

# El principio *full damages rule* y la delimitación del *quantum respondatur* por la contribución al daño del acreedor en el moderno Derecho de los contratos

## The *full damages rule* principle and the limitation of the *quantum respondatur* for the contribution to the creditor`s damage in modern contract Law

JUAN PABLO PÉREZ VELÁZQUEZ

*Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil  
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

Recibido: 23.05.2022 / Aceptado: 11.06.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7201

**Resumen:** La reparación integral del daño o *full damages rule* es el principio rector del cálculo de los daños y perjuicios. En el moderno derecho de los contratos se ha establecido la regla general de que la parte que sufre los daños derivados del incumplimiento tiene derecho a ser situada en una posición lo más parecida posible a la que tendría en caso de que el contrato se hubiese ejecutado en los términos pactados. De lo anterior deriva de que la medida, o el interés protegido por la indemnización de daños y perjuicios, sea el interés en el cumplimiento o interés contractual positivo del acreedor. En los textos del moderno derecho de la contratación (PICC, PECL, DCFR Y CESL) se regula de forma expresa la no responsabilidad del deudor por los daños sufridos por el acreedor en la medida en que este haya contribuido a los mismos. En nuestro Código civil no existe un precepto que de forma expresa recoja tal limitación del monto indemnizatorio. Han sido nuestra jurisprudencia y doctrina las que han tratado de delimitar su configuración y contenido mediante la figura denominada concurrencia de culpas o de causas. La importancia de la figura no es baladí puesto que junto a la carga de evitar o mitigar el daño y el test de previsibilidad configuran reglas de comportamiento que deben ser respetadas, teniendo como función principal la delimitación del *quantum respondatur*. La finalidad del presente trabajo es analizar la anatomía de la regla, su formulación en el nuevo derecho de los contratos, así como su fundamento, función y efectos sobre el quantum indemnizatorio.

**Palabras clave:** Indemnización de daños y perjuicios, reparación integral del daño, interés contractual positivo, contribución al daño por el perjudicado, reducción de la indemnización.

**Abstract:** Damage or full damages rule is the guiding principle for calculating damages. In modern Contract Law, the general rule is that the party who suffers the damages derived from the breach has the right to be placed in a position as similar as possible to that which he would have had if the contract had been executed in the agreed terms. From the foregoing, it follows that the measure, or the interest protected by compensation for damages is the interest in compliance or the creditor`s positive contractual interest. The texts of modern Contract Law (PICC, PECL, DCFR and CESL) expressly regulate the non-responsibility of the debtor for the damages suffered by the creditor to the extent that the creditor has contributed to them. In our Civil Code there is no precept that expressly includes such limitation to the amount of compensation. It has been our case law and doctrine that have tried to delimit

its configuration and content through the figure called concurrence of faults or causes. The importance of the figure is not trivial since, together with the burden of avoiding or mitigating the damage and the predictability test, they configure rules of behavior that must be respected, having as their main function the delimitation of the quantum respondatur. The purpose of this paper is to analyze the anatomy of the rule, its formulation in the new Law of Contracts, as well as its foundation, function and effects on the compensation quantum.

**Keywords:** Damages, full damages rule, expectation interest, contribution to the creditor's damage, limitation of the quantum respondatur

**Sumario:** I. Planteamiento. II. Full damages rule o reparación integral del daño. III. Naturaleza del interés protegido: el interés positivo. IV. Formulación y delimitación de la regla en los textos del moderno derecho de los contratos. V. Fundamento y función. VI. Tratamiento en el Derecho español. VII. La reducción de la indemnización en proporción a la contribución al daño. VIII. Conclusiones.

## I. Planteamiento

1. El principio rector del cálculo de la indemnización de los daños y perjuicios es la reparación integral del daño o *full damages rule*, existiendo cierto consenso sobre que dicho principio se canaliza mediante la protección del interés contractual positivo o *expectation interest*<sup>1</sup>, en virtud del cual la parte que sufre los daños derivados del incumplimiento tiene derecho a ser situada en una posición lo más parecida posible a la que tendría en caso de que el contrato se hubiera ejecutado en los términos pactados. 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 consecuencia de la naturaleza compensatoria o resarcitoria del remedio indemnizatorio. Tal derecho al resarcimiento integral del daño no es un criterio o principio absoluto, ya que existen tres importantes limitaciones que tienen como finalidad la delimitación del *quantum respondatur*: el test de previsibilidad del daño; la carga que recae sobre el perjudicado de mitigarlo; y, por último, la influencia que haya tenido la conducta del perjudicado en la producción o extensión, en todo o en parte, es decir, su contribución al daño. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN justifica la presencia en nuestro Derecho de los anteriores criterios de delimitación del *quantum respondatur* afirmando que “la tradición del Derecho contractual del que nuestro Código es heredero, ha introducido 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”<sup>2</sup>.

2. El presente trabajo tiene por objeto, como ya se ha dicho, el análisis de los daños imputables al acreedor, como parámetro de minoración de la suma resarcitoria, cuál ha sido su actitud en la causación y en la extensión de los daños.

3. A diferencia del moderno derecho de los contratos que la prevén en los artículos 7.4.7. de los *Principles International Commercial Contracts* (en adelante PICC), 9:504 de los *Principles of European Contract Law* (en adelante PECL), III.-3:704 del *Draft Common Frame of Reference* (en adelante DCFR) y 162 del *Common European Sales Law* (en adelante CESL), no existe en nuestro Código civil un artículo que de forma expresa recoja tal regla de comportamiento. Es llamativo que, siendo un criterio bien asentado en nuestra jurisprudencia bajo la discutida denominación de concurrencia de culpas,

<sup>1</sup> L.L. FULLER / W.R. PERDUE, *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza*, (Traducción y comentario de derecho español por José Puig Brutau), Bosch, Barcelona, 1957, p. 10.

<sup>2</sup> L. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II, 6ª edición, Civitas, Madrid, 2008, p. 783.

haya sido preterido por la Comisión de Codificación en su Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos (en adelante PMCC).

## II. *Full damages rule* o reparación integral del daño

4. El principio de la reparación integral del daño que inspira la indemnización de daños y perjuicios fue consagrado por primera vez en los textos normativos supranacionales en el artículo 82 de la *Uniform Law on the International Sale of Goods* (en adelante ULIS) que 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 artículo 74 de la *Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (en adelante CISG), que proporciona una norma general aplicable cuando tanto comprador como vendedor en virtud de lo dispuesto en sus artículos 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”.

5. El principio o criterio rector del cálculo de los daños y perjuicios se consagra en los PECL en el artículo 9:502: “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”. 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*. El citado artículo dispone en su parte primera la regla general de reparación integral del daño<sup>3</sup>. La segunda, 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*<sup>4</sup>. 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. Limitándonos ahora al estudio del criterio general de la reparación integral del daño o *full damages rule* adoptado en los PECL y en los demás textos de *soft law*. Respecto a los criterios generales de cálculo de los daños y perjuicios en los PECL, afirman LANDO y BEALE, que en el artículo 9:502 “se combina el concepto del beneficio esperado, base de la indemnización por daños y perjuicios, con la tradicional norma, originaria del Derecho

<sup>3</sup> Sobre la regla general de la reparación integral del daño en los PECL, *vid.*, entre otros: L. Chengwei, *Remedies for Non-performance: Perspective from CISG, UNIDROIT & PECL*, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei-74.htm1>, pp 2 y 3; L. Díez-Picazo / E. Roca Trias / A.M. Morales, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 374 y 375; F. Gómez Pomar, «El incumplimiento contractual en el Derecho Español», *InDret 3/2007*, ([www.indret.com](http://www.indret.com)), pp. 19-24; O. Lando / H. Beale, *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. 646-650; A. Mari, «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, 2005, p. 448; J. Marsal Guillamet / E. Lauroba Lacasa, «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. 465; A.M. Morales Moreno, *La Modernización del Derecho de Obligaciones*, Aranzadi, Navarra, 2006, p. 217; S. Navas Navarro, «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; y M.L. Palazón Garrido, «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 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. 813-817.

<sup>4</sup> Con relación al art. 9:502, indican L. DIEZ-PICAZO / E. ROCA TRIAS / A.M. MORALES, 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», *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, cit. p. 374.

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”<sup>5</sup>.

6. De forma más rotunda y en similares términos al artículo 9:502 PECL, el artículo 7.4.2 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 artículos citados deriva de forma nítida, que “la filosofía básica de la acción por daños y perjuicios consiste en cobrar a 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 si no incluye ese lucro”<sup>6</sup>.

7. Sobre la regla general de la reparación integral del daño contemplada en los precitados artículos, indica OLIVA BLÁZQUEZ, 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”<sup>7</sup>.

8. Como no podía ser de otra manera, el DCFR también ha adoptado el principio de reparación integral del daño en su artículo 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”<sup>8</sup>.

9. 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, solo 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 indemnizar<sup>9</sup>. En tal sentido CHENGWEI, afirma 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”.

10. 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 perjudicada. Lo anterior deberá incentivar al órgano juzgador del incumplimiento imputable que produzca daños, a buscar el perfecto equilibrio entre los daños y su reparación<sup>10</sup>. En la comprensión de que la indemnización de daños y perjuicios no puede pro-

<sup>5</sup> O. LANDO / H. BEALE, *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte I y II. (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, cit. p. 646.

<sup>6</sup> 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.Htm1>, p. 21.

<sup>7</sup> F. OLIVA BLÁZQUEZ, «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.

<sup>8</sup> 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, 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, M.L. PALAZÓN GARRIDO, *Los remedios frente al incumplimiento en el Derecho Comparado*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 187-190.

<sup>9</sup> L. CHENGWEI, *Remedies for Non-performance: Perspective from CISG, UNIDROIT & PECL*, cit. p. 3.

<sup>10</sup> En este sentido, el comentario oficial al art. 7.4.2. PICC, indica que “el incumplimiento no debe ser una fuente de

ducir 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*.

**11.** La regla enunciada en el artículo 9:502 PECL se encuentra estrechamente vinculada con las de los artículos 9:506 y 9:507 PECL, relativos al cálculo de la indemnización, en función de que se haya realizado o no una operación de reemplazo o de sustitución<sup>11</sup>. 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 9:506<sup>12</sup>; 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 9:507 PECL<sup>13</sup>. En ambos casos, y con la finalidad del respeto máximo por el principio de la *res-titutio in integrum*, con la obligación de indemnizar cualquier otro daño derivado del incumplimiento<sup>14</sup>.

**12.** 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:

- a). El test de previsibilidad del daño, establecido en los artículos 82 y 86 ULIS, 74 CISG, 7.4.4. PICC, 9:503 PECL, III-3:703 DCFR y 161 CESL.
- b). La influencia que haya tenido la conducta del perjudicado en la producción o extensión, en todo o parte de los daños (artículos 80 CISG, 9:504 PECL, 7.4.7. PICC, III-3:704 DCFR y 162 CESL).
- c). Y, por último, el deber que recae sobre el perjudicado de mitigar los daños, recogido en los artículos 77 CISG, 7.4.8. PICC, 9:505 PECL, III-3:705 DCFR y 153.1 CESL<sup>15</sup>.

---

menoscabo ni de ganancias para la parte perjudicada". *Vid.*, E. MCKENDRICK, «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. 872-879.

<sup>11</sup> Al respecto, indica L. CHENGWEI, 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: Perspective from CISG, UNIDROIT & PECL*, cit. p. 2.

<sup>12</sup> "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", O. LANDO / H. BEALE, *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte I y II. (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, cit. p. 662.

<sup>13</sup> "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 sustitutiva en el mercado", O. LANDO / H. BEALE, *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte I y II. (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, cit. p. 664.

<sup>14</sup> En relación con los arts. 9:506 y 9:507, indica M.L. PALAZÓN GARRIDO, 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 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 contractual europeo: incumplimiento y remedios», cit. pp. 90 y 91.

<sup>15</sup> Sobre los límites al principio de reparación integral del daño, *vid.*: L. Díez-PICAZO / E. ROCA TRIAS / A.M. MORALES, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, cit. pp. 377-382; F. GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual en el Derecho Español», cit. pp. 22 y 23; J. MARSAL GUILLAMET / E. LAUROBA LACASA, «Mecanismos de protección en caso de incumplimiento contractual. Cumplimiento específico e indemnización por daños y perjuicios», *cit.*, pp. 465-468; A.M. MORALES MORENO, *La*

13. En definitiva, los artículos citados en las letras b) y c) anteriores, 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 textos del moderno derecho de los contratos. 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”<sup>16</sup>. 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 mitigación. 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.

14. 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 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 PECL y los concordantes en los otros textos que venimos citando. 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 incumplimiento. Al respecto, ha señalado PALAZÓN GARRIDO, 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”<sup>17</sup>.

15. Por último, hemos de señalar que nuestro Derecho también acoge el principio de reparación integral del daño<sup>18</sup>. También debe destacarse que el principio de reparación integral goza de un abun-

---

*Modernización del Derecho de Obligaciones*, cit. pp. 217-220; S. NAVAS NAVARRO, «El resarcimiento de daños en los Principios de Derecho de los Contratos (Con especial referencia al Derecho español)», cit. pp. 1242-1246; M.L. PALAZÓN GARRIDO, «El nuevo derecho contractual europeo: incumplimiento y remedios», 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*, cit., pp. 218 a 226; R. STONE, *The modern law of contract*, Routledge-Cavendish, 7 th. ed., London, 2007, pp. 567 y 568; y R. ZIMMERMANN., *Estudios de Derecho Privado Europeo*, (traducción Vaquer Aloy), Civitas, Madrid, 2000, pp. 129-131.

<sup>16</sup> L. Díez-PICAZO / E. ROCA TRIAS / A.M. MORALES, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, cit. p. 374.

<sup>17</sup> M.L. PALAZÓN GARRIDO, «El nuevo derecho contractual europeo: incumplimiento y remedios», cit. p. 90.

<sup>18</sup> Sobre el principio de reparación integral del daño en nuestra doctrina, *vid.*: A. CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento de las obligaciones*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 230 y ss.; L. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II, cit. p. 783; J.L. LACRUZ BERDEJO / F.A. SANCHO REBULLIDA / A. LUNA SERRANO / J. DELGADO ECHEVARRIA / F. RIVERO HERNÁNDEZ / J. RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil II Derecho de Obligaciones*, 2ª edición. Revisada y puesta al día por Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 209 y 210; A.M. MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 146 y 147; F. OLIVA BLÁZQUEZ, «Comentario a la Sentencia de 7 de Julio de 2008», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Mayo-Agosto 2009, número 80, 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).

dantísimo respaldo jurisprudencial. Pueden citarse numerosas sentencias de nuestro Tribunal Supremo, 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).

16. 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”<sup>19</sup>. 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.

### III. Naturaleza del interés protegido: el interés positivo

17. El artículo 9:502 PECL<sup>20</sup> 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, 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 daño<sup>21</sup>. 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*<sup>22</sup>. 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”<sup>23</sup>. En la doctrina española también ha tenido acogida el interés positivo

<sup>19</sup> L. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II, cit. p. 783.

<sup>20</sup> O. LANDO / H. BEALE, afirman con 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 indemnización 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 Contractual Europeo. Parte I y II. (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, cit. p. 646.

<sup>21</sup> 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 O. LANDO / H. BEALE, 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 ALEMANÍA 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 Contractual Europeo. Parte I y II. (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, cit. pp. 648 y 649. *Vid.*, M.L. PALAZÓN GARRIDO, *Los remedios frente al incumplimiento en el Derecho Comparado*, cit. pp. 190-193. Sobre la distinción entre el interés positivo y el negativo en el trabajo de M<sup>a</sup>.P. GARCÍA RUBIO, 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, *La responsabilidad precontractual en el derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 230-254.

<sup>22</sup> L. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II, cit. pp. 787 y 788.

<sup>23</sup> G.H. TREITEL, *Remedies for Breach of Contracts. A Comparative Account*, Clarendon Press, 2<sup>a</sup> ed., Oxford, 1989, p. 82.

como el protegido por el remedio resarcitorio, así indica Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 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”.

**18.** 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 términos<sup>24</sup>. Por tanto, en los PECL la protección del interés negativo o de confianza<sup>25</sup> no es el requerido en los supuestos de incumplimiento. Al respecto, afirman LANDO y BEALE, 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*, *Obligation-sret* 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 ESCOCES v. *Macgregor*<sup>26</sup>.

**19.** Como señala PANTALEÓN PRIETO en relación con 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”<sup>27</sup>.

---

También R. STONE, 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 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 of contract*, Routledge-Cavendish, 7 th. ed., London, 2007, pp. 567 y 568.

<sup>24</sup> En tal sentido S. NAVAS NAVARRO, 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 de daños en los Principios de Derecho de los Contratos (Con especial referencia al Derecho español)», cit. pp. 1241 y 1242.

<sup>25</sup> Sobre el interés negativo o de confianza, también se ha pronunciado G.H. TREITEL, 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 of Contracts. A Comparative Account*, cit. p. 83. *Vid.*, también: G. ALPA / R. DELFINO, *Il contratto nel Common Law inglese*, 3ª ed., Cedam, Padova, 2005, p. 187; P.S. ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*, Clarendon Press, Oxford, 5ª ed., 1989, pp. 448 y 449 y R. STONE, *The modern law of contract*, cit. pp. 575 y 576. En la doctrina española, *vid.*, por todos F. GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual en el Derecho Español», cit. pp. 23-25.

<sup>26</sup> O. LANDO / H. BEALE, *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte I y II. (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, cit. pp. 649 y 650.

<sup>27</sup> F. PANTALEÓN PRIETO, «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, cit. p. 592. Sobre el interés positivo o de cumplimiento en la CISG, *vid.*, también: A.M. GARRO / A.L. ZUPPI, *Compraventa internacional de mercaderías*, Ediciones La Roca, Buenos Aires, 1990, p. 206; J.O. HONNOLD, *Uniform Law For International Sales*, Third Edition, Kluwer Law International, 1999, pp. 445 y 446; V. KNAPP, «Commentary Arts. 74 a 77», en AA. VV., *Commentary on*

**20.** 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”<sup>28</sup>.

**21.** 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 CC, 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 PECL<sup>29</sup>.

**22.** 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 contrato<sup>30</sup>. 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 76<sup>31</sup>. Por lo que respecta a los PECL, en la nota de Derecho Comparado de su artículo 8:102,

---

*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. 543; F. OLIVA BLÁZQUEZ, «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; M.P. PERALES VISCASILLAS, «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; H. STOLL, «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. 553 y 554. En el mismo sentido, respecto a los PICC, *vid.*, por todos M.J. BONELL, *I Principi Unidroit nella Pratica*, Giuffrè Editore, Milano, 2002, p. 393.

<sup>28</sup> G.H. TREITEL, *Remedies for Breach of Contracts. A Comparative Account*, cit. p. 83. En el mismo sentido P.S. ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*, Clarendon Press, Oxford, 5ª ed., 1989, pp. 449-456. Sobre el interés de restitución en la doctrina italiana G. ALPA / R. DELFINO, “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 Common Law inglese*, 3ª ed., Cedam, Padova, 2005, p. 187.

<sup>29</sup> Sobre la protección del interés positivo en nuestra doctrina, *vid.*, por todos: L. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II Las Relaciones Obligatorias*, cit. pp. 787 y 788; F. GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual en el Derecho Español», cit. pp. 19-22; V.L. MONTÉS PENADÉS, La defensa del derecho de crédito», en AA. VV., *Derecho de obligaciones y contratos*, (coordinado por Valpuesta Fernández), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, 2ª edición, p. 231; F. OLIVA BLÁZQUEZ, «Comentario a la Sentencia de 7 de Julio de 2008», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Mayo-Agosto 2009, cit., p. 615; y A. SOLER PRESAS, A., *La Valoración del Daño en el Contrato de Compraventa*, Aranzadi Editorial, Navarra, 1998, pp. 82-84. *Vid.*, también H.A. FISCHER, *Los Daños Cíviles y su reparación*, Traducido del alemán con concordancias y un Apéndice sobre el Derecho español por W. Roces, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1928, pp. 97-115.

<sup>30</sup> F. PANTALEÓN PRIETO, 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. *Vid.*, Mª.P. GARCÍA RUBIO, «La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo», *InDret Abril/2010*, ([www.w.w.indret.com](http://www.w.w.indret.com)), pp. 230-239.

<sup>31</sup> Sobre la protección del interés contractual positivo y la resolución del contrato en la CISG, *vid.*, entre otros, J.O. HONNOLD, *Uniform Law For International Sales*, cit. p. 441; V.L. MONTÉS PENADÉS, «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; F. PANTALEÓN PRIETO, «Resolución por incumplimiento e indemnización», cit. pp. 1150 y 1151; A. SOLER PRESAS, «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 D. TALLON, «Commentary Arts. 79 y 80», en AA. VV., *Commentary on the*

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”<sup>32</sup>. 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”<sup>33</sup>. 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”<sup>34</sup>. 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 plenamente 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”<sup>35</sup>. 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 sufrido. 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”<sup>36</sup>.

#### IV. Formulación y delimitación de la regla en los textos del moderno derecho de los contratos

**23.** La consagración de la regla en los PICC y en los posteriores textos de la moderna construcción del Derecho de los contratos ha logrado una doble finalidad. Por una parte, su difusión en aquellos

*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, p. 602.

<sup>32</sup> O. LANDO / H. BEALE, *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte I y II. (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, cit. pp. 532 y 533.

<sup>33</sup> O. LANDO / H. BEALE, *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte I y II. (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, cit. p. 618.

<sup>34</sup> L. Díez-PICAZO / E. ROCA TRÍAS / A.M. MORALES, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, cit. p. 366.

<sup>35</sup> L. Díez-PICAZO / E. ROCA TRÍAS / A.M. MORALES, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, cit. p. 370.

<sup>36</sup> *Vid.*, E. GÓMEZ CALLE, 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. 96-98.

países en los que, o bien no era conocida, o no estaba formalmente formulada, o bien era inadecuadamente aplicada. Y por otra, la contribución a su desarrollo y delimitación en su aplicación práctica, detectando e intentado solucionar los aspectos conflictivos de la regla.

24. 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”, que dispone que “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”<sup>37</sup>.

25. El artículo 9:504 PECL, bajo la denominación de «Pérdidas imputables a la parte perjudicada», indica 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»<sup>38</sup>.

26. De forma especular al artículo 9:504<sup>39</sup>, el III-3:704 DCFR titulado «Daños imputables al acreedor» señala que: «el deudor no es responsable de los daños sufridos por el acreedor en la medida en que el acreedor haya contribuido al incumplimiento o a sus efectos»<sup>40</sup>. El comentario y los ejemplos coinciden literalmente con los del artículo 9:504 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 a sus efectos»<sup>41</sup>.

27. En el fondo, los artículos anteriores no son más que una expresión del principio de que el perjudicado por el incumplimiento no podrá obtener una indemnización por aquellos daños causados por su propio comportamiento irrazonable<sup>42</sup>.

<sup>37</sup> Sobre el art. 7.4.7 PICC, *vid.*, entre otros: E. MCKENDRICK, «Section 4: Damages», en Stefan VOGENAUER y Jan KLEINHEISTERKANP (Editores), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 897-900; D. MORÁN BOVIO, «Capítulo 7. Incumplimiento», en David MORÁN BOVIO (coordinador), *Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*, Aranzadi, 2ª edición, Navarra, 2003, pp. 367 y 368; y A VIGURI PEREA, *Los contratos comerciales internacionales: análisis de la compraventa desde la perspectiva del derecho comparado*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007, pp. 243 y 244.

<sup>38</sup> Sobre el art. 9:504 PECL, *vid.*, entre otros: L. CHENGWEI, «Remedies for Non-performance: Perspective from CISG, UNIDROIT & PECL», *cit.* pp. 16-20; L. Díez-PICAZO / E. ROCA TRÍAS / A.M. MORALES, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, *cit.* p. 382; F. GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual en el Derecho Español», *cit.* p. 23; A. MARI, «Commentary Arts. 9:501 a 9:510», en Luisa ANTONIOLLI y Anna VENEZIANO (edited), *Principles of European Contract Law and Italian Law*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2005, pp. 453-455; y J. MARSAL GUILLAMET / M.E. LAUROBA LACASA, «Mecanismos de protección en caso de incumplimiento contractual. Cumplimiento específico e indemnización por daños y perjuicios», *cit.* p. 469;

S. NAVAS NAVARRO, «El resarcimiento de daños en los Principios de Derecho de los Contratos (Con especial referencia al Derecho español)», *cit.* p. 1242; y H.N. SCHELHAAS, «Art. 9:504 PECL», en Harriët SCHELHAAS (General Editor), *The Principles of European Contract Law and Dutch Law*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2002, pp. 410-412.

<sup>39</sup> En el párr. 3º del art. 167 del Código Europeo de Contratos se indica que «si una acción o una omisión del acreedor ha concurrido a causar el daño, la reparación es disminuida en relación con las consecuencias que de ella han derivado».

<sup>40</sup> Sobre el art. III-3:704 DCFR, *vid.*, entre otros: M. LEHMANN, «Damages and Interest», en JAVIER PLAZA PENADÉS y LUZ M. MARTÍNEZ VELENCOSO (Editors), *European Perspectives on the Common European Sales Law*, Springer International Publishing, Switzerland, 2015, p. 255; y M.L. PALAZÓN GARRIDO, MARÍA LUISA: *Los remedios frente al incumplimiento en el Derecho comparado*, *cit.* p. 226.

<sup>41</sup> *Vid.*, A. VAQUER ALOY, «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. 16; e I. ZURITA MARTÍN, «Indemnización por daños y perjuicios e intereses», en Antoni VAQUER ALOY, Esteve BOSCH CAPDEVILA y María Paz SÁNCHEZ GONZÁLEZ (editores), *El derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos*, Atelier, Barcelona, 2015, pp. 680 y 681.

<sup>42</sup> L. Díez-PICAZO / E. ROCA TRÍAS / A.M. MORALES, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, *cit.* p. 382; O. LANDO / H. BEALE, *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, Combined and Revised, (Prepared by The Commission of

28. En un sentido amplio, bajo la expresión “*daños imputables al acreedor*” pueden englobarse los derivados de cualquiera de las siguientes cuatro situaciones:

- a). Cuando sean consecuencia del incumplimiento producido íntegramente por la propia conducta de la persona perjudicada<sup>43</sup>. Al respecto señala el párrafo 3º del artículo 8:101 PECL 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»<sup>44</sup>. 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 PECL. De forma semejante, en el párrafo 2º 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”.
- b). Cuando los daños sean consecuencia del incumplimiento producido en parte por la propia conducta de la persona perjudicada<sup>45</sup>. 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<sup>46</sup>, por lo que el deudor sólo responderá en la proporción que le sea imputable<sup>47</sup>. Esta situación plantea una cuestión de causalidad que tendrá que ser solucionada acudiendo a los criterios imputación objetiva<sup>48</sup>. Lo característico es ser concurrente y dependiente de la producción del daño. Resulta muy ilustrativo el ejemplo que se recoge en el Comentario del artículo 9:504 PECL: “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

---

European Contract Law. Chairman: Professor Ole Lando), Edited by Ole Lando and Hugh Beale, Kluwer Law International, The Netherlands, 2000, p. 655; y H.N. SCHELHAAS, «Art. 9:504 PECL», cit., p. 410.

<sup>43</sup> Sobre los efectos que tiene en el Derecho comparado el incumplimiento causado por el acreedor en los remedios, señalan O. LANDO / H. BEALE, que “los ordenamientos coinciden en que si el incumplimiento se debe únicamente a la oposición o impedimento indebido de la otra parte, ésta no dispondrá de remedio alguno. En la mayoría de los ordenamientos, si una parte ha impedido llevar a cabo la prestación, se constituirá en la parte incumplidora contra la que cabrá ejercer los remedios correspondientes. No obstante en los ordenamientos Belga, Neerlandés, Alemán, Griego y Nórdicos, el hecho de impedir el cumplimiento de la otra parte no se considera en general un *tekortkoming*, *Vertragsverletzung* o *kontraktbrott*. Dependerá de que la aceptación de la prestación constituya o no una obligación esencial del acreedor”, *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte I y II. (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, cit. p. 530.

<sup>44</sup> Art. 7.1.2. PICC: “Una parte no podrá ampararse en el incumplimiento de la otra parte en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de la primera o por cualquier otro acontecimiento por el que ésta haya asumido el riesgo”.

<sup>45</sup> Sobre los efectos que tiene en el Derecho comparado el incumplimiento causado por el acreedor en los remedios, señalan O. LANDO / H. BEALE, que «los ordenamientos coinciden en que si el incumplimiento se debe únicamente a la oposición o impedimento indebido de la otra parte, ésta no dispondrá de remedio alguno. En la mayoría de los ordenamientos, si una parte ha impedido llevar a cabo la prestación, se constituirá en la parte incumplidora contra la que cabrá ejercer los remedios correspondientes. No obstante en los ordenamientos Belga, Neerlandés, Alemán, Griego y Nórdicos, el hecho de impedir el cumplimiento de la otra parte no se considera en general un *tekortkoming*, *Vertragsverletzung* o *kontraktbrott*. Dependerá de que la aceptación de la prestación constituya o no una obligación esencial del acreedor», *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte I y II. (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, cit. pp.530.

<sup>46</sup> Sobre la concurrencia de culpas, véanse los laudos arbitrales de: 25.1.2007 del World Intellectual Property Organization Arbitration and Mediation Center (Italia) abstract en <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1179>; 31.1.2003 de la Arbitration Court of the Lausanne Chamber of Commerce and Industry (Suiza) abstract en <http://www.unilex.info/case.cfm?id=862>; 2.9.1997 de la International Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation (Rusia) abstract en <http://www.unilex.info/case.cfm?id=670>.

<sup>47</sup> 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.

<sup>48</sup> E. MCKENDRICK, «Section 4: Damages», cit. p. 898.

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<sup>49</sup>. En definitiva, como afirma SCHELHAAS, dicha regla no es más que una aplicación concreta del párrafo 3º del artículo 8:101 PECL<sup>50</sup>.

- c) Cuando el incumplimiento del contrato no deriva de la conducta del acreedor, pero sí ha provocado un aumento del daño producido por el mismo. La agravación del daño comprende aquellos supuestos en los que el daño inicialmente producido por el deudor, que se denomina daño base, viene incrementado como consecuencia del comportamiento del que lo sufre. Nos situamos ante un problema de causalidad, ya que se produce un incremento del daño como consecuencia de la entrada en escena de un nuevo curso causal desencadenado por una posición activa del perjudicado<sup>51</sup>. En los PECL, como ejemplo 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 £”<sup>52</sup>.
- d) 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 mitigar el daño o *“duty to mitigate”*”. La mitigación tiene como presupuesto básico que el daño sea completamente imputable al que lo provoca, es decir, que una vez que la relación de causalidad (*quaestio facti*) y la imputación objetiva (*quaestio iuris*) atribuyan los daños al que incumple, nazca la carga del perjudicado de mitigarlos. Como bien señala SOLER PRESAS “el deber de mitigar el daño surge en cabeza del acreedor del resarcimiento en un momento posterior. Su aplicación *presupone* que el daño haya sido causado exclusivamente por el comportamiento del demandado, sin que pueda imputarse la posterior extensión o propagación de las consecuencias de dicho daño a un nuevo curso causal introducido por el demandante”<sup>53</sup>. Precisamente, el reproche de la mitigación es ese, no intervenir en el curso causal, haciendo de cortafuegos del daño. Por tanto, lo característico es ser posterior o sucesivo y autónomo a la producción del daño<sup>54</sup>. En definitiva, el problema que plantea es determinar si el perjudicado pudo mitigar un daño en el que no tuvo ninguna intervención en su causación, o “si debe responder el deudor por una pérdida que,

<sup>49</sup> O. LANDO / H. BEALE, *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte I y II. (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, cit. p. 655.

<sup>50</sup> H.N. SCHELHAAS, «Art. 9:504 PECL», cit., p. 410.

<sup>51</sup> Como ha indicado G. CRISCUOLI, “atiene ad un aggravamento del danno di base in seguito e per effetto della posizione di una nuova ed autónoma causa di pregiudizio”, «Il dovere di mitigare il danno subito», *Rivista di Diritto Civile*, Año XVIII, 1972, p. 559.

<sup>52</sup> O. LANDO / H. BEALE, *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte I y II. (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, cit. p. 656.

<sup>53</sup> A. SOLER PRESAS, «El deber de mitigar el daño (A propósito de la STS [1.ª] de 15 de noviembre de 1994)», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLVIII, Fascículo II, abril-junio, 1995 p. 963. En el mismo sentido, entre otros: N. FENOY PICÓN, «La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: los remedios del incumplimiento», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXIV, Fascículo IV, 2011, p. 1663; y M. YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de Responsabilidad Civil, Contractual y Extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 499.

<sup>54</sup> En este sentido, G. CRISCUOLI, «Il dovere di mitigare il danno subito», cit. p. 559, afirmó que “il controllo se la vittima avrebbe potuto ridurre le conseguenze del danno riguarda un comportamento necessariamente successivo ed indipendente da quello relativo alla sua produzione”.

siéndole enteramente imputable, hubiera podido ser razonablemente evitada por el acreedor del resarcimiento”<sup>55</sup>.

**29.** Por influencia de la doctrina angloamericana, la cuestión de las situaciones analizadas se encuentra resuelta en los últimos textos del derecho uniforme. En los PICC, al artículo 7.4.7 le sigue el relativo a la mitigación de los daños (artículo 7.4.8). En relación con dichos artículos, afirma MCKENDRICK que “the difference between the two articles is said to be that Art 7.4.7 is concerned with the case in which the conduct of the aggrieved is a cause of the initial harm, whereas Art 7.4.8 is concerned with the conduct of the aggrieved party subsequent thereto”<sup>56</sup>. La distinción es aún más nítida en los PECL y en el DCFR. El artículo 9:504 PECL contempla el tratamiento de las pérdidas imputables a la parte perjudicada, englobando bajo el mismo epígrafe tanto a la *contributory negligence* como a la *further damage*, es decir, la parte que incumple un contrato no responderá de las pérdidas que sean consecuencia de la contribución del perjudicado al incumplimiento o a sus efectos. Y, a continuación, el artículo 9:505 PECL regula la mitigación de los daños. Lo mismo puede predicarse de los artículos III.-3:704 y 3:705 DCFR y 162 y 163 CESL. En nuestra doctrina, SOLER PRESAS ha afirmado que la regulación en distintos artículos “distinguen así, felizmente, los problemas de concurrencia positiva de «culpas»/causa en la producción del daño de los propios de la falta de mitigación”<sup>57</sup>.

**30.** Hasta ahora se han empleado indistintamente las expresiones “*daños imputables al acreedor*” y “*contribución al daño*”, si bien consideramos que no se refieren exactamente a lo mismo, o mejor dicho, que la primera categoría engloba a la segunda, siendo ésta un subtipo de aquélla. Los daños imputables vienen identificados por el hecho de que será el acreedor el que responda por los mismos, pero dentro de dichos daños se pueden diferenciar diferentes situaciones en función de la concurrencia o no de conductas y del momento en que la misma se manifieste. Podría realizarse la siguiente calificación:

- a) El daño imputable al acreedor en sentido estricto. Vendría representado por aquel en cuya causación sólo ha intervenido la propia conducta del perjudicado, pudiendo ser dicha conducta la originadora del incumplimiento o de los efectos. En definitiva los daños son de autoría exclusiva del perjudicado.
- b) El daño a cuya producción o extensión ha contribuido el acreedor. Se identifica, a *sensu contrario* del daño imputable al acreedor en sentido estricto, por el dato de que la conducta del acreedor a la causación de los daños no es exclusiva, sino que ha coadyuvado al incumplimiento o a extender la cuantía de los daños. A estos tipos de daños es a los que responde la letra de los artículos 7.4.7 PICC, 9:505 PECL, III-3:704 DCFR y 162 CESL.
- c) El daño que pudo ser objeto de mitigación. Se refiere a aquellos cuyo curso causal fue iniciado por la conducta del deudor, pero debieron ser mitigados si el acreedor hubiera adoptado una serie de medidas que según las circunstancias resultaban razonables.

**31.** Quedaría por resolver la incardinación en la anterior clasificación de los siguientes tipos de daños:

- a). Los derivados de aquellos supuestos en que el deudor incumple un contrato pero dicha situación no provoca daños en el acreedor y es su posterior conducta la que los origina *ex novo*. Al adolecer dicho daño de la nota de la coautoría, parece que lo razonable sería incluirlo dentro del que hemos denominado daño imputable al acreedor en sentido estricto.
- b). Los supuestos en los que la conducta del acreedor agrava los efectos de un incumplimiento que no le es imputable pero no incrementado la extensión del que anteriormente se ha denominado daño base, sino que dichos efectos desfavorables se concretan en unos daños

<sup>55</sup> A. SOLER PRESAS, *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, cit. p. 64.

<sup>56</sup> E. MCKENDRICK, «Section 4: Damages», cit. p. 904.

<sup>57</sup> A. SOLER PRESAS, «La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR», *InDret núm. 2/2009* (www.indret.com), p. 9. Véase también S. NAVAS NAVARRO, *El incumplimiento no esencial de la obligación*, Reus, Madrid, 2004, p. 322.

distintos que derivan de su propia conducta. Esta situación nos plantea mayores dudas que la anterior: por un lado, el daño concreto deriva en exclusiva de la conducta del acreedor, lo que nos llevaría a rechazar que nos encontráramos ante un supuesto de contribución. Pero, por otro lado, entendiendo el daño o los daños como un todo, no cabe duda de que el monto indemnizatorio tendría que ser reducido en el importe que corresponda al provocado por el propio acreedor, existiendo una contribución al daño.

32. De la anterior clasificación nos centraremos en el estudio de la contribución al daño por parte del acreedor, ya sea en su causación *ab initio*, o en su posterior extensión; y en los efectos que dicha conducta tendrá sobre el monto indemnizatorio.

## V. Fundamento y función

33. Una vez expuesta la forma en que la regla estudiada ha sido formulada en los textos del nuevo Derecho de los contratos y la delimitación de las situaciones que consideramos que deben quedar englobadas bajo la expresión “*contribución al daño*”, estamos en condiciones de analizar su fundamento y función.

34. En aplicación del principio general de buena fe, que impregna el articulado de los textos que se vienen citando, sería contrario a toda lógica jurídica que el acreedor pueda obtener una indemnización en la medida en que el daño deriva de su conducta.

35. Debe añadirse que la indemnización de los daños y perjuicios cumple una función exclusivamente indemnizatoria, compensatoria o reparadora, que se concreta en el derecho a obtener una compensación pecuniaria como consecuencia de los daños patrimoniales y 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. Su estructura es la de ser un resarcimiento económico del perjuicio provocado al acreedor —no por el propio acreedor—. En ningún caso se puede atribuir a este remedio una función punitiva ni de enriquecimiento injusto, resultando indemnizados los daños causados por la propia conducta del acreedor.

36. A lo anterior debe añadirse como fundamento principal de la regla que se viene analizando, que los presupuestos o requisitos para que surja la obligación de indemnizar son el incumplimiento injustificado o inexcusable, la producción de un daño y la existencia de un vínculo causal entre ambos. Para que los daños y perjuicios sean indemnizados, deben ser consecuencia de la conducta del incumplidor, por lo que los provocados o agravados por el propio perjudicado adolecen de dicha conexión causal, y, por tanto, no pueden ser indemnizados.

37. Por lo que respecta a la función que cumple, al inicio de este trabajo afirmábamos que el principio rector del cálculo de la indemnización es la reparación integral del daño, así como que dicho criterio o principio no es absoluto. Su función es la delimitación del *quantum respondatur*, reducción del importe de la indemnización en proporción a la conducta desarrollada por la parte perjudicada.

## VI. Tratamiento en el Derecho español

38. Por lo que respecta a nuestro Derecho, no existe una disposición expresa en el Código civil al respecto, siendo denominados los supuestos en los que la conducta del acreedor produce o agrava el daño bajo el manto de la “*concurrentia de culpas*”, que han sido atraídos al campo de la responsabilidad contractual desde la extracontractual<sup>58</sup>. Al respecto, afirma Díez-PICAZO que “la doctrina y la jurisprudencia

<sup>58</sup> *Vid.*, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual: L. REGLERO CAMPOS / L. FERNANDO y MEDINA ALCOZ, «Capítulo

cia 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<sup>59</sup>.

39. La propia denominación de «*concurrencia de culpas*» ha sido criticada con razón por un importante sector de la doctrina, ya que puede llevar a confundir su verdadero fundamento<sup>60</sup>. No nos encontramos ante un problema distribución del daño en atención a los estados anímicos de las partes contratantes o de un reproche a sus conductas culposas, sino de confluencia de sus conductas en el curso causal. Como afirma YZQUIERDO TOLSADA<sup>61</sup>, la cuestión es técnicamente de concurrencia de concausas y no de concurrencia de culpas.

40. La jurisprudencia, atendiendo al efecto que sobre el *quantum respondatur* tiene la concurrencia de causas, se ha apoyado en el artículo 1103 CC para moderar el daño y distribuirlo entre las partes contratantes<sup>62</sup>. Sin embargo, debe quedar claro que no se están compensando culpas, simplemente se hace responder a cada parte contratante de los daños que derivan de su conducta, y no se modera el importe de la indemnización, sino que se distribuye en proporción a su intromisión en el curso causal<sup>63</sup>.

41. Llama la atención que siendo un límite al monto indemnizatorio bien asentado en nuestra jurisprudencia en la esfera contractual<sup>64</sup>, no haya sido regulado por la Comisión de Codificación en su PMCC. Aunque tratándose, como se ha afirmado, de un problema de causalidad, nada impide que se llegue al mismo resultado simplemente probando que existe una ruptura del necesario nexo causal entre la conducta del deudor y la producción o extensión del daño, o que el mismo no le resulte íntegramente atribuible.

## VII. La reducción de la indemnización en proporción a la contribución al daño

42. Una vez acreditado que el perjudicado ha contribuido con su conducta al daño, la aplicación de la regla que se analiza implica la reducción de la indemnización en proporción a su grado de responsabilidad, de ahí que se haya afirmado que tiene como finalidad la delimitación del *quantum respondatur*<sup>65</sup>.

V. El nexo causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor», en L. FERNANDO REGLERO CAMPOS y L. MEDINA ALCOZ (Coordinadores), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, 5ª edición, Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 920-958.

<sup>59</sup> L. DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II Las Relaciones Obligatorias*, 5ª edición, Civitas, Madrid, 1996, cit. p. 737. *Vid.*, también Á. CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, 3ª ed., Aranzadi, Madrid, 2021, p. 1385; y Á. CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento de las obligaciones*, cit. pp. 276-283.

<sup>60</sup> Á. CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 1385; L. PALAZÓN GARRIDO, *Los remedios frente al incumplimiento en el Derecho Comparado*, cit. p. 224; y M. YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de Responsabilidad Civil, Contractual y Extracontractual*, cit. pp. 206 y 207.

<sup>61</sup> M. YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de Responsabilidad Civil, Contractual y Extracontractual*, cit. p. 207.

<sup>62</sup> *Vid.*, SSTs 25 enero 1989 (RJ 1989, 126), 27 julio 1992 (RJ 1992, 6461), 4 marzo 1993 (RJ 1993, 1670), 18 julio 1994 (RJ 1994, 6446), 11 junio 1997 (RJ 1997, 4764) y 7 noviembre 2000 (RJ 2000, 9911).

<sup>63</sup> L. PALAZÓN GARRIDO, *Los remedios frente al incumplimiento en el Derecho Comparado*, cit. p. 224; y M. YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de Responsabilidad Civil, Contractual y Extracontractual*, cit. pp. 208 y 209.

<sup>64</sup> *Vid.*, SSTs 19 junio 1963 (RJ 1963, 3384), 27 junio 1983 (RJ 1983, 3691), 8 abril 1984 (RJ 1984, 2400) y 26 mayo 1988 (RJ 1988, 4338).

<sup>65</sup> E. MCKENDRICK, «Section 4: Damages», cit. p. 897.

43. Cuando se hayan producido los daños, el deudor que incumple deberá probar que el acreedor ha contribuido bien a dicho incumplimiento o a sus efectos, o incluso a ambos, para posteriormente distribuir entre ambas partes la entidad de los mismos<sup>66</sup>.

44. El gran problema que plantea la reducción es precisar el grado de participación de las partes, lo que requiere como señala MCKENDRICK «a difficult factual assessment and much depends upon the facts and circumstances of the individual case»<sup>67</sup>. En la práctica resultará complicado determinar la distribución de responsabilidades, quedando sometido a la consideración judicial. Con el fin de facilitar la labor de los tribunales, el *Official Comment* al artículo 7.4.7 PICC indica que «*el juez deberá tener en cuenta el comportamiento de las partes. Cuanto mayor sea la falta de una parte, mayor será su cuota de contribución al daño causado*».

## VIII. Conclusiones

45. La reparación integral del daño o *full damages rule* es el principio rector del cálculo de los daños y perjuicios. En el moderno derecho de los contratos se ha establecido la regla general de que la parte que sufre los daños derivados del incumplimiento tiene derecho a ser situada en una posición lo más parecida posible a la que tendría en caso de que el contrato se hubiese ejecutado en los términos pactados. De lo anterior deriva de que la medida, o el interés protegido por la indemnización de daños y perjuicios, sea el interés en el cumplimiento o interés contractual positivo del acreedor.

46. El derecho al resarcimiento integral del daño no es un criterio o principio absoluto, ya que existen tres importantes limitaciones que tienen como finalidad la delimitación del *quantum respondatur*: el test de previsibilidad del daño; la carga que recae sobre el perjudicado de mitigarlo; y por último, la influencia que haya tenido la conducta del perjudicado en la producción o extensión, en todo o en parte.

47. Los daños imputables al acreedor, junto a la carga del acreedor de mitigar el daño, configuran la posición o estatuto jurídico del perjudicado en el remedio resarcitorio, puesto que se tiene en consideración, en su caso, como parámetro de minoración de la suma resarcitoria, cuál ha sido su actitud en la causación y en la extensión de los daños.

48. Los artículos 7.4.7 PICC, 9:504 PECL, III-3:704 DCFR y 162 CESL son reflejo del principio de que el perjudicado por el incumplimiento no podrá obtener una indemnización por aquellos daños causados por su propio comportamiento irrazonable.

49. Las expresiones “*daños imputables al acreedor*” y “*contribución al daño*” no son coincidentes. Los daños imputables vienen identificados por el hecho de que será el acreedor el que responda de los mismos, pero dentro de ellos se pueden distinguir situaciones diferentes, en función de la concurrencia o no de conductas y del momento en que la misma se manifieste.

50. El daño a cuya producción o extensión ha contribuido el acreedor se caracteriza por el hecho de que su autoría no es exclusiva de ninguna de las partes, sino que deriva de la concurrencia de sus conductas.

51. El fundamento de que el acreedor no obtenga una indemnización con relación a los daños derivados de su conducta, además de en el principio de buena fe y en la naturaleza compensatoria del remedio, se encuentra en la existencia de una relación de causalidad entre el daño y la conducta del per-

<sup>66</sup> E. MCKENDRICK, «Section 4: Damages», cit. p. 900.

<sup>67</sup> E. MCKENDRICK, «Section 4: Damages», cit. p. 899.

judicado. No se puede hacer responsable al deudor de un daño que no ha provocado, o, por lo menos, no en su integridad.

**52.** La regla analizada cumple una función delimitadora del *quantum respondatur*, haciendo responder al deudor exclusivamente de los daños que le resulten atribuibles.

**53.** En nuestro Derecho, la ausencia de un precepto que recoja de forma expresa la regla ha sido suplido por la doctrina y la jurisprudencia identificándolo con una cuestión de causalidad.

**54.** La reducción de la indemnización en la cuantía de la agravación o extensión del daño plantea el problema de determinar cuál ha sido el grado de participación de las partes.