUR 2011\403222), o SAP A Coruña (3ª) 11 mayo 2012 (JUR 2012\190267).

<sup>38</sup> EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil*, Cizur Menor, 2008.

<sup>39</sup> Véase el comentario E al art. III.-3:701, en VON BAR/CLIVE, (ed.), *DCFR, Full Edition*, III, p. 916.

<sup>40</sup> Art. 3:102 y ss.

## 5. EL INCUMPLIMIENTO INJUSTIFICADO

Hay un supuesto en que no nace el derecho a la indemnización de daños y perjuicios. Este supuesto es el de la concurrencia de una causa de exoneración, de excusabilidad del incumplimiento. El incumplimiento es excusable de acuerdo con el art. 88 CESL: «Una parte quedará exonerada del incumplimiento de una obligación si el incumplimiento se debiera a un impedimento que escapa a su control y si cupiera suponer que, en el momento de la celebración del contrato, no podía tener en cuenta el impedimento o no podía evitar o superar dicho impedimento o sus consecuencias»<sup>41</sup>. Lo mismo establecen los arts. 8:108 PECL y III.-3:104 DCFR, y lo recoge ahora el art. 1209 PMCC. En realidad, la excusabilidad del incumplimiento con que termina el art. 159 CESL es una reiteración innecesaria una vez que se exige que el daño sea una consecuencia –relación causa-efecto– del incumplimiento. En efecto, la excusabilidad del incumplimiento en los términos que recogen las normas de derecho europeo no es sino una manifestación de la fuerza mayor, y la fuerza mayor, al igual que el caso fortuito, excluye la causalidad. Por consiguiente, se está insistiendo en la misma idea desde dos puntos de vista: por un lado se insiste en la necesidad de la causalidad para el nacimiento del derecho a la indemnización y por otro se niega la existencia de responsabilidad cuando el daño se debe a fuerza mayor.

Con respecto a la norma equivalente en el CISG (art. 79), la doctrina entiende que no supone fuerza mayor la insuficiencia financiera o los cálculos erróneos sobre la propia capacidad de la parte deudora<sup>42</sup>. En esta línea, el Tribunal de Justicia había ya advertido que el riesgo inherente a las actividades empresariales no puede generar un daño indemnizable, sino que es necesario que el demandante haya realizado inversiones o gastos que excedan los riesgos inherentes al ramo empresarial en cuestión<sup>43</sup>.

## 6. LA CUANTÍA DE LA INDEMNIZACIÓN

La indemnización de daños y perjuicios es una nueva obligación dineraria que debe afrontar el deudor incumplidor. Que consiste en el pago de una cantidad de dinero lo afirma expresamente el art. 2(g) de las *Chapeau Rules* del CESL, lo que es una consecuencia del carácter compensatorio de la indemnización de daños y perjuicios,

<sup>41</sup> Argumentan EIDENMÜLLER/JANSEN/KIENINGER/WAGNER/ZIMMERMANN, “The Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law”, p. 338-339, que de esta manera no existen grandes diferencias prácticas entre un sistema inicialmente ajeno a la culpa como el del CESL y el *common law* que sí se basa en la negligencia.

<sup>42</sup> HUBER, “Schadenerzatz”, p. 204.

<sup>43</sup> Asunto 59/83 *SA Biovilac NV v Comunidad Económica Europea* [1984] ECR 4057, par. 28; asuntos acumulados T-480/93 y T-483/93 *Antillean Rice Mills NV et al v Comisión* [1995] ECR II-2305, par. 200; T-203/96 *Embassy Limousines v Parlamento Europeo* [1998] ECR II-4239, par. 76, T-196/99 *Area Cova SA v Consejo y Comisión* [2001] ECR II-3597, par. 178, C-220/91 *P Comisión v Stahlwerke Peine-Salzgitter AG* [1993] ECR I-2393, par. 58.

como es común en Europa<sup>44</sup> y coincidente con la opción del CISG (art. 74)<sup>45</sup>. Cómo se calcula esta suma dineraria se intenta explicar en los apartados siguientes.

### 6.1. *La reparación integral del daño*

El punto de partida del cálculo de la indemnización de daños y perjuicios es el de la completa reparación del daño. Ello supone, como ya se ha dicho antes, contabilizar tanto el daño emergente o pérdida patrimonial experimentada cuanto el lucro cesante o ganancia dejada de obtener.

Para la valoración de las pérdidas, el CESL propone una combinación de los dos criterios esenciales, el objetivo-abstracto que se encuentra en el art. 165 (el precio de mercado) y el subjetivo-concreto que enuncia el art. 164 (el negocio –mejor que «transacción» que reza la versión española– sustitutivo que ha podido celebrar la parte perjudicada por el incumplimiento). Lo mismo disponen los arts. III.-3:707 y 3:706 DCFR, que a su vez asumen los arts. 9:507 y 9:506 PECL. La PMCC guarda silencio al respecto de los criterios de cuantificación de la indemnización, pero la doctrina española acepta estos criterios que se acaban de mencionar<sup>46</sup>. Debe observarse que el CESL se refiere al precio de mercado –más exactamente, al «precio vigente en el momento de la resolución» –en el mencionado art. 165, lo que acota un momento temporal para la fijación de ese precio, como es el momento de la resolución –aunque plantea la duda de cuál es el momento si la parte perjudicada ha reclamado el cumplimiento forzoso de la obligación; habrá que concluir que es el momento en que se produce la reclamación–, pero en cambio guarda silencio por lo que al lugar del cumplimiento concierne. Sí que lo prevé el art. 76(2) CISG, que establece que «el precio corriente es el del lugar en que debiera haberse efectuado la entrega de las mercaderías o, si no hubiere precio corriente en ese lugar, el precio en otra plaza que pueda razonablemente sustituir ese lugar, habida cuenta de las diferencias de costo del transporte de las mercaderías». Si se acepta esta solución para completar el CESL, el precio de mercado sería el precio generalmente pagable por bienes de la misma especie vendidos por comerciantes semejantes en circunstancias comparables en un lugar concreto, que en principio es aquél donde deberían haberse entregado<sup>47</sup>.

De la cuantía de la indemnización de daños y perjuicios debe deducirse todo aquello que obtenga el acreedor cuyo propósito sea la reparación del daño. Como dicen los comentarios al art. 9:502 PECL, «[t]he aggrieved party must bring into account in reduction of damages any compensating gains which offset its loss; only the balance,

---

<sup>44</sup> CHEN-WISHART/MAGNUS, "Termination, price reduction and damages", p. 672.

<sup>45</sup> Véase ADAME MARTÍNEZ, M.A., *Specific Performance as the Preferred Remedy in Comparative Law and CISG*, Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2013, p. 411 ss.

<sup>46</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de derecho civil, II, Las relaciones obligatorias*, Madrid: Thomson Civitas, 2008<sup>5</sup>, pp. 788-790.

<sup>47</sup> SCHWENZER/HACHEM, art. 76, en Schwenzler (ed.), *Schlechtriem & Schwenzler Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, p. 1038, Rn 4.

the net loss, is recoverable»<sup>48</sup>. Lo mismo establece el art. 7.4.2(1) fin PICC. La jurisprudencia española se mueve en esta línea, también<sup>49</sup>.

## 6.2. Las cláusulas contractuales de liquidación del daño

Sorprende que el CESL no regule, en sede de la indemnización de daños y perjuicios, las cláusulas penales incorporadas al contrato en que las partes anticipan la liquidación del daño, y ello a pesar de que las conoce, pues en el art. 88(e) fija los criterios de abusividad de las cláusulas penales en los contratos con consumidores. De ahí que el silencio no pueda interpretarse como una interdicción de las cláusulas de liquidación previa de los daños, sino que su admisión encuentra un apoyo evidente en el principio de libertad contractual del art. 1 CESL<sup>50</sup>.

En cualquier caso, hay que notar que en el DCFR y en los PECL no solo se regula la cláusula penal (art. III.-3:712 y 9:509, respectivamente), sino que en ambos – concretamente en el apartado segundo de estos preceptos que se acaban de mencionar– se prevé expresamente la facultad judicial de moderación de la pena estipulada en atención a la pérdida efectivamente sufrida por la parte perjudicada y a las demás circunstancias del caso<sup>51</sup>. Esta facultad judicial de moderación la afirma expresamente el art. 1150 PMCC. La jurisprudencia española ha recurrido al *soft law* para sostener la moderabilidad de la pena convencional incluso en el supuesto de que se haya estipulado como inmoderada por las partes. Se trata de la STS (1ª) 5 octubre 2010<sup>52</sup> que, aunque finalmente no modera la pena estipulada al entender que no concurren los requisitos para ello, sí acepta que, en principio, toda pena convencional puede ser moderada por el juez, con la siguiente argumentación: «Es cierto que, a diferencia de lo previsto en el primer párrafo de la Ley 518 del Fuero Nuevo de Navarra, que dispone que «La estipulación de pagar una cantidad como pena por el incumplimiento de una prestación lícita obliga al promitente, y la pena convenida no podrá ser reducida por el arbitrio judicial», la tendencia doctrinal que aflora en el artículo 1150 del Anteproyecto de Modernización del Derecho de Obligaciones, elaborado por la Comisión de Codificación y publicado por el Ministerio de Justicia en enero del 2009, apunta a la posibilidad de moderación de las cláusulas penales incluso

<sup>48</sup> LANDO/BEALE, (ed.), *Principles*, comentario C, p. 439. Véase BLASE, F., HÖTTLER, P., “Remarks on the Damages Provisions in the CISG (Article 74), Principles of European Contract Law (PECL), and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICC)”, en Felemegas, John (ed.), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, New Cork: CUP, 2007, p. 470.

<sup>49</sup> STS (1ª) 8 mayo 2008 (RJ 2008\2827), STS (1ª) 3 septiembre 2012 (RJ 2012\10132).

<sup>50</sup> MOŽINA, art. 159, en Schulze, *Commentary*, p. 638, Rn 10; Baeck, “Damages”, p. 265.

<sup>51</sup> Véase ÁLVAREZ MORENO, M. T., “La regulación de la cláusula penal en los PECL y el Draft y su comparación con el derecho español”, en Gómez Laplaza, María del Carmen (coord.), *Cuestiones sobre la compraventa en el Código civil, Principios europeos y Draft*, Madrid: Dykinson, 2012, pp. 127-140; WENDEHORST, C., “Schadenersatz, Verzugszinsen und Rückabwicklung”, en Remien, Oliver, Herrler, Sebastian, Limmer, Peter (ed.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU*, München: Beck, 2012, p. 192-193.

<sup>52</sup> Iustel §305964.

en supuestos en que se estipuló con carácter «inmoderable»: «El Juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido», y también apunta en este sentido el apartado 2 del artículo 9:509 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos de la Comisión Lando.

### 6.3. La previsibilidad del daño

La cuantificación del daño exige tener en cuenta la regla que se contiene en el art. 161 CESL: «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». Se trata de la conocida como *contemplation rule*, que si bien es característica del derecho anglosajón, con base en el conocidísimo caso *Hadley v Baxendale*<sup>53</sup>, su origen se halla en Pothier<sup>54</sup>. Decía el autor francés<sup>55</sup>: «Il ne faut pas néanmoins assujettir le débiteur à indemniser le créancier de toutes les pertes indistinctement que lui a occasionée l'inexécution de l'obligation, & encore moins de tous les gains que le créancier eût pu faire, si le débiteur eût satisfait à son obligation. Il faut à cet égard distinguer différents cas et différentes espèces de dommages et intérêts; et il faut même, selon les différents cas, apporter une certaine modération à la taxation et estimation de ceux dont il est tenu. Lorsqu'on ne peut reprocher au débiteur aucun dol, et que ce n'est que par une simple faute qu'il n'a pas exécuté son obligation, soit parcequ'il s'est engagé témérement à ce-qu'il ne pouvoit accomplir, soit parcequ'il s'est mis depuis, par sa faute, hors d'état d'accomplir son engagement; dans ces cas le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qu'un a pu prévoir, lors du contrat, que le créancier pourroit souffrir de l'inexécution de l'obligation». La construcción de Pothier, vía el *Code Civil*, pasó al Código Civil español<sup>56</sup>, cuyo art. 1107 distingue entre el incumplidor culposo y el doloso, indicando que el primero –el deudor «de buena fe»– responde de los daños y perjuicios «previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación». Lo mismo hace la PMCC en su art. 1208, con referencia al «deudor no doloso». Pero debe notarse que la regla de la previsibilidad en el CESL, a diferencia de cuanto acontecía en los PECL y el DCFR, no se liga a la modalidad subjetiva de incumplimiento, sino que es general, lo que supone un alejamiento de la tradición del *soft law* europeo en la que se acomoda también el

<sup>53</sup> 156 Eng. Rep. 145 (1854) y <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Exch/1854/J70.html> (fecha última consulta 23.2.2015).

<sup>54</sup> ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations*, Oxford: OUP, 1996, p. 830; PERILLO, J. M., “Robert J. Pothier’s Influence on the Common Law of Contract”, 11 *Texas Wesleyan Law Review* (2004-2005), p. 267 ss.; MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, p. 112 ss.; GORDLEY, J., “The Foreseeability Limitation on Liability in Contract”, en Hartkamp, Arthur *et al* (ed.), *Towards a European Civil Code*, Alphen aan der Rijn: Kluwer-Ars Aequi, 2011, p. 699 ss. (crítico con la regla de la previsibilidad).

<sup>55</sup> POTHIER, R. J., “*Traité des obligations*”, t. 1, Paris: Chez Debure l’aîné, 1764, nº 160.

<sup>56</sup> Sobre el origen de la regla de la previsibilidad y su paso al CC español, LEÓN GONZÁLEZ, J. M., “De nuevo sobre el artículo 1107 del Código Civil: los daños previstos o previsibles”, en Llamas Pombo, Eugenio (ed.), *Estudios de derecho de obligaciones*, t. II, Madrid, 2006, p. 133 ss.

derecho de obligaciones y contratos español<sup>57</sup>. Por otra parte, tanto los PECL como el DCFR, y de ellos la PMCC, limitan las pérdidas indemnizables a las «probables», lo que no efectúa el CESL; y la contemplación de las pérdidas se medía en términos de «razonabilidad», lo que igualmente obvia el CESL, con lo que puede intuirse que la intención es limitar los daños indemnizables<sup>58</sup>, lo que no parece corresponderse, en términos generales, con la orientación de la jurisprudencia española.

La previsibilidad de las pérdidas rige tanto para el daño emergente como para el lucro cesante. No obstante, es en relación con el lucro cesante donde adquiere mayor virtualidad a fin de evitar la indemnización por un daño meramente hipotético, que incluso el Tribunal de Justicia Europeo ha excluido que deba indemnizarse<sup>59</sup>. La jurisprudencia española ya ha venido interpretando tradicionalmente con carácter restrictivo la indemnización del lucro cesante para evitar la compensación de los meros sueños de ganancias, y el *soft law* europeo le ha aportado algún criterio útil en la difícil delimitación del lucro cesante indemnizable. Así, argumenta la STS (1ª) 16 diciembre 2009<sup>60</sup>: «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 por lucro cesante». El nuevo derecho europeo de contratos también se invoca en relación con la no indemnizabilidad de los sueños de ganancia, aunque sea mezclando erróneamente grupos europeos, como ocurre en las SAP A Coruña (3ª) 11 mayo 2012 y 25 mayo 2012<sup>61</sup>: «No comprende, pues, los “sueños de fortuna” o “sueños de ganancia”, sino las ganancias que probadamente se hubieran producido, de no mediar el incumplimiento imputable al deudor. Aunque se haya reconocido, aplicando criterios de probabilidad, que debe indemnizarse aquella “pérdida futura que razonablemente se prevea que puede ocurrir” [artículo 9:501 de los PECL (Principios del Derecho Europeo de Contratos, elaborados por el “European Group on Tort Law”)]».

El test de previsibilidad tiene carácter subjetivo, pues se trata de aquello que previó o debió prever el deudor. De ahí que la información de que dispone el deudor sea un criterio que puede ampliar o reducir la cuantía del daño indemnizable, lo que debe ser considerado por el acreedor, que tiene que ser consciente que a mayor información

---

<sup>57</sup> La reciente STS (1ª) 14 enero 2014 (RJ 2014\1842) razona que el art. 1107 CC «responde a un criterio de agravación de la responsabilidad como respuesta a la actuación frontalmente contraria al principio de buena fe», y considera como lucro cesante indemnizable los intereses por las cantidades indebidamente dejadas de percibir como consecuencia de la reticencia dolosa de la contraparte.

<sup>58</sup> Así, MOŽINA, art. 161, en Schulze (ed.), *Commentary*, pp. 646-647; REMIEN, “Schadenersatz”, p. 513.

<sup>59</sup> T-13/96 TEAM Srl v Commission [1998] ECR II-4073, para. 76

<sup>60</sup> (Iustel §297113). Transcribe el razonamiento la SAP Segovia (1ª) 25 junio 2012 (JUR 2012\287521).

<sup>61</sup> JUR 2012\190267 y JUR 2012\190903, respectivamente.

que proporcione al deudor más extensa puede resultar la responsabilidad de este, ya que la carga de la prueba pesa sobre él al ser quien reclama la indemnización.

#### 6.4. *La contribución al daño del acreedor*

La cuantía de la indemnización de daños y perjuicios se ve también modificada en función de la contribución al daño por el propio acreedor. Así lo prevé el art. 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». Este artículo procede del art. 9:504 PECL, que a su vez fue prácticamente copiado en el art. III.-3:704 DCFR; una norma similar se halla en el art. 7.4.7 PICC. De acuerdo con los comentarios al PECL<sup>62</sup>, la norma cubre dos supuestos, que es la distinción que traza el precepto entre contribución al incumplimiento y contribución a los efectos del incumplimiento: que la conducta del acreedor haya sido concausa de la producción del daño y que, aun no revistiendo la condición de concausa, con su comportamiento haya incrementado el daño causado (por ejemplo, se compra un producto eléctrico y se suministra uno que solo funciona con una corriente de 120 voltios lo que se anuncia notoriamente en el envoltorio; la falta de atención del comprador provoca un incremento del daño al haber quemado la resistencia del aparato en cuestión). Debe tratarse de una contribución a la causación del daño y no de que el daño se deba exclusivamente al acreedor, pues en tal caso carece de todo remedio, incluida la indemnización de daños y perjuicios (art. 106(5)) CESL, y también arts. 8:101(3) y III.-3:101(3) DCFR).

La PMCC no contiene una norma específica, pero este es un criterio bien asentado en nuestra jurisprudencia, por lo que no hay problemas de compatibilidad con el derecho español. Así, por ejemplo, la STS (1ª) 22 abril 2013<sup>63</sup> argumenta: «El artículo 1103 CC, que se invoca como infringido, se traduce en una moderación de la cuantía de la indemnización cuando se aprecia, junto con la culpa del propio obligado o responsable, la conducta concurrente de otros sujetos (...). Según la jurisprudencia mayoritaria de esta Sala, la apreciación de la gravedad de las culpas compensables constituye una *quaestio facti* que corresponde a la apreciación del Tribunal a quo (...), quien tiene la facultad de moderar a su prudente arbitrio la responsabilidad del agente reduciendo la cuantía de la indemnización repartiendo el daño con el perjudicado cuando declara la compensación de culpas (...), de tal suerte que la aplicación o la falta de aplicación de esta facultad no es susceptible de recurso de casación (...), salvo cuando está en cuestión la apreciación del nexo causal y la efectiva participación culposa o negligente de las partes, según las circunstancias de cada supuesto, o se aprecia una notoria desproporción en la distribución de las responsabilidades concurrentes que desconoce la gravedad de la que resulta más decisiva». Por consiguiente, tampoco en este aspecto hay brecha que separe el derecho contractual europeo del derecho civil español.

---

<sup>62</sup> LANDO/BEALE, (ed.), *Principles*, p. 444.

<sup>63</sup> RJ 2013\3690.

## 7. LA MITIGACIÓN DEL DAÑO

De acuerdo con el art. 153(1) CESL, que reproduce el art. III.-3:705(1) DCFR y el art. 9:505(1) PECL, «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»<sup>64</sup>. Se trata de una carga<sup>65</sup> conforme a la cual el acreedor no debe permanecer pasivo ante la producción del daño, sino que tiene que tomar las medidas adecuadas y razonables para reducir el daño, lo que excluye aquellas que sean extraordinarias por su coste o complejidad. En realidad, supone una disminución del *quantum* indemnizable porque proscribire la reclamación de los daños que el acreedor pudo evitar. Así, al acreedor se le reconoce legitimación para el resarcimiento de los gastos incurridos para mitigar el daño en el apartado (2) del mencionado art. 153 CESL: «El acreedor tendrá derecho a cobrar el importe de los gastos en los que razonablemente incurrió al intentar mitigar las pérdidas». Obviamente, el resarcimiento de las expensas no depende del éxito completo en la mitigación del daño, pues las medidas pueden haber resultado insuficientes; en tal caso, pues, el acreedor tiene derecho a la indemnización de los daños y perjuicios y, además, al importe de los gastos razonables incurridos<sup>66</sup>. La oportunidad y la razonabilidad de las medidas mitigadoras se miden en términos objetivos.

La PMCC se inspira en estas fuentes y dispone en su art. 1211 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». Nótese que la Comisión General de Codificación aúna la razonabilidad con la buena fe<sup>67</sup> con la intención de acotar esos gastos resarcibles. En el Código Civil vigente no hay regla al respecto, pero en la jurisprudencia ya hay sentencias que, con apoyo en los textos citados, aluden al deber de mitigación. Así, por ejemplo, las SSTs (1ª) 26 febrero 2013, STS (1ª) 9 julio 2013 y STS (1ª) 18 julio 2013<sup>68</sup> contienen el siguiente texto: «la pronta reacción del acreedor ante la evidencia del incumplimiento esencial futuro, se

<sup>64</sup> Para una crítica de las insuficiencias de este precepto, KEIRSE, A., “Why the Proposed Optional Common European Sales Law, But Should Have, Abandoned the Principle of All or Nothing: A Guide to How to Sanction the Duty to Mitigate the Loss”, *European Review of Private Law*, 2011, p. 951 ss.

<sup>65</sup> Así, también, KOCH, “Schadenersatz”, p. 234; Huber, “Schadenersatz”, p. 208; y, sin utilizar el término carga, MCKENDRICK, art. 7.4.8, en Vogenauer, Stefan, Kleinheisterkamp, Jan (ed.), *Commentary on the Unidroit Principles*, p. 901, Rn 1 (“the effect of a failure to mitigate is simply to deny to the aggrieved party an entitlement to recover damages”). Sin embargo, ni el CESL, ni tampoco el DCFR, utilizan el concepto de carga; al respecto, véase mi trabajo VAQUER, A., “Farewell to Windscheid? Legal Concepts Present and Absent from the Draft CFR”, *European Review of Private Law*, 2009/4, p. 502 ss.

<sup>66</sup> MOŽINA, art. 163, en Schulze (ed.), *Commentary*, p. 651, Rn 5; comentario E al art. 9:505 PECL, en LANDO/BEALE, (ed.), *Principles*, p. 446. Lo mismo para el CISG SCHWENZER/HACHEM, art. 77, en Schlechtriem & Schwenzler *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, pp. 1045 y 1047, Rn 7 y 11; y para los PICC, art. 7.4.8, en VOGENAUER, S., KLEINHEISTERKAMP, J. (ed.), *Commentary on the Unidroit Principles*, p. 903, Rn 7.

<sup>67</sup> Véase DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, p. 783-784.

<sup>68</sup> RJ 2013\4935, RJ 2013\5914 y RJ 2013\5200, respectivamente.

ajusta a reglas de buena fe y, en su caso, puede permitir minimizar los daños y perjuicios derivados para ambas partes del incumplimiento -en el caso de la promotora podía buscar otro comprador y la compradora recuperar lo pagado a cuenta y adquirir otras viviendas-, y de hecho el art. 1211 ALM [Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos] dispone que “[n]o responderá el deudor del daño que el acreedor hubiera podido evitar o reducir adoptando para ello las medidas requeridas por la buena fe [...]”, y el artículo 9:505(1) PDE [Principios de Derecho Europeo de los Contratos] que “[l]a parte que incumple no responde de las pérdidas sufridas por el perjudicado en la medida en que éste hubiera podido mitigar el daño adoptando medidas razonables”. Por su parte, la STS (1ª) 30 julio 2012<sup>69</sup> se refirió al «deber del acreedor de minimizar razonablemente los daños derivados del incumplimiento -en este sentido el artículo 1211 de la Propuesta de Modernización dispone 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", y el artículo 9:505 de los Principios de Derecho europeo de los contratos que "(1) La parte que incumple no responde de las pérdidas sufridas por el perjudicado en la medida en que éste hubiera podido mitigar el daño adoptando medidas razonables”». Esta sentencia la cita la SAP Vizcaya (5ª) 13 diciembre 2012, que pone como ejemplo de mitigación de los daños retirar el material tóxico de un almacén que, en otro caso, aumentaría los daños con las emanaciones que produciría<sup>70</sup>.

Otra forma de mitigar el daño es la celebración de un negocio substitutivo –que no «transacción», como propone la versión castellana del CESL– en los términos del art. 164 CESL: «Cuando un acreedor haya resuelto un contrato en su totalidad o en parte y haya realizado una transacción substitutiva en un plazo y modo razonables podrá, en la medida en que tenga derecho a percibir una indemnización, cobrar la diferencia entre el valor que hubiera sido debido en virtud del contrato resuelto y el debido en virtud de la transacción substitutiva, así como reclamar una indemnización por otras pérdidas que haya podido sufrir». El origen de este precepto se remonta a los arts. 9:506 PECL y III.-3:706 DCFR. De estas fuentes podemos extraer el siguiente ejemplo<sup>71</sup>: las partes concertaron un contrato de arrendamiento de un local para acoger una exposición, pero el arrendador comunica que el local no estará disponible; si la otra parte puede encontrar un local de características similares en unas condiciones razonables, habrá mitigado sus pérdidas, y podrá reclamar al arrendador la diferencia de coste del nuevo local y otros perjuicios que haya podido sufrir, como por ejemplo el mayor coste de transporte si está más alejado o las medidas de seguridad adicionales de las que carece el local sustituto. La PMCC no contempla específicamente el negocio substitutivo, pero puede entenderse comprendido en la norma general sobre mitigación del daño. Obviamente, como advierte el precepto, los mayores gastos solo son reclamables en la

---

<sup>69</sup> RJ 2013\6730.

<sup>70</sup> JUR 2013\154337.

<sup>71</sup> LANDO/BEALE, (ed.), *Principles*, ejemplo 1 del art. 9:506, p. 448.

medida en que la parte perjudicada esté legitimada para reclamar la indemnización de daños y perjuicios.

#### 8. LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS EN EL CASO DE OBLIGACIONES PECUNIARIAS

Cuando el incumplimiento lo es de una obligación pecuniaria, la indemnización de daños y perjuicios se transforma en la obligación de pagar intereses moratorios. Así lo dispone el art. 166 CESL, que encuentra sus precedentes en los arts. 9:508 PECL y III.-3:708 DCFR. Debe notarse que la rúbrica del capítulo es «daños y perjuicios e intereses», lo que permite concluir que los intereses no son propiamente pérdidas. Esta concepción de los intereses como concepto distinto de los daños y perjuicios se materializa en que los intereses se devengan con independencia de que exista una excusa para el incumplimiento<sup>72</sup>; todo incumplimiento de una obligación pecuniaria genera la obligación de pagar intereses, y además sin necesidad de notificación al deudor. Sin embargo, el art. 167(1) CESL introduce a continuación una excepción en los contratos con consumidores: «Cuando el deudor sea un consumidor, solo se devengarán intereses de demora al tipo establecido en el artículo 166 cuando el incumplimiento no esté justificado<sup>175</sup>, pesando entonces sobre el acreedor la carga de notificar al consumidor deudor la obligación de pago de los intereses y el tipo aplicable. Y asimismo hay algunas especialidades para los contratos entre comerciantes (art. 168(1): «Si un comerciante se demora en el pago del precio estipulado en un contrato para la entrega de bienes, el suministro de contenidos digitales o la prestación de servicios relacionados, sin que esta demora esté justificada en virtud del artículo 88, se devengarán intereses al tipo especificado en el apartado 5 del presente artículo»), por lo que la pretendida norma general del art. 166 CESL en realidad pierde buena parte de su centralidad en el sistema<sup>73</sup>. Estas especialidades no siempre siguen la Directiva 2011/7/UE de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, que diseña un sistema subsidiario de la voluntad de las partes, lo que ha sido objeto de crítica por proponer regímenes parcialmente distintos en Europa<sup>74</sup>.

Algunas diferencias menores se observan entre los textos de derecho europeo de contratos por lo que concierne al modo de cálculo de estos intereses. Asimismo, el CESL añade una norma específica para los consumidores con algunas alteraciones en el régimen jurídico bastante beneficiosa para sus intereses: los intereses no se devengan automáticamente sino hasta que han transcurrido treinta días de la notificación de la obligación de pagar intereses y de su tipo (art. 167(2) CESL). Para los comerciantes, el art. 170 establece un test de abusividad de la cláusula, la fecha o el plazo de pago, el tipo de interés de demora o la compensación por los costes de cobro; una cláusula será abusiva «si se desvía manifiestamente de las buenas prácticas comerciales, en contra

<sup>72</sup> CHEN-WISHART/MAGNUS, “Termination, price reduction, and damages”, p. 681.

<sup>73</sup> WENDEHORST, “Schadenersatz”, p. 194.

<sup>74</sup> EIDENMÜLLER/JANSEN/KIENINGER/WAGNER/ZIMMERMANN, “The Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law”, p. 343.

de la buena fe contractual, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, incluida la naturaleza de los bienes, los contenidos digitales o los servicios relacionados»; y, según concreta el apartado (2), «se presumirá que una cláusula es abusiva si establece una fecha o plazo de pago, o un tipo de interés, menos favorables para el acreedor que la fecha, el plazo o el tipo especificados en los artículos 167 o 168, o si establece un importe de la compensación por los costes de cobro inferior al especificado en el artículo 169». Sin embargo, si las normas sobre intereses entre comerciantes son imperativas, conforme al art. 171 CESL, no se entiende cómo puede existir abusividad si no es estableciendo pactos que sean contrarios a las normas imperativas, lo que ya conllevaría su nulidad. En cualquier caso, el art. 170(2) solo establece una presunción del carácter abusivo; la que es directamente abusiva sin margen a la prueba en contrario es la cláusula que excluya el interés de demora o la compensación por los costes de cobro será siempre abusiva, de acuerdo ahora con el art. 170(3). Esta cláusula solo se presume abusiva en el art. 7(3) de la Directiva 2011/7/UE sobre morosidad, de modo que, en este aspecto, el CESL es mucho más protector del deudor que la misma Directiva. Y, por último, no se entiende por qué se introduce esta norma existiendo ya el art. 86(1) CESL sobre abusividad en las cláusulas contractuales entre comerciantes<sup>75</sup>.

El Código Civil (art. 1108) y la PMCC (art. 1206), en la misma estela, establecen que el retraso en el pago de una obligación pecuniaria determina el pago de los intereses. Las diferencias en el régimen jurídico con el derecho contractual europeo radican en la forma de cálculo del tipo de interés aplicable (salvo pacto en contrario, los textos españoles se inclinan por el tipo legal de interés) y, por lo que al CESL se refiere, en la existencia de una norma especial para las deudas pecuniarias incumplidas por consumidores. Los preceptos españoles parecen sin duda mucho menos complejos y, por ello, preferibles.

Adicionalmente, el acreedor puede reclamar el mayor daño sufrido que no quede cubierto por los intereses moratorios. Así se dispone tanto en los arts. 9:508(2) PECL, III.-3:708(2) DCFR y 166(3) CESL como en el art. 1206.fin PMCC.

9. ¿TIENEN CARÁCTER IMPERATIVO LAS NORMAS REGULADORAS DE LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS?

Una última cuestión que cabe plantearse es la relativa al carácter imperativo o no de las normas sobre indemnización de daños y perjuicios, es decir, si es admisible el pacto de las partes por el que configuran esta indemnización. Intuitivamente, la respuesta debería ser afirmativa desde el momento en que, como se ha visto anteriormente en el apartado 6.2, no hay problema legal alguno en estipular cláusulas penales en el contrato. Pero es que, además, la normativa prevista en los cuerpos de derecho contractual europeo es supletoria de la voluntad de las partes, que pueden apartarse de ella mediante el pacto, salvo que expresamente se disponga que alguna norma

---

<sup>75</sup> Véanse los comentarios críticos de MOŽINA, art. 170, en Schulze (ed.), *Commentary*, p. 677, Rn. 12.

tenga naturaleza inderogable por la voluntad de los contratantes. Así lo subrayan los arts. 1:102(2) PECL, II.-1:102(2) DCFR y 1(2) CESL, y no hay ninguna norma en estos textos, salvo la antes mencionada en el apartado anterior sobre los intereses moratorios en las obligaciones contraídas por consumidores. Finalmente, las dos secciones dedicadas a los intereses (secciones 2 y 3 del capítulo 16 sobre «indemnización de daños y perjuicios e intereses») contienen sendas normas que afirman su carácter imperativo (art. 167(5) y 171)<sup>76</sup>, normas ausentes de la sección primera sobre la indemnización por pérdidas; y lo mismo ocurre con el art. 108 CESL que enfatiza el carácter imperativo de los preceptos sobre remedios a favor de los acreedores. Por consiguiente, no hay obstáculo para que las partes modifiquen la regulación que se acaba de analizar, salvo cuando el deudor sea un consumidor.

En la misma línea, el art. 1212 PMCC advierte que las partes pueden ampliar, reducir o suprimir el deber de indemnizar los daños y perjuicios en la forma que estimen conveniente<sup>77</sup>. Con todo, el derecho español (art. 1102 CC), así como el derecho italiano (art. 1225(1) *Codice Civile*) o el portugués (art. 903(1)) no admiten el pacto que libre de responsabilidad al deudor que incumple dolosamente, y así lo mantiene el segundo párrafo del art. 1212, que sanciona de nulidad el pacto de exclusión de la responsabilidad por dolo, sanción que no parece contemplar el nuevo derecho contractual europeo directamente, sino que, probablemente, deberá considerarse como un supuesto de daño extracontractual a resolver aplicando estas normas y no las contractuales. La decisión del CESL es convertir en abusiva la cláusula que excluya o limite «la responsabilidad del comerciante por cualquier pérdida o daño causados al consumidor deliberadamente o como consecuencia de negligencia grave», con lo que el resultado es el mismo, aunque solo para los contratos de consumo.

#### BIBLIOGRAFÍA:

ADAME MARTÍNEZ, M.A., *Specific Performance as the Preferred Remedy in Comparative Law and CISG*, Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2013.

ÁLVAREZ LATA, N., *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, Granada, 1998.

ÁLVAREZ MORENO, M.T., “La regulación de la cláusula penal en los PECL y el Draft y su comparación con el derecho español”, en Gómez Laplaza, María del Carmen (coord.), *Cuestiones sobre la compraventa en el Código civil, Principios europeos y Draft*, Madrid: Dykinson, 2012.

---

<sup>76</sup> “Las partes no podrán excluir la aplicación del presente artículo, ni introducir excepciones o modificar sus efectos en detrimento del consumidor”.

<sup>77</sup> Con las restricciones, obviamente, que la jurisprudencia ha impuesto a las cláusulas limitativas de la responsabilidad. Véase, por todos, ÁLVAREZ LATA, N., *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, Granada, 1998; SERRA RODRÍGUEZ, A., *Cláusulas abusivas en la contratación: en especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad*, Pamplona, 2002<sup>2</sup>.

BAEK, J., "Damages and Interest under the CESL Proposal: not too different from Belgian Law", en Claeys, Ignace, Feltkamp, Régine (ed.), *The Draft Common European Sales Law: Towards an Alternative Sales Law*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2013.

BLASE, F., HÖTTLER, P., "Remarks on the Damages Provisions in the CISG (Article 74), Principles of European Contract Law (PECL), and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICC)", en Felemegas, John (ed.), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, New Cork: CUP, 2007.

CHEN-WISHART, M., MAGNUS, U., "Termination, price reduction, and damages", en Dannemann, Gerhard, Vogenauer, Stefan (ed.), *The Common European Sales Law in Context*, Oxford: OUP, 2013.

DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de derecho civil, II, Las relaciones obligatorias*, Madrid: Thomson Civitas, 2008<sup>6</sup>.

DORNIS, T.M., "Particular Remedies for Non-performance", en Leible, Stefan, Lehmann, Matthias (ed.), *European Contract Law and German Law*, Alphen aan der Rijn: Kluwer, 2014.

EIDENMÜLLER, H., JANSEN, N., KIENINGER, E. M., WAGNER, G., ZIMMERMANN, R., "The Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law: Deficits of the Most Recent Textual Layer of European Contract Law", *Edinburgh Law Review*, 2012.

EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil*, Cizur Menor, 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.

GORDLEY, J., "The Foreseeability Limitation on Liability in Contract", en Hartkamp, Arthur *et al* (ed.), *Towards a European Civil Code*, Alphen aan der Rijn: Kluwer-Ars Aequi, 2011.

HUBER, K., "Schadenersatz im Verordnungsvorschlag über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht", *Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherrecht (EUVR)*, 2013/4.

JANSEN, N., "The Idea of a Lost Chance", *Oxford Journal of Legal Studies*, 1999, p. 271 ss.

KEIRSE, A., "Why the Proposed Optional Common European Sales Law, But Should Have, Abandoned the Principle of All or Nothing: A Guide to How to Sanction the Duty to Mitigate the Loss", *European Review of Private Law*, 2011.

KRAMER, A., *The Law of Contract. Damages*, Oxford-Portland, 2014.

KOCH, B.A., “Schadenersatz und Rückabwicklung”, en Wendehorst, Christiane, Zöchling-Jud, Brigitta (ed.), *Am Vorabend eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht*, Wien: Manz, 2012.

LANDO, O., BEALE H., (ed.), *Principles of European Contract Law Parts I and II*, The Hague: Kluwer, 2000.

LEÓN GONZÁLEZ, J.M., “De nuevo sobre el artículo 1107 del Código Civil: los daños previstos o previsibles”, en Llamas Pombo, Eugenio (ed.), *Estudios de derecho de obligaciones*, t, II, Madrid, 2006.

McKENDRICK, E., art. 7.4.1, en Vogenauer, Stefan, Kleinheisterkamp, Jan (ed.), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford: OUP, 2009.

MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Cizur Menor: Thomson Civitas, 2010.

MOŽINA, D., art. 259, en Schulze (ed.), *Common European Sales Law (CESL) – Commentary*, Baden-Baden: Beck-Hart-Nomos, 2012.

PERILLO, J.M., “Robert J. Pothier’s Influence on the Common Law of Contract”, 11 *Texas Wesleyan Law Review* (2004-2005), p. 267 ss.

POTHIER, R.J., “*Traité des obligations*”, t. 1, Paris: Chez Debure l’aîné, 1764.

REMIEN, O., “Schadenersatz und Zinsen nach EU-Kaufrecht”, en Schmidt-Kessel, Martin (ed.), *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?*, München: Sellier, 2012.

SCHWENZER, I., HACHEM, P., art. 5, en Schwenzler, Ingeborg (ed.), *Schlechtriem & Schwenzler Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford: OUP, 2010.

SERRA RODRÍGUEZ, A., *Cláusulas abusivas en la contratación: en especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad*, Pamplona, 2002.

SIEHR, K., art. 5, en Honsell, Heinrich (ed.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, Dordrecht-London-New York: Springer, 2010.

TOTH, A.G., “The concepts of damage and causality as elements of non-contractual liability”, en Heukels, Ton, McDonnell, Alison (ed.), *The Action for Damages in Community Law*, The Hague: Kluwer, 1997.

VAQUER, A., “Farewell to Windscheid? Legal Concepts Present and Absent from the Draft CFR”, *European Review of Private Law*, 2009/4, p. 502 ss.

VAQUER, A., “El Marco Común de Referencia de Derecho Privado Europeo”, en id., *La armonización del derecho de obligaciones y sucesiones en el siglo XXI*, Lima: Jurista Editores, 2011, p. 54 ss.

VON BAR, C., CLIVE, E., (ed.), *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, vol. 3, München: Sellier, 2009.

WENDEHORST, C., “Schadenersatz, Verzugszinsen und Rückabwicklung”, en Remien, Oliver, Herrler, Sebastian, Limmer, Peter (ed.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU*, München: Beck, 2012.

WURMNEST, W., *Grundzüge eines europäischen Haftungsrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.

ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations*, Oxford: OUP, 1996.

Fecha de recepción: 26.11.2014

Fecha de aceptación: 28.01.2015