

# La regulación de la indemnización de daños y perjuicios e intereses en la propuesta de reglamento sobre una normativa común de compraventa europea (CESL)

*Damages and interest in the proposal  
of regulation on a common european  
sales law (CESL)*

por

ISABEL ZURITA MARTÍN  
*Profesora Titular de Derecho Civil*  
*Facultad de Derecho, Universidad de Cádiz*

**RESUMEN:** Este artículo tiene por objeto realizar una revisión de las normas de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (CESL) sobre la indemnización de daños y perjuicios e intereses. A tal fin, se van analizando todos y cada uno de los preceptos referentes a esta materia, poniéndolos en relación con los correspondientes artículos de otros textos internacionales precedentes y con la normativa del ordenamiento jurídico español, observando sus similitudes y diferencias. Este análisis se realiza con visión crítica, tomando postura sobre la oportunidad de las normas propuestas y su compatibilidad con nuestro Derecho.

*ABSTRACT: This article aims to conduct a review of the rules of the Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law (CESL) on damages and interest. To this goal, we analyze each and every one of the precepts concerning this matter, relating them to the corresponding articles in other preceding international texts and the rules of the Spanish legal system, noting their similarities and differences. This analysis is done with critical view, taking approach on the opportunity of the proposed rules and their compatibility with Spanish Law.*

**PALABRAS CLAVE:** CESL. Daños y perjuicios. Intereses moratorios. Morosidad. Consumidor. Comerciante. Cláusulas abusivas.

**KEY WORDS:** CESL. Damages. Interest on late payments. Late payments. Consumer. Traders. Unfair terms.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: 1. DERECHO A INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS: A. *Incumplimiento de la obligación y causas de exoneración del deudor en el CESL*. B. *Criterios de imputabilidad del daño en el Código Civil español*. C. *La necesaria producción de daños*. D. *Los daños no patrimoniales*. E. *La naturaleza de las normas del CESL sobre daños y perjuicios*. 2. DETERMINACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS. A. *Principios generales*. B. *Criterios para la fijación del daño*: a) Previsibilidad de las pérdidas. b) Distinción entre la responsabilidad del deudor negligente y del deudor doloso en el Código Civil español. c) Pérdidas imputables al acreedor y mitigación de pérdidas. d) Negocio de sustitución y aplicación del precio de mercado. e) Criterios para la determinación de la indemnización en el ordenamiento español.—III. LOS INTERESES DE DEMORA: 1. DISPOSICIONES GENERALES: A. *Devengo automático y tipo de interés*. B. *Disposiciones especiales para el caso del deudor consumidor*: a) Devengo no automático. b) Cláusulas no vinculantes. c) Prohibición de capitalización de intereses. d) Naturaleza imperativa. 2. MOROSIDAD DE LOS COMERCIANTES: A. *Devengo, tipo de interés y compensación por los costes de cobro*. B. *Cláusulas contractuales abusivas relativas al pago de intereses de demora*.—CONCLUSIONES.—ÍNDICE DE SENTENCIAS.—BIBLIOGRAFÍA

## I. INTRODUCCIÓN

Como es por todos conocido, a lo largo de estos últimos años se ha intensificado la labor de la Comisión Europea en el objetivo de elaborar un texto

articulado dirigido a armonizar el Derecho contractual que rige en los distintos países de la Unión, en cuanto las diferencias que existen entre las legislaciones de los Estados miembros suponen un obstáculo para los consumidores y los comerciantes que desean emprender actividades de comercio transfronterizo en el mercado interior. El documento más reciente que se ha elaborado con la señalada finalidad armonizadora es la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea publicada en octubre de 2011<sup>1</sup>. El objetivo general de la propuesta consiste en mejorar el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior facilitando la expansión del comercio transfronterizo a las empresas y las compras transfronterizas a los consumidores. La propuesta consta de tres partes principales: un Reglamento, el anexo I del Reglamento, que contiene las normas de Derecho contractual (la normativa común de compraventa europea) y el anexo II, que contiene una ficha informativa estándar. La normativa común de compraventa europea, conocida por el nombre en lengua inglesa *Common European Sales Law* (CESL), será un segundo régimen de Derecho contractual dentro de los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros. Los comerciantes —como explica la Exposición de Motivos del Reglamento— deben poder aplicar la normativa común de compraventa europea en todas sus transacciones transfronterizas dentro de la Unión Europea en vez de tener que adaptarse a las diferentes normativas contractuales nacionales, siempre que la otra parte del contrato otorgue su consentimiento<sup>2</sup>. Cuando las partes hayan acordado utilizar el CESL, sus normas serán las únicas normas nacionales aplicables en relación con las cuestiones que entran dentro de su ámbito de aplicación. Siempre que una cuestión tenga cabida en el ámbito de aplicación de la normativa común de compraventa europea, no existe pues margen para la aplicación de ninguna otra norma nacional, si bien, dado que esta normativa no cubrirá todos los aspectos de un contrato (por ejemplo, la ilegalidad de los contratos o la representación), las normas de Derecho civil en vigor del Estado miembro que sean aplicables al contrato seguirán regulando dichas cuestiones residuales.

La preocupación por la necesidad de armonizar la normativa aplicable en esta materia ha dado lugar con anterioridad a la publicación de diferentes textos en el ámbito académico, fruto de sucesivas comisiones de trabajo apoyadas o auspiciadas desde distintas instituciones europeas, como son los Principios de Derecho Contractual Europeo, 2000 (PECL) o, más recientemente, el *Draft Common Frame of Reference*, 2010, (DCFR). No obstante, esta labor de armonización no ha partido solo de estudiosos europeos, pues ya desde años atrás distintos movimientos y convenciones internacionales se ocuparon de intentar armonizar y alcanzar acuerdos relativos a la normativa reguladora de las transacciones internacionales, siendo la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (CISG), o los Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales (en sus diferentes ediciones) algunos

de los textos más significativos a este respecto. No puede desconocerse, pues, que la Propuesta de Reglamento 2011 es en toda medida heredera de un *iter* intelectual y legislativo —no podemos olvidar las diversas Directivas en materia de protección de los consumidores o sobre la morosidad en las operaciones comerciales— difícilmente despreciable. Los preceptos del CESL no son sino variaciones, o reproducciones en muchos casos, de otras normas ya plasmadas en todos o algunos de los mencionados textos, de ahí que a lo largo de este trabajo se vaya haciendo referencia a la correspondencia o falta de ella de las normas del CESL con el articulado de los mismos.

El CESL se compone de ocho partes, referentes sucesivamente a: disposiciones preliminares, carácter vinculante de un contrato, evaluación del contenido del contrato, obligaciones y remedios de las partes en un contrato de compraventa, obligaciones y remedios de las partes en los contratos de servicios relacionados, indemnización por daños y perjuicios e intereses y restitución. De entre todas ellas, nos ocuparemos en este estudio de analizar los artículos 159 a 171 CESL, que corresponden a la parte VI, dedicada a la «Indemnización por daños y perjuicios e intereses», que recoge normas comunes suplementarias sobre el resarcimiento por pérdidas y sobre los intereses pagaderos en caso de mora. Al hilo de este análisis, iremos mencionando, como se ha adelantado, los preceptos de algunos de los textos internacionales que han precedido a la Propuesta de Reglamento, de los que indudablemente trae causa la normativa del CESL, así como las respectivas normas que rigen en el Derecho contractual español, a fin de observar similitudes y diferencias entre ellos.

## II. LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

### 1. DERECHO A INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

#### A. *Incumplimiento de la obligación y causas de exoneración del deudor en el CESL*

El CESL dedica a la regulación de la indemnización por daños y perjuicios los artículos 159 a 165, ubicados en el capítulo 16, Parte VI, que lleva por rubrica «Indemnización por daños y perjuicios e intereses». El primer precepto —artículo 159— determina el nacimiento del derecho a dicha indemnización, estableciendo en su primer apartado: «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». A continuación, el apartado segundo especifica: «Las pérdidas futuras que el deudor puede esperar también darán derecho a una indemnización por daños y perjuicios». De esta forma, el artículo 159 CESL reproduce literalmente lo dis-

puesto por los dos primeros apartados del artículo III. – 3:701 DCFR, omitiendo el apartado tercero de este precepto, que se ocupa de incluir específicamente los daños no patrimoniales dentro de los daños resarcibles, tal como asimismo hiciera el artículo 9:501 PECL.

La indemnización por daños y perjuicios constituye uno de los remedios de que dispone el acreedor ante el incumplimiento por el deudor de alguna de sus obligaciones. El artículo 159 CESL se expresa de forma amplia o abierta, aludiendo de modo genérico al incumplimiento de la obligación como causa generadora del derecho a daños y perjuicios, salvo que dicho incumplimiento se encuentre justificado; descarta, pues, el CESL enunciar particularmente criterios específicos de imputación de la responsabilidad, como sí hace el Código Civil español, refiriéndose expresamente al dolo, negligencia o morosidad del deudor. Debe existir, en cualquier caso, un nexo causal entre el incumplimiento del deudor y la producción del daño al acreedor, de tal forma que los daños no se hubiesen producido de no haberse verificado el incumplimiento de la obligación<sup>3</sup>.

La comprensión del artículo 159 CESL requiere la llamada al artículo 88 CESL, que recoge las circunstancias que justificarían el incumplimiento del deudor, hasta el punto de quedar exonerado de indemnizar al acreedor por los daños y perjuicios derivados del mismo. Así, en virtud de este precepto, una parte quedará exonerada de responsabilidad por el incumplimiento de una obligación si tal 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. En definitiva, el deudor queda exonerado de responsabilidad si concurre caso fortuito o fuerza mayor, atendiendo a los criterios de imprevisibilidad e inevitabilidad que acoge el artículo 1105 CC. A las mismas circunstancias justificativas del incumplimiento se refiere en casi idénticos términos el artículo III. – 3:104 (1) DCFR.

Debe repararse en la falta de necesidad de concurrencia de culpa del deudor para que resulte responsable de los daños causados por el incumplimiento, lo que se considera uno de los principios sobre los que se asienta la responsabilidad por daños y perjuicios que delinea el artículo 159 CESL<sup>4</sup>. Precisamente, los comentaristas oficiales del DCFR han resaltado la falta de necesidad de la concurrencia de culpa del deudor para que resulte responsable de los daños causados por el incumplimiento, si bien distinguiendo entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado. En la órbita de estas últimas, el deudor resulta responsable siempre que el resultado prometido no se produzca, aunque hubiese actuado con la diligencia debida, a no ser que dicho incumplimiento se encuentre justificado por concurrir la correspondiente causa justificativa del mismo. En cambio, en las obligaciones de medios, en las que el deudor solo se compromete a llevar a cabo una actividad con la diligencia debida, este será responsable siempre que dejara de actuar con dicha diligencia<sup>5</sup>. A pesar de esta

aseveración, debe concurrir en que difícilmente pueda imputarse responsabilidad por incumplimiento al deudor que haya actuado con la diligencia debida, pues en tal caso el incumplimiento habrá de deberse a caso fortuito o fuerza mayor; si no se dieron circunstancias imprevisibles o inevitables debe presumirse que el deudor actuó negligentemente.

Por otra parte, la redacción amplia del artículo 159 CESL abarca cualquier tipo de incumplimiento de la obligación, sin que sea necesario que el perjudicado reclame el cumplimiento antes de poder percibir la indemnización por daños y perjuicios<sup>6</sup>. Atendiendo al artículo 87 CESL, constituye incumplimiento de una obligación cualquier falta de ejecución de dicha obligación, sea o no por causa justificada; dentro del concepto incumplimiento se incluye, pues, tanto la falta de entrega de la prestación convenida, como la entrega defectuosa, el retraso y cualquier otro presunto cumplimiento que no sea conforme al contrato<sup>7</sup>. No parece extensible, sin embargo, la normativa prevista por el artículo 159 y siguientes del CESL a los supuestos de incumplimiento de deberes precontractuales, aunque la doctrina no ve inconveniente en aplicar a estos supuestos algunos principios de esta sección, siguiendo las pautas establecidas por el DCFR. Así, el artículo II. – 3:501 DCFR establece que cuando se reclaman daños derivados del incumplimiento de deberes —marketing y deberes precontractuales—, resultan de aplicación, con las debidas adaptaciones, los artículos III. – 3:704 DCFR (pérdidas imputables al acreedor) y III. – 3:705 DCFR (mitigación de pérdidas), lo que podría tomarse como referencia también para el CESL<sup>8</sup>.

#### *B. Criterios de imputabilidad del daño en el Código Civil español*

Como es sabido, el Código Civil español regula la indemnización por daños y perjuicios entre los artículos 1101 a 1108, cuyo contenido, si bien reflejando en buena medida lo contemplado por los preceptos del CESL que acabamos de comentar, difiere en cierta forma en lo relativo a los criterios de imputabilidad del daño, al menos formalmente.

El texto del artículo 1101 CC, que define el derecho a la indemnización por incumplimiento del deudor, no resulta precisamente claro ni riguroso. Muy por el contrario, la referencia específica al dolo, negligencia o morosidad junto a la contravención al tenor de la obligación podrían haberse evitado con una fórmula más abierta referente al incumplimiento del deudor, al modo en que lo han establecido los textos europeos. En este sentido, ha entendido la doctrina que la mención en el artículo 1101 CC de la culpa y el dolo —que son criterios de imputación de responsabilidad al deudor—, al mismo nivel que la mora y la contravención al tenor de la obligación —que son modalidades de incumplimiento obligacional— resulta distorsionadora<sup>9</sup>.

A pesar de ello, puede decirse que la diferencia entre lo previsto por el artículo 1101 CC y lo establecido por el 159 CESL es puramente formal, sin comprometer al fondo. Así, ambos preceptos contemplan cualquier modalidad de incumplimiento como causa de imputación de responsabilidad al deudor, que únicamente queda exonerado si dicho incumplimiento queda justificado por concurrir caso fortuito o fuerza mayor. De este modo, al margen de estas causas de exoneración, se ha entendido doctrinalmente que cuando la obligación no se cumple como se debía se presume que ello se debió a la culpa del deudor; a este le corresponde probar que está exento de culpa por haber acaecido el incumplimiento por causa ajena a él, esto es, por ser aquel imprevisible o inevitable<sup>10</sup>. Debe distinguirse, no obstante, entre las obligaciones de medios y de resultado, pues la presunción de culpa solo concurre en estas últimas, debiendo probar el acreedor la falta de diligencia del deudor en las primeras<sup>11</sup>. Si el cumplimiento no se ha verificado —o no como debiera—, pero no puede determinarse que la conducta del deudor se haya alejado de la pauta que le fuese exigible, nos hallamos en el ámbito del caso fortuito y procede eximir de responsabilidad al deudor; todo lo que no es culpa es caso fortuito, y viceversa. A tal fin es preciso acudir al juicio de previsibilidad y evitabilidad, del que se deriva que la culpa atribuible al deudor no alcanzará a cubrir aquellos acontecimientos imprevisibles o inevitables, sino solo los que pudo o debió prever<sup>12</sup>. Obviamente, esos parámetros deben medirse con arreglo al grado de diligencia que resulte exigible al deudor. Como regla general, dicho nivel de diligencia vendrá representado, salvo pacto al respecto, por el modelo abstracto del buen padre de familia, acomodado a lo que requiera la naturaleza de la obligación y a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (art. 1104 CC)<sup>13</sup>.

En definitiva, como concluye parte de la doctrina, es la «contravención al tenor de la obligación» la fórmula en torno a la que gira de manera primaria el sistema de responsabilidad del deudor, bajo la que deberán agruparse las distintas modalidades de incumplimiento en que el deudor puede incurrir<sup>14</sup>. Y esta es la intención, como se ha señalado al inicio, del artículo 159 CESL al referirse abiertamente al incumplimiento de una obligación por parte del deudor como causa generadora del derecho del acreedor a percibir una indemnización por daños y perjuicios; derecho que no solo nace del incumplimiento, sino de la efectiva producción de pérdidas o daños para el acreedor<sup>15</sup>.

### C. *La necesaria producción de daños*

El solo incumplimiento no da derecho a indemnización si del mismo no se deriva daño alguno; es necesario que el acreedor sufra pérdidas para que nazca su derecho a reclamar indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento injustificado del deudor, sin que se admitan los llamados

*nominal damages*<sup>16</sup>, reconocidos por el *Common Law*<sup>17</sup>. El acreedor, por tanto, tendrá derecho a indemnización solo por las pérdidas derivadas del incumplimiento, aunque también habrán de considerarse en cada caso las circunstancias que han provocado pérdidas que no se hubiesen producido de no haberse dado el incumplimiento. Habrá que determinar en cada supuesto si tal circunstancia o evento habría afectado a la producción de daños de no haberse producido el incumplimiento<sup>18</sup>.

Por su parte, el apartado segundo del artículo 159 CESL se refiere expresamente a las pérdidas futuras que el deudor puede esperar, que también darán derecho a una indemnización por daños y perjuicios. El problema de valorar estas pérdidas se cifra tanto en la estimación de su probabilidad como en la determinación de su cuantía; a estos efectos, habrá que tener en cuenta aquellos gastos que se habrían evitado si no hubiera habido incumplimiento, así como los beneficios que la parte perjudicada habría podido ganar. La inclusión de esta previsión en el artículo 159 CESL, definidor del derecho a los daños y perjuicios, quizás resulta poco sistemática, en cuanto los artículos posteriores se ocupan de las reglas para llevar a cabo la determinación y cuantificación de los daños resarcibles.

Se ha criticado por la doctrina la ausencia en el CESL de una norma referente a las cláusulas penales o cláusulas de liquidación de daños para el caso de incumplimiento del contrato, como prevén la mayoría de los ordenamientos europeos, aunque tales cláusulas no sean desconocidas ni vengan prohibidas por el mismo<sup>19</sup>. Así, el artículo 85 (e) CESL establece que tales cláusulas en los contratos de consumo, cuando requieren del consumidor el pago de una cantidad desproporcionadamente alta por el incumplimiento, son presuntamente abusivas. Por tanto, las cláusulas sobre liquidación de daños y cláusulas penales se encuentran dentro del ámbito de aplicación del CESL, aunque no se hallen específicamente reguladas por él. No obstante, entiende la doctrina que, aunque una reducción de la suma acordada, en el caso de que esta se revele extraordinariamente desproporcionada, podría ser entendida como una expresión del principio de buena fe, sería muy difícil para un tribunal ajustar el contrato y reducir dicha suma sin contar con una autorización expresa del CESL; de ahí que se entienda necesaria una previsión como la del artículo III. – 3:712 DCFR o el artículo 9:502 PECL<sup>20</sup>.

#### *D. Los daños no patrimoniales*

Como se ha adelantado, no alude el artículo 159 CESL a los daños no patrimoniales, rompiendo así la tendencia marcada por los textos que le han precedido, el DCFR y los PECL, que expresamente recogen esta previsión en los artículos III. – 3:701 (3) y 9:501 (2) (a) respectivamente. La omisión, no

obstante, queda salvada con anterioridad por el artículo 2 CESL, dedicado a «Definiciones», cuyo apartado (c) define el concepto «pérdida» como pérdida económica y pérdida no económica en forma de dolor y sufrimiento, excluidas otras formas de pérdida no económica como el deterioro de la calidad de vida y la pérdida del disfrute. A pesar de todo, la conceptualización del término «pérdida» sigue resultando llamativa, por cuanto entre los daños no económicos se había incluido tradicionalmente por la doctrina el dolor, el sufrimiento, el daño psicológico o cualquier otra pérdida de la calidad de vida. En este ámbito, el DCFR superó a los PECL en cuanto al grado de descripción de los daños indemnizables. Así, frente a la simple referencia del artículo 9:501 (2) (a) PECL a las pérdidas no pecuniarias, el artículo III. – 3:701 (3) DCFR se refiere más detalladamente al dolor, el sufrimiento y la pérdida de la calidad de vida<sup>21</sup>. El CESL, pues, recorta los daños no económicos reparables en concepto de indemnización por daños y perjuicios por incumplimiento contractual, delimitando las contingencias que han de contemplarse a estos efectos<sup>22</sup>.

La justificación probable de esta limitación se ha encontrado en el ámbito de aplicación del CESL, referido a los contratos de compraventa de bienes, suministro de contenidos digitales y servicios conexos, frente al del DCFR, que se extiende al Derecho contractual general, incluyendo, por ejemplo, los contratos de viajes combinados o paquetes turísticos, cuyo incumplimiento otorga al perjudicado el derecho a reclamar indemnización por la pérdida del disfrute vacacional<sup>23</sup>. Pero, aunque, ciertamente, resulte más difícil que este tipo de daños no patrimoniales se derive de un contrato de compraventa, no es imposible que ello suceda<sup>24</sup>. En nuestra opinión, tampoco es descartable atender a que la finalidad de la norma también sea la de armonizar los conceptos de daños no económicos indemnizables a la vista de la diversidad de criterios, bien legales o bien jurisprudenciales, existentes en los ordenamientos jurídicos europeos<sup>25</sup>. En cualquier caso, el resultado no es afortunado, por cuanto las contingencias indemnizables —«dolor» y «sufriimiento»—, pueden dar lugar a interpretaciones diversas, más amplias o más estrictas, sin que en ocasiones sea clara la línea de reconocimiento entre los daños indemnizables y los no indemnizables. Lo cierto es que la exclusión expresa del deterioro de la calidad de vida y la pérdida del disfrute dejan muy escaso margen de actuación al juez, lo que contrasta con la amplitud de los términos «dolor» y sufrimiento». Tampoco clarifica el CESL el círculo de personas que estarían legitimadas para reclamar daños no patrimoniales, como, por ejemplo, los familiares de la víctima, por el fallecimiento o lesiones graves de esta<sup>26</sup>.

Aunque el Código Civil español, como sabemos, no se ocupa expresamente del daño moral, doctrina y jurisprudencia vienen admitiendo en la actualidad su carácter indemnizable, aunque su aceptación ha sido bastante más tardía en el ámbito contractual que en el extracontractual<sup>27</sup>. Su falta de previsión legal en nuestro ordenamiento no hace incompatible con el mismo la previsión sobre la

indemnización por daños no patrimoniales prevista por el CESL, en los términos en los que los define el artículo 2 (c).

#### *E. Naturaleza de las normas del CESL sobre daños y perjuicios*

Finalmente, también se ha puesto de manifiesto doctrinalmente la duda sobre la naturaleza imperativa de las normas sobre daños y perjuicios. Aunque a primera vista tal carácter parecen tener, dado el tenor del artículo 108 CESL —que prevé que en los contratos entre un comerciante y un consumidor, las partes no podrán excluir la aplicación de los remedios de que dispone el comprador, ni introducir excepciones o modificar sus efectos en detrimento del consumidor antes de que la falta de conformidad sea puesta en conocimiento del comerciante por el consumidor—, no resulta tan claro si ponemos en relación los artículos 84 y 85 CESL, que se ocupan de las cláusulas abusivas (*the black list*) o presuntamente abusivas (*grey list*), respectivamente. Entre las primeras aparecen aquellas cláusulas que excluyan o limiten la responsabilidad del comerciante por la muerte o daños personales del consumidor o las pérdidas causadas deliberadamente o como resultado de negligencia grave; en cambio, entre las segundas se incluyen las que excluyan o limiten los remedios a los que el consumidor tiene derecho frente al comerciante o un tercero por el incumplimiento por el comerciante de las obligaciones que asume en virtud del contrato. Sobre esta base se reflexiona que si todos los remedios del consumidor, incluyendo los daños y perjuicios, tuvieran carácter imperativo, en el sentido de que cualquier desviación del CESL sería automáticamente nula, entonces el test de abusividad quedaría obsoleto. La doctrina concluye que, entre estas dos opciones discordantes del CESL, la que interfiera con menor intensidad con la libertad contractual, gozaría, en principio, de prioridad; a ello se suma que la «lista gris» otorgaría, además, la ventaja de permitir al tribunal tomar en consideración las circunstancias concretas de cada caso<sup>28</sup>.

## 2. DETERMINACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS

#### *A. Principios generales*

El artículo 160 CESL enuncia las dos reglas generales de las que se ha de partir para determinar el montante indemnizatorio, en los mismos términos enunciados por el artículo 9:502 PECL y el III.- 3:702 DCFR. En primer lugar, como punto de partida, el cálculo de la indemnización por pérdidas ocasionadas por el incumplimiento de una obligación se hará de forma que el acreedor quede en la posición en la que se habría encontrado si se hubiera cumplido debidamente

la obligación, o de no ser ello viable, en una posición lo más cercana posible a ella. Y, en segundo lugar, la indemnización cubrirá las pérdidas que el acreedor haya sufrido y las ganancias que haya dejado de obtener. Se trata, por tanto, de combinar el concepto de beneficio esperado, base de la indemnización por daños y perjuicios, con la tradicional norma, proveniente del Derecho Romano, del daño emergente y lucro cesante, a fin de compensar a la parte perjudicada por un importe equivalente al valor de las expectativas contractuales frustradas<sup>29</sup>; por ello, el importe de los daños abarca tanto los gastos producidos como los beneficios no percibidos. El artículo 160 CESL viene a reflejar uno de los principios básicos en el ámbito de los daños y perjuicios, el llamado *principle of full compensation*.

No se identifican, pues, indemnización de daños y perjuicios y valor de la prestación<sup>30</sup>, por cuanto a la pérdida de este valor habrá que añadir el de aquellos daños que se hayan producido por el incumplimiento de la obligación, bien de forma definitiva o bien cuando el cumplimiento sea aún posible, aunque defectuoso o con retraso. El artículo 160 CESL recoge lo que la doctrina ha denominado «interés positivo», que comprende con carácter general el derecho del acreedor a que se le resarzan las consecuencias desventajosas de la lesión contractual, para colocar al acreedor en la misma situación y con los mismos resultados económicos en que se encontraría si la obligación hubiese sido regular y perfectamente cumplida<sup>31</sup>. A estos efectos, la fijación de la indemnización debe tener como punto temporal de referencia el momento en que el acreedor recibe efectivamente la indemnización, de forma que la variación de las circunstancias entre ese momento y el de la producción de la lesión queden comprendidas en el cálculo de la indemnización<sup>32</sup>, siendo hoy doctrina consolidada la que entiende la indemnización de daños y perjuicios como una deuda de valor<sup>33</sup>.

Para alcanzar tal estado de indemnidad en el acreedor, es claro que habrá que contabilizar las pérdidas sufridas por este y las ganancias que haya dejado de obtener como consecuencia del incumplimiento contractual, a lo que expresamente se refiere el artículo 160 CESL. Como excepción a este principio, el artículo 107 CESL limita el derecho a los daños en el caso de falta de conformidad del contenido digital que no fue suministrado a cambio de un precio, en cuyo supuesto el acreedor solo tendrá derecho a reclamar los daños producidos en sus propiedades, incluidos los equipos, los programas y los datos, pero no las ganancias dejadas de obtener como consecuencia de tales daños. Por otra parte, no especifica el artículo 160 CESL criterio alguno para llevar a cabo el cálculo del montante indemnizatorio, si bien en los artículos siguientes se establecen algunas pautas que deben ser tenidas en cuenta a estos efectos. En todo caso, debe partirse del principio de que la indemnización por daños contractuales tiene naturaleza compensatoria o de resarcimiento, no punitiva<sup>34</sup>. De ello resulta la facultad del perjudicado de percibir no solo el importe de los daños directamente derivados del incumplimiento (*non-performance loss*), sino también de

las llamadas pérdidas subsiguientes o derivadas (*consequential loss*), y tanto el deber de incluir en el cómputo aquellos beneficios que permitan disminuir las pérdidas con la intención de recuperar las pérdidas netas, como el derecho a deducir los gastos que hubiere supuesto obtener ese beneficio<sup>35</sup>. Aunque el artículo 160 CESL no se refiera a ellos, debe recordarse que el artículo anterior reconoce el derecho a ser resarcido de los daños futuros<sup>36</sup>.

Como se ha adelantado, el CESL acoge la indemnización tanto de los daños patrimoniales como de los no patrimoniales, si bien reduciendo la cobertura de estos últimos. Por lo que se refiere a los daños patrimoniales, el artículo 160 CESL no recoge la definición que contempla el DCFR, cuyo artículo III. – 3:701, en su apartado (3), especifica que los daños patrimoniales incluyen la pérdida de ganancia o beneficios, los gastos o cargas sufridos y la reducción del valor de la propiedad del acreedor. No obstante, el hecho de que el CESL no se haya detenido a especificar estos apartados no significa que haya cambiado el concepto de daños patrimoniales, que viene a responder al mismo principio de *full compensation* del acreedor.

#### *B. Criterios para la fijación del daño*

##### a) Previsibilidad de las pérdidas

Dispone el artículo 161 CESL que 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. Este criterio de previsibilidad de las pérdidas fue recogido también tanto por los PECL (art. 9:503) como por el DCFR (art. III. – 3:703), si bien en ambos textos se introdujo una excepción para el caso de que el incumplimiento fuera deliberado o gravemente negligente; en estos supuestos, la parte incumplidora no ve limitada su responsabilidad en atención a la regla de la previsibilidad, sino que deberá prestar una indemnización por todo el daño causado, aun cuando no fuera previsible. Vuelve, pues, el CESL a mostrarse más parco, ahora en el ámbito de la imputabilidad, que los textos que lo han precedido, descartando nuevamente la mención expresa al dolo o a la culpa grave del deudor en la causación de los daños. Tampoco lo hace el artículo 74 CSIG, cuyo criterio siguen los Principios UNIDROIT<sup>37</sup>.

El CESL no distingue entre deudor negligente o doloso a la hora de la determinación de los daños resarcibles, atendiendo únicamente al criterio de la previsibilidad. El deudor incumplidor es responsable de los daños causados salvo causa justificada, de lo que se deriva que el deudor incumplidor, haya actuado o no negligentemente, responde siempre que no concurra caso fortuito o fuerza mayor. Pero el deudor incumplidor solo responde de los daños que previó

o pudo prever en el momento de celebrarse el contrato, sin que se tenga en cuenta si su actuación fue diligente, simple o gravemente negligente o, incluso, deliberada. El CESL no penaliza, por tanto, al deudor doloso, entendiendo por este a aquel que incumplió deliberadamente el contrato<sup>38</sup>, con independencia de que fuera consciente de que dicho incumplimiento iba a provocar daños que no se previeron o pudieron preverse en el momento de la celebración del negocio<sup>39</sup>. Parece seguir así el CESL, retomando las directrices marcadas por la CISG, a los ordenamientos del *Common Law*, que, como regla general, no atienden al grado de culpa de la parte que incumple en lo que respecta a la indemnización por daños y perjuicios<sup>40</sup>. La naturaleza no punitiva de los daños y perjuicios se hace en esta opción marcadamente evidente, pues la acentuación de la responsabilidad del deudor doloso podría ser entendida como una forma de penalizar la actitud del sujeto deliberadamente incumplidor<sup>41</sup>.

El estándar de previsibilidad del deudor debe entenderse acorde con el requerido de una persona razonable que se situase en las mismas circunstancias que él al momento de concluirse el contrato; esto significa que cuando el daño es consecuencia del curso normal de los acontecimientos, es generalmente previsible. Dicha previsibilidad ha de venir mediatisada por el nivel de información de que disponía el deudor, especialmente cuando el acreedor le proporcionó información sobre especiales circunstancias que, de otra forma, resultarían objetivamente imprevisibles<sup>42</sup>. Corresponde, en cualquier caso, al acreedor probar los daños que el deudor debió prever.

b) Distinción entre la responsabilidad del deudor negligente y del deudor doloso en el Código Civil español

Aun partiendo del mismo criterio, si bien expresado de forma diversa, de imputación de responsabilidad, el Código Civil español se aparta del CESL en lo referente al reconocimiento de distintos grados de responsabilidad en función de la concurrencia de dolo o culpa en el deudor. Como hemos visto, el CESL no distingue entre deudor negligente o doloso a la hora de la determinación de los daños resarcibles, circunstancia que sí es tenida en cuenta por nuestro Código Civil, cuyo artículo 1107 hace responder al deudor de todos los daños que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación<sup>43</sup>, frente a los daños previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento, de los que responde el deudor de «buena fe»<sup>44</sup>. Podría resultar, pues, incompatible en este punto el Derecho español con lo previsto por el CESL, que no ha seguido a los PECL (art. 9:503) ni al DCFR (art. III. – 3:703) en la admisión de esta misma distinción. De esta manera, cabría, incluso, cuestionarse si el sometimiento voluntario de las partes a este texto sería como una cláusula de

exclusión de la responsabilidad por dolo —prohibición que de forma imperativa recoge el artículo 1102 CC—, aunque solo se refiera en este caso al montante de la indemnización no a la imputabilidad del daño. Debemos tener en cuenta, sin embargo, la nulidad de las cláusulas abusivas que excluyan o limiten la responsabilidad del comerciante por cualquier pérdida o daño causado al consumidor deliberadamente o como consecuencia de negligencia grave, que ordena el artículo 84 CESL para el caso de contratos celebrados entre un comerciante y un consumidor; sin olvidar que, en virtud del artículo 86 CESL, una cláusula incluida en un contrato celebrado entre comerciantes será abusiva si: a) forma parte de cláusulas no negociadas individualmente a tenor del artículo 7; y b) resulta de tal naturaleza que su aplicación se aparta manifiestamente de las buenas prácticas comerciales, en contra de las exigencias de la buena fe contractual. Claro que la divergencia seguiría encontrándose, en el ámbito de las cláusulas no negociadas individualmente, en el diferente montante de la indemnización por dolo y por negligencia que prevé el Código Civil español; además, las cláusulas negociadas no se contemplan por estos preceptos.

La distinción entre ambos tipos de responsabilidad es mantenida, si bien expresada de distinto modo al Código Civil, por la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos (PMDOC), cuyo artículo 1208 establece: «El deudor responde de los daños y perjuicios que sean objetivamente imputables a su incumplimiento; pero si este no hubiera sido doloso, solo responderá de los daños que se hubiesen previsto o podido prever razonablemente como consecuencia probable de la falta de cumplimiento en el momento de la celebración del contrato». El precepto, además de enunciar la responsabilidad por dolo como regla de principio, sustituye la expresión «daños que conocidamente se deriven», por la de «daños objetivamente imputables» al incumplimiento, sin que esta nueva locución para referirse a los daños derivados del dolo aclare las dudas que actualmente existen sobre el contenido o alcance que haya de darse a estos daños.

En realidad, como sostiene la doctrina, si se entendiera la norma del artículo 1107.2 CC de forma literal, excluyéndose al deudor doloso del beneficio del límite señalado por el juicio de previsibilidad, el precepto estaría incurriendo en un claro exceso, máxime si se tiene en cuenta que el deudor doloso no se caracteriza por haber albergado un *animus nocendi* contra el acreedor. Debe aceptarse, pues, que también al deudor doloso son aplicables los criterios de imputación, que conllevan la admisión de aquellas consecuencias dañinas necesariamente conectadas con su falta de cumplimiento<sup>45</sup>. De esta interpretación deriva que la jurisprudencia suela desconocer la variante introducida en el párrafo segundo del artículo 1107 CC, dejando un tratamiento muy similar, por lo que se refiere a la fijación del alcance de la indemnización, al deudor doloso y al culposo, limitándose a evitar que el deudor doloso pueda beneficiarse de cualquier restricción legal o convencional de responsabilidad, así como de la moderación prevista

en el artículo 1103 CC<sup>46</sup>. De todo ello se extrae, en definitiva, la necesidad de relativizar en alguna medida la diferencia de tratamiento entre la responsabilidad por culpa y por dolo en cuanto a la fijación del montante indemnizatorio, que hace divergir la regulación del CESL de la del Código Civil español.

c) Pérdidas imputables al acreedor y mitigación de pérdidas

Los artículos 162 y 163 CESL se refieren a las situaciones en las que el comportamiento del acreedor contribuye a la causación de los daños, bien en su origen —coadyuvando al incumplimiento o a elevar el efecto de las pérdidas— o bien con posterioridad, una vez producido el daño, omitiendo las actuaciones necesarias para mitigar las pérdidas. Así, el primer precepto dispone que el deudor no será responsable de las pérdidas sufridas por el acreedor en la medida en que este haya contribuido al incumplimiento o sus efectos, lo que constituye una manifestación específica de la regla general establecida en este mismo sentido por el artículo 106 (5) CESL: «El comprador no podrá recurrir a ninguno de los remedios contemplados en el apartado 1 en el caso de que haya provocado el incumplimiento del vendedor». Tampoco será responsable el deudor de aquellas pérdidas, por virtud del artículo 163 CESL, en la medida en que el acreedor hubiera podido mitigarlas tomando medidas razonables; si intentó mitigarlas, el acreedor tendrá derecho a cobrar el importe de los gastos en los que razonablemente incurrió. En este caso, el contenido de estos artículos se corresponde íntegramente con el de los artículos 9:504 y 9:505 PECL y III. – 3:704 y III. – 3:705 DCFR; el principio de mitigación de los daños fue recogido con anterioridad por el artículo 77 CISG.

Puntualiza la doctrina que la división de ambos supuestos en dos preceptos diferentes responde a la distinta naturaleza y desarrollo que le conceden algunos ordenamientos; así, el ordenamiento inglés considera la primera situación como negligencia coadyuvante (*contributory negligence*), calificando la segunda como incumplimiento del deber de mitigar los daños (*failure to mitigate*). No obstante —se concluye—, aunque en la mayoría de los ordenamientos de la Europa continental no se distingue entre ambos conceptos, se llega a resultados similares aplicando principios como el de la causalidad<sup>47</sup>. En cualquier caso, el CESL ha venido a recoger criterios generales de determinación de la extensión de la indemnización propios del *Common Law* (*duty of mitigation or avoidable consequences rule*)<sup>48</sup>, aunque puedan diferir en los criterios de aplicación<sup>49</sup>.

Debe apreciarse cómo se manifiesta nuevamente aquí la naturaleza compensatoria o de resarcimiento de la indemnización por daños y perjuicios. Quien sufre el incumplimiento del contrato debe adoptar, como un deber que encuentra fundamento en la buena fe, todas las medidas que razonablemente se hallen en su mano para mitigar la extensión del daño causado por dicho incumplimiento,

sin que se le permita pretender de la otra parte la compensación de aquellos daños que no son consecuencia del incumplimiento, sino de su propia falta en la adopción de las medidas necesarias para mitigarlos, omisión que rompe la necesaria relación de causalidad entre incumplimiento y producción del daño<sup>50</sup>. Se trata de tomar aquellas medidas que cualquier persona razonable llevaría a cabo de encontrarse en las mismas circunstancias del acreedor, mas no aquellas que conlleven la realización de esfuerzos o costes desproporcionados<sup>51</sup>.

La necesaria consecuencia de la entrada en aplicación de estos preceptos es la reducción del montante de la indemnización en proporción a la contribución del acreedor en la verificación del incumplimiento o el mayor costo de los daños, lo que deja un amplio margen de actuación a los tribunales en la valoración del quantum indemnizatorio. No se reconoce un deber u obligación jurídica de mitigar los daños a cargo del acreedor —como lo concibe la CISG—, sino que simplemente el perjudicado ve reducida la indemnización correspondiente por los daños en proporción a las pérdidas ocasionadas por la falta de actuación de aquel<sup>52</sup>.

#### d) Negocio de sustitución y aplicación del precio de mercado

Los dos últimos preceptos del CESL dedicados a la indemnización por daños y perjuicios se ocupan también de establecer reglas relacionadas con el cálculo del montante indemnizatorio. En realidad, se trata de expresiones concretas de la regla general antes enunciada relativa a la naturaleza compensatoria o resarcitoria de los daños. Efectivamente, la finalidad de la indemnización se cifra en que el perjudicado se vea resarcido de los daños sufridos, compensando pérdidas con ganancias que haya podido obtener, aplicando la máxima romana *compensatio lucri cum damno*. Como reflejo de ello, el artículo 164 CESL se refiere a la posibilidad de que el acreedor haya celebrado un nuevo negocio con posterioridad al incumplimiento por el deudor del contrato primitivo, en un plazo y modo razonables. En estas circunstancias, el acreedor podrá cobrar la diferencia entre el valor que hubiera sido debido en virtud del contrato resuelto y el debido en virtud del negocio o transacción sustitutiva, así como reclamar una indemnización por otras pérdidas que haya podido sufrir. Esta misma regla se recogió ya en la CISG, cuyo artículo 75 dispone que si se resuelve el contrato y si, de manera razonable y dentro de un plazo razonable después de la resolución, el comprador procede a una compra de reemplazo o el vendedor a una venta de reemplazo, la parte que exija la indemnización podrá obtener la diferencia entre el precio del contrato y el precio estipulado en la operación de reemplazo, así como cualesquiera otros daños y perjuicios exigibles conforme al artículo anterior<sup>53</sup>. Como sostiene la doctrina, en el comercio internacional la típica medida mitigadora es realizar una razonable transacción de reemplazo cuando sea procedente la resolución del contrato<sup>54</sup>.

El derecho a la reclamación de daños con fundamento en el artículo 164 CESL requiere que el acreedor haya resuelto el contrato con anterioridad, a no ser que de las circunstancias se deduzca claramente que el deudor no va a dar cumplimiento al contrato<sup>55</sup>. Por otra parte, la razonabilidad de las condiciones del contrato de reemplazo dependerá de cada situación, sin que pueda exigirse al acreedor una investigación exhaustiva para hallar las condiciones más ventajosas del mercado, especialmente cuando le urge concluir el nuevo negocio<sup>56</sup>.

Con la misma *ratio* que el anterior, el artículo 165 CESL prevé que cuando el acreedor haya resuelto el contrato y no haya realizado una transacción sustitutiva, pero exista un precio vigente por la prestación podrá, en la medida en que tenga derecho a percibir una indemnización, cobrar la diferencia entre el precio del contrato y el precio vigente en el momento de la resolución, asimismo con la facultad de reclamar una indemnización por otras pérdidas que haya podido sufrir. Al igual que el precepto precedente, el artículo 165 CESL reproduce normas ya recogidas por el DCFR (art. III. – 3:707), los PECL (art. 9:507), CISG (art. 76) y UNIDROIT (art. 7.4.6). Estos dos últimos añaden, además, la definición del «precio corriente» como 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<sup>57</sup>. La determinación del precio corriente también entra dentro de la discrecionalidad del tribunal<sup>58</sup>.

e) Criterios para la determinación de la indemnización en el ordenamiento español

Al margen de la divergencia señalada en cuanto a los distintos grados de responsabilidad en función de la imputabilidad del daño, no parece que el Código Civil español parta de principios diferentes a los utilizados por el CESL en lo referente a la determinación de la indemnización por daños y perjuicios, bien por disposición legal expresa o bien por aplicación de la doctrina jurisprudencial. Así, el artículo 1106 CC recoge la máxima sobre el daño emergente y el lucro cesante<sup>59</sup> y el artículo 1107 se ocupa del criterio de la previsibilidad de los daños, al modo en que lo hacen los artículos 160 y 161 CESL respectivamente. El contenido o interpretación de estos parámetros para llevar a cabo el cálculo del montante indemnizatorio lo llevan a cabo los tribunales, teniendo en cuenta las pautas que quedan reflejadas en los artículos 162 a 165 CESL referidas a la intervención del acreedor o al negocio sustitutivo, que no han sido expresamente recogidas por el Código Civil. En este sentido, aunque tanto jurisprudencia como doctrina tratan el tema con extraordinario casuismo, se han apuntado algunos criterios con carácter general, atendiendo a diversos ítems y circunstancias a

tener en cuenta para el cálculo de los daños: el mayor o menor costo del negocio de reemplazo celebrado por el perjudicado o el incumplimiento con un tercero para cubrirse de las consecuencias negativas que el incumplimiento o cumplimiento defectuoso le produce; los costos de reparación o de reposición de las cosas al estado que deberían tener; los daños sufridos en los bienes que eran objeto directo de la prestación del deudor o en otros pertenecientes al acreedor que se encuentren con aquellos en directa relación; los gastos que el acreedor se haya visto obligado a realizar como consecuencia del incumplimiento (para mitigar o reducir el daño, los derivados de reclamación judicial o extrajudicial o los realizados por el acreedor con vistas al destino por él proyectado para la prestación una vez recibida, cuando ello fuera conocido por el deudor o, al menos, previsible para él); o aquellos daños que el acreedor haya sufrido en los contratos celebrados con él por terceros, como consecuencia del incumplimiento determinado por la inejecución anterior o defectuosa ejecución por el deudor de su prestación<sup>60</sup>.

Como se ha señalado, el Código Civil no contempla expresamente el deber de mitigar los daños, aunque sí ha sido recogido por la Ley de Contrato de Seguro —cuyo artículo 17 ordena al asegurado o al tomador del seguro emplear los medios a su alcance para aminorar las consecuencias del siniestro—, y por la jurisprudencia<sup>61</sup>. Dicho deber ha sido incluido en la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos, abordándolo el artículo 1121 como una actuación derivada de la buena fe: «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». No se ha hecho eco, sin embargo, la PMDOC de las previsiones europeas referentes al negocio de reemplazo o al precio de mercado.

Por lo que se refiere al lucro cesante, la jurisprudencia española ha seguido una línea muy restrictiva, señalando que no debe concederse indemnización cuando las ganancias son contingentes o dudosas; para determinar la ganancia segura deben aplicarse criterios de probabilidad, de acuerdo con lo que se puede llamar el curso normal de los acontecimientos, excluyendo beneficios hipotéticos o imaginarios<sup>62</sup>.

### III. LOS INTERESES DE DEMORA

Las secciones 2 y 3 del capítulo 16, Parte VI del CESL, completan la regulación que este dedica a la indemnización de daños y perjuicios e intereses dispensando atención concreta a los intereses de demora; la sección 2 se ocupa de las disposiciones generales relativas a los intereses de demora (arts. 166 y 167 CESL) y la sección 3, que lleva por rúbrica «Morosidad de los comerciantes»,

se despliega en cuatro preceptos (arts. 168-171) destinados a regular cuestiones diversas de carácter más específico, si bien culminando con una regla general de cierre que dispone el carácter imperativo de las normas precedentes. La disposición de estos preceptos no puede considerarse, como a continuación se observará, del todo afortunada.

## 1. DISPOSICIONES GENERALES

### A. *Devengo automático y tipo de interés*

Las reglas generales sobre el devengo de intereses moratorios aparecen enunciadas en los artículos 166 y 167 CESL, distinguiendo entre intereses de demora en general e intereses de demora cuando el deudor es un consumidor.

El artículo 166.1 CESL ordena, como regla de principio, el devengo automático, a favor del acreedor, de intereses de demora en el pago de una cantidad de dinero, sin necesidad de notificación al deudor, desde el momento de vencimiento del pago hasta el momento efectivo del pago al tipo especificado en el apartado siguiente. Este apartado segundo establece un tipo de interés diferente en función de que el acreedor tenga o no su residencia en un Estado miembro cuya moneda sea el euro; así, el tipo de interés de demora será: a) cuando el acreedor tenga su residencia habitual en un Estado miembro cuya moneda sea el euro o en un tercer país, el tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de refinanciación efectuada antes del primer día natural del semestre de que se trate, o el tipo de interés marginal resultante de procedimientos de licitación a tipo variable para las operaciones principales de refinanciación del Banco Central Europeo más recientes, más dos puntos porcentuales; y b) cuando el acreedor tenga su residencia habitual en un Estado miembro cuya moneda no sea el euro, el tipo equivalente establecido por el banco central nacional de dicho Estado miembro, más dos puntos porcentuales. Finalmente, el apartado tercero del artículo 166 CESL reconoce expresamente al acreedor el derecho a reclamar una indemnización por otras pérdidas que hubiera podido sufrir.

Tanto el derecho al devengo de intereses con carácter general por la demora en el pago, como la facultad que se reconoce al acreedor de reclamar indemnización por otras pérdidas, se recogen ya en textos internacionales anteriores al CESL —entre ellos, en los artículos 78 CISG, 7.4.9 UNIDROIT, 9:508 PECL, y III. – 3:708 DCFR—, al igual que se ha venido reconociendo en los ordenamientos nacionales de todos los países continentales<sup>63</sup>. Por lo que se refiere al derecho a reclamar indemnización por otras pérdidas, por regla general se viene interpretando, ante la falta de reconocimiento expreso por el Código Civil español, que el artículo 1108 CC no impide la indemnización de

un daño mayor<sup>64</sup>; la dificultad estriba en la determinación de los supuestos de esta indemnización, si bien para algunos ha de bastar con soportar la carga de la prueba de los daños<sup>65</sup>. Recoge expresamente esta facultad la PMDOC, cuyo artículo 1206 dispone: «El retraso del deudor en el cumplimiento de una deuda pecuniaria le obliga a satisfacer el interés pactado o, en su defecto, el interés legal del dinero, a no ser que resulte otra cosa de la ley o del título constitutivo de la obligación, salvo que pruebe que el daño sea mayor».

*B. Disposiciones especiales para el caso del deudor consumidor*

a) Devengo no automático

El artículo 167 CESL, dirigiéndose especialmente a la protección del consumidor, establece reglas diferentes en cuanto al devengo de intereses. La primera regla específica que, cuando el deudor sea consumidor, solo se devengarán intereses de demora al tipo establecido en el artículo precedente cuando el incumplimiento no esté justificado; en este caso, corresponde al deudor la prueba de la justificación de dicho incumplimiento, por concurrir causa de exoneración *ex artículo 88 CESL*. En realidad, nada distinto establece este primer apartado del artículo 167 CESL respecto del artículo 168 CESL para el caso de contratos entre comerciantes, lo que hace reflexionar sobre la justificación de ambas normas. Si se analiza, no obstante, con particular atención el conjunto del articulado, parece que la causa de justificación del incumplimiento para evitar el nacimiento de intereses moratorios se contempla tanto en caso de deudor consumidor como, en el marco de las operaciones entre comerciantes, para el supuesto de demora en el pago del precio estipulado para la entrega de bienes, el suministro de contenidos digitales o la prestación de servicios relacionados, quedando al margen de la previsión los casos de demora en el pago de otras reclamaciones monetarias derivadas de estos contratos. La claridad de la normativa brilla, desde luego, por su ausencia; además de carecer de toda justificación y lógica, pues no se alcanza bien a entender por qué razón la existencia de causa de justificación con fundamento en el artículo 88 CESL no lleve consigo la exoneración de pagar intereses de demora en el caso de reclamaciones dinerarias distintas de las descritas en el artículo 168.1 CESL. Si el incumpliendo justificado no hace nacer intereses de demora en el pago del precio, ¿por qué no ha de resultar la misma consecuencia respecto de los intereses por los daños reclamados en virtud de una cláusula penal, por ejemplo? Siguiendo el ejemplo, ello tendría sentido solo si así se estipuló por las partes.

La exoneración del abono de intereses en caso de falta de pago justificado no es contemplada por otros textos internacionales. Así, los Principios UNIDROIT adoptan diferente posición a este respecto, reconociendo el de-

recho al cobro de intereses sea o no excusable la falta de pago (art. 7.4.9). Se entiende, de este modo, según se explica en el comentario al precepto, que si el retardo es consecuencia de fuerza mayor, los intereses se devengan de todas formas y deben ser pagados no en concepto de restitución, sino como compensación por el reconocimiento que resulta de la falta de pago, ya que el deudor continúa recibiendo intereses sobre la suma cuyo pago se encuentra imposibilitado de efectuar. Idéntica previsión contempla el artículo III. – 3:708 DCFR<sup>66</sup>.

Por su parte, el Código Civil español nada establece expresamente sobre esta cuestión en el artículo 1108, por lo que se aplicaría la regla general para cualquier tipo de obligación, pues no existe motivo para pensar que el legislador pretendió otorgar a las deudas pecuniarias un régimen de responsabilidad propio y especial respecto de las demás clases de obligaciones, como entienden mayoritariamente doctrina y jurisprudencia<sup>67</sup>; el retraso en el cumplimiento debe ser responsabilidad del deudor, presumiéndose la culpa del deudor moroso, a quien corresponde probar la existencia de caso fortuito o fuerza mayor.

Junto a la inexistencia de causa justificativa del incumplimiento, para que el devengo de intereses se produzca deben concurrir dos presupuestos: a) que el acreedor haya notificado al deudor la obligación del pago de intereses y el tipo de interés; y b) que hayan transcurrido 30 días desde que se haya realizado dicha notificación. El último inciso del artículo 167.2 CESL permite, no obstante, que la notificación se realice con anterioridad a la fecha de vencimiento del pago; el acreedor, por tanto, puede asegurarse el cumplimiento de dicho requisito incorporándolo específicamente en el propio contrato, lo que conlleva que los intereses se devenguen desde el momento del incumplimiento. La notificación no requiere forma específica alguna, pero puede ser habitual incorporarla por escrito junto con la información precontractual, especialmente en los contratos a distancia o realizados fuera de establecimientos mercantiles<sup>68</sup>.

La necesidad de interpellación o intimación al deudor para hacer surgir la *mora debitoris* es presupuesto común en los ordenamientos de diversos países europeos, en tanto regla tradicional de *ius commune*, como sucede en el ordenamiento español<sup>69</sup>. Así lo prevé, como es sabido, el artículo 1100 CC, que no obstante admite la mora automática concurriendo alguna de las circunstancias que enuncian los párrafos segundo y tercero del citado precepto.

El contenido y efectos de la notificación prevista en el CESL es, pues, diferente al recogido por nuestro Código Civil. La intimación del artículo 1100 CC es un requerimiento de pago que realiza el acreedor, que hace al deudor incurrir en mora<sup>70</sup>; la notificación que regula el artículo 166 CESL está dirigida a informar al deudor del devengo de intereses si no cumple en el plazo acordado, y puede llevarla a cabo el acreedor con anterioridad al incumplimiento. Evidentemente, la previsión del CESL resulta menos protectora para el deudor consumidor.

b) Cláusulas no vinculantes

Los tres apartados siguientes del artículo 167 CESL disponen tres reglas prohibitivas para los acreedores: a) no serán vinculantes las cláusulas del contrato que fijen un tipo de interés más elevado que el previsto en el artículo 166 CESL o un devengo anterior a la fecha especificada en el apartado 2 del mismo precepto, en la medida en que serían abusivas conforme al artículo 83 CESL; b) no se podrán añadir intereses de demora al capital para producir intereses; y c) las partes no podrán excluir la aplicación del presente artículo, ni introducir excepciones o modificar sus efectos en detrimento del consumidor.

Por lo que se refiere a la primera regla, debe resaltarse la consideración como no vinculantes de aquellas cláusulas contractuales que dispongan un tipo de interés más elevado que el previsto en el artículo 166 CESL o un devengo anterior a la fecha especificada en el apartado 2 del artículo siguiente, siempre y en la medida en que dichas cláusulas puedan ser consideradas abusivas a tenor de lo dispuesto por el artículo 83 CESL, esto es, si causan, «en contra de las exigencias de la buena fe contractual y en detrimento del consumidor, un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato».

Aunque, a primera vista, el tratamiento de los pactos sobre intereses que realiza el CESL parece más claro que el que recibe esta cuestión en el ordenamiento jurídico español, la efectividad de la norma queda supeditada a la interpretación que se realice del concepto de cláusula abusiva que enuncia el artículo 83 CESL, de forma similar, incluso más genérica, a la que debe realizarse en Derecho español en relación al artículo 85.6 del RDL 1/2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LCU). Ciertamente, nuestro Derecho no define de forma taxativa la abusividad de las cláusulas sobre intereses moratorios en perjuicio del consumidor, debiéndose amparar este en el enunciado del artículo 85.6, que se reduce a declarar que son abusivas las «cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones»; habrá de interpretarse, por tanto, atendiendo a las circunstancias de cada caso, cuándo la exigencia de determinado tipo de interés resulta abusiva en el contrato de que se trate. En este marco, en aras de la protección de los deudores hipotecarios situados en el umbral de exclusión, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, modificando el artículo 4 del RDL 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, estableció un límite a los intereses moratorios que puede exigir el acreedor hipotecario. En virtud de esta norma, el interés moratorio aplicable desde el momento en que el deudor solicite a la entidad la aplicación de cualquiera de las medidas del código de

buenas prácticas, será como máximo el resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados en el préstamo un 2% sobre el capital pendiente del préstamo. Lo que la doctrina se ha planteado en este caso es la posible nulidad por abusiva, con apoyo en lo preceptuado por el artículo 85.6 LCU, de una cláusula contractual que establece unos intereses moratorios superiores a los intereses remuneratorios<sup>71</sup>.

### c) Prohibición de capitalización de intereses

El artículo 167.4 CESL establece imperativamente la prohibición del anatocismo en los contratos con consumidores, regla no recogida anteriormente entre las disposiciones generales del artículo precedente, ni con posterioridad entre las normas relativas a la morosidad de los comerciantes. El CESL no reproduce, así, el artículo III. – 3:709 DCFR, que expresamente prevé, con carácter general, la capitalización de los intereses, salvo acuerdo de la partes, cada 12 meses, sin perjuicio, claro está, de la aplicación preferente de las normas nacionales y las directivas protectoras de los consumidores<sup>72</sup>. En materia de operaciones entre comerciantes, debe traerse a colación aquí la Directiva 2011/7/UE, de 16 de febrero, por la que se establecen medidas contra la morosidad en las operaciones comerciales (que deroga la Directiva 2000/35/CE), cuyo considerando (15) se refiere al cálculo del interés legal de demora como interés simple, aunque tenga que admitirse —dada su naturaleza dispositiva, como señalan los comentarios al CESL<sup>73</sup>—, la libertad de acordar la capitalización de los intereses (*compound interest*) en el correspondiente contrato. A falta de prohibición expresa, pues, por parte del CESL, es posible el pacto de capitalización en las operaciones comerciales frente a la imperatividad de la norma en protección del deudor consumidor<sup>74</sup>.

El ordenamiento español no otorga automaticidad al anatocismo<sup>75</sup>, si bien, legalmente, presume su existencia, al especificar el artículo 1109 CC que los intereses vencidos devengan interés desde que son judicialmente reclamados, «aunque la obligación haya guardado silencio sobre este asunto»<sup>76</sup>. Convencionalmente, cabe considerar igualmente posible que los intereses devengados y no satisfechos generen también intereses desde el mismo momento en que, debiendo haber sido atendidos, han quedado impagados<sup>77</sup>. En el caso de préstamos mercantiles, el artículo 1109.2 CC se remite al Código de Comercio, cuyo artículo 317 prevé: «Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizar los intereses líquidos y no satisfechos, que, como aumento del capital, devengarán nuevos réditos». La previsión del ordenamiento español no es acorde, pues, con el distinto tratamiento que reciben en el CESL los empresarios respecto de los consumidores en aras de la mayor protección de estos últimos, en la medida en que tanto

para unos como para otros no se prohíbe el anatocismo e, incluso, el trato que recibe el comerciante resulta más protector que el establecido para el consumidor, al no preverse para aquellos el anatocismo legal. No obstante, puntuiza la doctrina que lo preceptuado por el artículo 317 CCom. no tiene por qué significar prohibición del anatocismo legal sino que debe interpretarse que su finalidad es excluir la mora automática respecto a los intereses insatisfechos, a diferencia de lo establecido en los artículos 63 y 316 CCom. en relación al impago del principal<sup>78</sup>.

#### d) Naturaleza imperativa

Finalmente, el último inciso del artículo 167 CESL enuncia una regla terminante, común a otros capítulos del CESL, al ordenar que las partes no podrán excluir la aplicación del propio artículo, ni introducir excepciones ni modificar sus efectos en detrimento del consumidor. La utilidad del precepto es relativa, por cuanto el apartado tercero del artículo 167 CESL condiciona, como hemos señalado, la nulidad de las cláusulas sobre intereses a la existencia de un desequilibrio contractual entre las prestaciones de las partes en los términos previstos por el artículo 83 CESL<sup>79</sup>.

## 2. MOROSIDAD DE LOS COMERCIANTES

De forma poco sistemática, como, por otra parte, no suele ser extraño en el texto del CESL, el capítulo dedicado a los intereses termina con una tercera sección referida a la morosidad de los comerciantes, aunque con anterioridad, entre las reglas generales ya analizadas, se hace referencia a la diferente regulación que se contempla en algunos aspectos para consumidores en relación con los empresarios. En realidad, esta sección tercera se ocupa, no del diferente tratamiento de los comerciantes respecto de los consumidores, sino del tratamiento de los intereses de demora derivados del impago del precio en el ámbito de las operaciones comerciales. A estos efectos, se entiende por «operaciones comerciales» las realizadas entre empresas o entre empresas y poderes públicos que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios a cambio de una compensación», según las define el artículo 2 de la Directiva 2011/7/UE, reproduciendo lo preceptuado por la anterior Directiva 2000/35/CE. La sección tercera de este capítulo del CESL se compone de cuatro preceptos: artículo 168 —tipo de interés y devengo—, artículo 169 —compensación por los costes de cobro—, artículo 170 —cláusulas contractuales abusivas relativas al pago de intereses de demora— y artículo 171 CESL, que contiene la tradicional cláusula de cierre sobre la naturaleza imperativa de las normas recogidas en la sección.

A. *Devengo, tipo de interés y compensación por los costes de cobro*

Por lo que se refiere, en primer lugar, al tipo de interés y al devengo de los intereses moratorios, el artículo 168 CESL —copia del artículo III.— 3:710 DCFR, que, a su vez, recogió lo establecido por la Directiva 2000/35/CE (derogada por la Directiva 2011/7/UE)—, establece varias pautas que divergen en buena medida de las previstas por el artículo precedente para el supuesto de que el deudor sea un consumidor. No obstante, el primer apartado del citado precepto parte de la misma premisa que el 167.1 CESL, ordenando el devengo de intereses moratorios —al tipo especificado en el apartado 5 del propio precepto—, siempre que la demora no se halle justificada en virtud del artículo 88 CESL, remedando así la norma enunciada en aquel artículo para el caso del deudor consumidor.

A continuación, los apartados 2, 3 y 4 del artículo 168 CES se ocupan del devengo de los intereses, previendo reglas alternativas en función de las circunstancias concurrentes. En principio, los intereses comenzarán a contarse el día siguiente de la fecha o al final del plazo para el pago estipulado en el contrato; pero, si no existe cláusula al respecto, los intereses empezarán a devengarse: a) treinta días después de la fecha en que el deudor reciba la factura o una solicitud de pago equivalente; o b) treinta días después de la fecha de recepción de los bienes, los contenidos digitales o los servicios relacionados, si la fecha que se indica en la letra a) fuera anterior o incierta, o si no estuviera claro si el deudor ha recibido una factura o solicitud de pago equivalente. Junto a estas reglas generales, el apartado tercero del artículo 168 CESL contempla el caso de que la conformidad de los bienes, contenidos digitales o servicios relacionados objeto del contrato deba determinarse mediante aceptación o examen, en cuyo caso el plazo de treinta días al que se refiere la letra b) del apartado 2, comenzará en la fecha de aceptación o en la que se finalice el procedimiento de examen, procedimiento que no ha de prolongarse por más de treinta días desde la fecha de entrega, salvo acuerdo expreso en contrario de las partes y siempre que dicho acuerdo no sea abusivo conforme al artículo 170 CESL. En cualquier caso, el artículo 168.4 CESL cierra las reglas sobre el devengo de intereses estableciendo que el plazo de pago no podrá exceder de sesenta días, salvo —al igual que en el apartado anterior— acuerdo expreso en contrario de las partes y siempre que dicho acuerdo no sea abusivo conforme al artículo 170 CESL.

A este último respecto, el ordenamiento español resulta más rígido que el CESL y la Directiva 2011/7/UE. Nuestro Derecho regula estas cuestiones por medio de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (LMLCM), cuyo artículo 5 establece que el obligado al pago de la deuda dineraria surgida como contraprestación en operaciones comerciales incurrirá en mora y deberá pagar el interés pactado en el contrato o el fijado por esta Ley automáticamente por

el mero incumplimiento del pago en el plazo pactado o legalmente establecido, sin necesidad de aviso de vencimiento ni intimación alguna por parte del deudor. El artículo anterior es el que se detiene en la determinación del plazo de pago, distinguiendo entre los supuestos de existencia y de inexistencia de plazo pactado, de forma similar al artículo 168 CESL, pero con menor claridad. Así, en virtud del artículo 4.1 LMLCM, si no se hubiese fijado fecha o plazo de pago en el contrato, el plazo de pago será de treinta días naturales después de la fecha de recepción de las mercancías o prestación de los servicios. A estos efectos, señala a continuación la citada norma que los proveedores deberán hacer llegar la factura o solicitud de pago equivalente a sus clientes antes de que se cumplan quince días naturales a contar desde la fecha de recepción efectiva de las mercancías o de la prestación de los servicios. Existiendo pacto, la recepción de la factura por medios electrónicos producirá los efectos de inicio del cómputo del plazo de pago, siempre que se encuentre garantizada la identidad y autenticidad del firmante, la integridad de la factura y la recepción por el interesado. Por su parte, el artículo 4.2 LMLCM también prevé el supuesto de que exista legal o convencionalmente un procedimiento de aceptación o de comprobación de la conformidad de los bienes o servicios, en cuyo caso su duración no podrá exceder de treinta días naturales a contar desde la fecha de recepción, siendo en este caso el plazo de pago de treinta días después de la fecha en que tiene lugar la aceptación o verificación. Finalmente, el artículo 4.3 de la Ley permite la ampliación de los plazos establecidos en los apartados anteriores por acuerdo de las partes, si bien en ningún caso se puede acordar un plazo superior a sesenta días naturales. Es precisamente en este punto en el que se evidencia la rigidez de la norma española frente al CESL, que permite, como hemos visto, la posibilidad de un acuerdo contrario de las partes sometido al test de abusividad. Tanto la severidad de esta norma como la falta de claridad del artículo 4 en relación a la fijación de los plazos han sido objeto de fuerte crítica doctrinal<sup>80</sup>, por completo justificada dada la falta de técnica legislativa que caracteriza al precepto, algunas de cuyas reglas se contradicen entre sí, dando como resultado un artículo enrevesado y de difícil inteligencia, especialmente por el diverso tratamiento que reciben los plazos legales de los pactados, así como los medios —electrónicos o no—, por los que se haya remitido la factura o la solicitud de pago.

Por su parte, el apartado 5 del artículo 168 CESL establece el tipo de interés de demora, que se determinará del mismo modo que el establecido como regla general por el artículo 166 CESL, con la diferencia de que al interés aplicado por el Banco Central Europeo o, en su caso, por el banco central nacional del país de que se trate, se le sumarán ocho puntos porcentuales en lugar de dos. El CESL establece, por tanto, dos tipos de interés diferentes para reclamaciones de dinero que derivan de la misma relación contractual. Así, la disposición general prevista por el artículo 166 CESL —tipo de referencia más dos puntos porcen-

tuales— es la aplicable en caso de morosidad en el pago de cantidades distintas del precio por bienes, contenidos digitales o servicios relacionados, tales como reclamaciones de daños y perjuicios, reclamaciones derivadas de cláusulas de liquidación de daños o cláusulas penales, o la reclamación del reintegro de las cantidades abonadas en exceso por la reducción del precio por el comprador<sup>81</sup>; mientras que el tipo de interés que fija el artículo 168 CESL se ha previsto solo para la morosidad en el pago del precio en los contratos entre comerciantes. Se trata, por lo demás, del mismo interés que fija en el ordenamiento español para el impago de estas prestaciones la mencionada Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, acogiendo lo dispuesto por la Directiva 2011/7/UE, que aumenta en un punto porcentual el tipo de interés que fijara la Directiva 2000/35/CE.

Por último, el artículo 168 CESL vuelve a ser repetitivo, enunciando la misma previsión que recoge el artículo 166.3, entre las disposiciones generales: «El acreedor podrá reclamar una indemnización por otras pérdidas que hubiera podido sufrir».

Realmente, el texto del precepto viene nuevamente a evidenciar el carácter enrevesado de la redacción que es nota bastante habitual en el articulado del CESL; el descenso, a veces, a los más mínimos detalles, hace en más de una ocasión complicado poner en orden las ideas y, por ende, la regulación concreta de cada institución jurídica. En este caso, a ello se añade la diversidad de reglas sobre intereses moratorios para tres situaciones distintas —retraso en el pago del precio en contratos entre comerciantes, retraso en el pago de reclamaciones distintas al precio entre comerciantes y mora del deudor consumidor—, que no hace sino enmarañar aún más el tema en estudio. De los cinco apartados del artículo 168 CESL, dos se repiten en relación al consumidor y los otros tres resultan de difícil encaje en relación a las disposiciones generales del artículo 166 CESL. En definitiva, podría llegarse fácilmente a la conclusión del desacuerdo, en algunos casos inutilidad, de las previsiones contenidas en el artículo 168 CESL.

Por virtud del artículo 169 CESL, a los intereses de demora que regula el artículo anterior puede sumar el acreedor una compensación por los costes de cobro, que aquel precepto fija —siguiendo lo establecido por el artículo 6 de la Directiva 2011/7/UE— en un mínimo de cuarenta euros, pudiendo las partes acordar una suma mayor. En el caso de que los gastos de cobro superen los cuarenta euros, el acreedor tendrá derecho además a una compensación razonable por parte del deudor por todos esos costes en los que haya incurrido por causa de la morosidad de este.

#### *B. Cláusulas contractuales abusivas relativas al pago de intereses de demora*

Como regla de principio, en relación a las cláusulas abusivas relativas al pago de intereses de demora en los contratos entre comerciantes, el artículo

170.1 CESL dispone que una cláusula contractual relacionada con la fecha o el plazo de pago, el tipo de interés de demora o la compensación por los costes de cobro no será vinculante en la medida en que sea abusiva. Una cláusula es abusiva si se desvía manifiestamente de las buenas prácticas comerciales, en contra 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.

Enunciada la regla general, los apartados 2 y 3 del artículo 170 CESL se refieren a las cláusulas abusivas adoptando la distinción prevista por la Directiva 2011/7/UE entre cláusulas abusivas y cláusulas presuntamente abusivas<sup>82</sup>. Para las primeras, el artículo 170.3 CESL utiliza, siguiendo a la citada Directiva, una presunción *iuris et de iure*, estableciendo que es siempre abusiva una cláusula que excluya el interés de demora o la compensación por los costes de cobro; para las segundas, el artículo 170.2 CESL presume *iuris tantum* 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 especificado 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 CESL. En estos últimos casos, corresponderá al deudor probar que en el contrato en cuestión concurrían circunstancias que hacían justificable una desviación de las normas sobre intereses previstas por los artículos 168 y 169 CESL, y que, por tanto, no pueden considerarse abusivas las cláusulas —negociadas o no—, que dispusieran previsiones sobre plazos o tipos de interés menos favorables para el acreedor, en tanto estas no han de entenderse *per se* contrarias a las buenas prácticas comerciales o a la buena fe contractual.

Sin duda, la intención de la nueva previsión que diferencia entre cláusulas consideradas siempre abusivas y cláusulas presumiblemente abusivas no es otra que la mayor protección de los acreedores, de ahí que el test de abusividad se haya ido reforzando en beneficio de estos. De este modo, la Directiva 2000/35/CE solo se refería a que las cláusulas relativas a la fecha de pago o a las consecuencias de la demora podrían considerarse abusivas si, atendidas todas las circunstancias del caso, entre ellas los usos habituales del comercio y la naturaleza del producto, resultan manifiestamente abusivas para el acreedor (art. 3.3). Esta prescripción fue recogida por el artículo III. – 3:711 DCFR, que enuncia que las cláusulas que modifiquen los plazos, tipos de interés o fecha de pago establecidos por el precepto anterior, no serán vinculantes en la medida en que resulten abusivas; a estos efectos, el apartado tercero del artículo III. – 3:711 DCFR considera abusivas las cláusulas que se desvén de las buenas prácticas comerciales o sean contrarias a la buena fe contractual. Posteriormente, la Directiva 2011/7/UE, aunque distingue entre cláusulas abusivas *per se* y cláusulas presumiblemente abusivas, entre las primeras solo considera las que excluyan el interés de demora, pero no las que excluyan la compensación por los costes

de cobro, de las que simplemente se presume su abusividad. Esta distinción fue transpuesta en estos términos al ordenamiento jurídico español, por virtud de la reforma introducida en el artículo 9 de la Ley 3/2004, por medio de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, si bien declarando igualmente abusivas en todo caso las cláusulas de exclusión de la compensación por los costes de cobro, tal como prevé, según hemos visto, el artículo 170 CESL.

Por último, debe indicarse que, dado que el artículo 170 CESL tan solo se aplica a las cláusulas relativas al plazo de pago, tipo de interés moratorio y compensación por los costes de cobro, en el ámbito de los contratos entre comerciantes, sus previsiones reemplazan a las normas generales sobre cláusulas abusivas en los contratos entre comerciantes del artículo 86 CESL. Por otro lado, el artículo 170 CESL resulta de aplicación tanto a las cláusulas negociadas como a las no negociadas, si bien los comentaristas del CESL, y también los del DCFR, puntualizan que las cláusulas negociadas deben haber sido propuestas por el deudor para poder ser consideradas abusivas; se entiende que difícilmente cabe tal posibilidad si fue el acreedor el proponente de las cláusulas modificativas de las normas establecidas<sup>83</sup>.

La sección tercera del capítulo 16 del CESL culmina, como hemos adelantado, con el artículo 171, que enuncia la naturaleza imperativa de las normas recogidas en dicha sección, prohibiéndose a las partes excluir la aplicación de la misma, introducir excepciones o modificar sus efectos. El contenido del precepto carece de sentido alguno, ya que contradice lo preceptuado con anterioridad en las demás normas de la propia sección. Ciertamente, las desviaciones de lo establecido por las normas anteriores son posibles —como pactos modificativos de los tipos de interés o del plazo de devengo, o reducción de la compensación por los costes de cobro—, aunque siempre queden sometidas al test de abusividad. Los comentarios oficiales del CESL recomiendan por este motivo la eliminación de este último artículo.

Debe mencionarse aquí, finalmente, el error que se observa en la traducción del texto al castellano, en tanto el artículo 171 CESL *in fine* alude al «detrimento del consumidor», expresión que no aparece en la versión inglesa del CESL. Evidentemente, se ha debido tratar de un lapsus del traductor, en la medida en que las normas de esta sección se aplican a las operaciones comerciales, entre las que no pueden tener cabida las relaciones con consumidores.

## CONCLUSIONES

I. Los artículos 159 a 165 del CESL se ocupan de regular la indemnización de daños y perjuicios como uno de los remedios de que dispone el acreedor frente al incumplimiento por el deudor de la obligación que le corresponde,

sin que se exija, en principio, concurrencia de culpa del deudor para atribuirle responsabilidad. No obstante, si no se dieran circunstancias imprevisibles o inevitables debe presumirse que este actuó negligentemente, lo que nos lleva a la presunción de culpa del deudor que acoge el Código Civil español, que le hace responsable salvo que se pruebe que medió caso fortuito o fuerza mayor.

II. El CESL contempla también la necesaria producción del daño para que nazca el derecho del acreedor a reclamar la correspondiente indemnización, sin que sea suficiente el mero incumplimiento, ya se trate de daño patrimonial o moral. Sin embargo, el CESL recorta los daños no económicos reparables en concepto de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual, delimitando las contingencias que han de contemplarse a tales efectos, al excluir la reparación del deterioro de la calidad de vida y la pérdida del disfrute (art. 2 CESL). Esta previsión del CESL contrasta con la conceptualización más amplia del DCFR y con la práctica común de interpretación abierta del daño moral indemnizable en los tribunales españoles.

III. Por lo que se refiere a la determinación de los daños y perjuicios, el CESL atiende al llamado *principle of full compensation*, con la finalidad de dejar al acreedor en la posición en la que se habría encontrado de haberse cumplido debidamente la obligación. Para alcanzar tal estado de indemnidad del acreedor, la indemnización habrá de cubrir el daño emergente y el lucro cesante (art. 160 CESL), entendiéndose en cualquier caso que la indemnización tiene carácter compensatorio, no punitivo.

IV. El deudor será responsable únicamente de las pérdidas que previó, o cabía esperar que previera, en el momento de celebrarse el contrato como resultado del incumplimiento, sin que el CESL distinga entre deudor negligente y doloso a efectos indemnizatorios (art. 161 CESL); no sigue así a los PECL ni al DCFR, que hacen responder al deudor doloso incluso de los daños imprevisibles derivados del incumplimiento. Tampoco concurre aquí el CESL con el Código Civil español, que distingue entre deudor negligente y doloso a la hora de determinar los daños resarcibles, haciendo responsable a este de todos los daños que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento, frente a los que necesariamente se deriven del mismo, de los que responde el deudor de buena fe (art. 1107 CC). La diferencia de trato es relativa, no obstante, si consideramos la aplicación jurisprudencial que se lleva a cabo del artículo 1107 CC en cuanto a la fijación del alcance indemnizatorio de deudor culposo y doloso, que se limita a evitar que el deudor doloso pueda beneficiarse de cualquier restricción legal o convencional de responsabilidad, así como de la moderación prevista en el artículo 1103 CC.

V. El CESL contempla también las situaciones en las que el comportamiento del acreedor contribuye a la causación de los daños, bien coadyuvando al incumplimiento o bien no cumpliendo con el deber de mitigar los daños que este haya producido. La contemplación de las pérdidas imputables al acreedor

y el deber de mitigación de los daños han sido constantes en otros textos internacionales anteriores, como los PECL, el DCFR o la CISG, produciendo como consecuencia la reducción del montante de la indemnización en proporción a la contribución del acreedor en la verificación del incumplimiento o el mayor costo de los daños, lo que deja un amplio margen a la valoración judicial del *quantum indemnizatorio*. Otros criterios utilizados por el CESL para determinar el montante de la indemnización son la celebración por el acreedor de un negocio de sustitución con posterioridad al incumplimiento por el deudor del contrato primitivo, en un plazo y modo razonables, así como la posibilidad de que el acreedor cobre la diferencia entre el precio del contrato y el precio vigente en el momento de la resolución, si es lo que había, con la facultad de reclamar una indemnización por otras pérdidas que haya podido sufrir (art. 165 CESL). Estas previsiones son reproducciones de preceptos de otros textos internacionales, como los PECL, DCFR, CISG y principios UNIDROIT. Ninguna de ellas ha sido, en cambio, legalmente expresadas en el Derecho español, lo que no empece que se hayan ido aplicando en la práctica judicial llegado el momento de la determinación del montante de los daños y perjuicios de los que responde el deudor incumplidor.

VI. El CESL se ocupa de los intereses moratorios distinguiendo entre unas disposiciones generales y otros preceptos dirigidos a la regulación de la morosidad en las operaciones comerciales. No obstante, entre las normas generales dispone también un tratamiento específico para el supuesto de que el deudor sea un consumidor, en cuyo caso prevé: la necesidad de notificación al deudor de la obligación de pago para hacer surtir los intereses (frente al devengo automático de intereses anteriormente dispuesto como norma general), las cláusulas no vinculantes por considerarse presuntamente abusivas y la prohibición del anatocismo. Con la prohibición de capitalizar los intereses el CESL se desmarca del DCFR, que prevé dicha capitalización cada doce meses, y dispone asimismo una norma diferente a la prevista en el artículo 1109 del Código Civil español, que contempla tanto el anatocismo legal como el convencional. La naturaleza imperativa de la prohibición del CESL solo se refiere a los intereses frente a consumidores, pues sí es posible la capitalización convencional de los intereses moratorios en las operaciones comerciales.

VII. El capítulo que el CESL dedica a los intereses termina con una tercera sección referida a la morosidad de los comerciantes, que se circunscribe al tratamiento de los intereses de demora derivados del impago del precio en el ámbito de las operaciones comerciales, quedando sometidos a las disposiciones generales el resto de supuestos de retraso por reclamaciones distintas del precio. Ello hace que se contemplen tres regímenes sobre intereses distintos, si a los anteriores sumamos las previsiones concretas para el caso del deudor consumidor, lo que provoca que las normas del CESL en esta materia se caractericen por su falta de claridad y su difícil inteligencia.

VIII. Por lo que respecta al devengo y tipo de interés en las operaciones comerciales, el CESL reproduce el DCFR, y sigue en buena medida a la Directiva 2011/7/UE, estableciendo pautas distintas de las dispuestas para el deudor consumidor. Las reglas del CESL también se acercan bastante a las previstas por el Derecho español, si bien este resulta más rígido en relación al plazo máximo de pago, en cuanto el artículo 4.3 de la Ley 3/2004 impide el pacto de las partes para establecer plazos superiores a sesenta días, sin que se permita someter el acuerdo al test de abusividad que prevé el artículo 168 CESL. Asimismo contempla el CESL, al igual que la citada Directiva, el derecho del acreedor a ser compensado por los costes de cobro.

IX. Finalmente, el CESL se ocupa de las cláusulas contractuales abusivas relativas al pago de intereses de demora, adoptando la distinción también prevista en la Directiva 2011/7/UE entre cláusulas abusivas y presuntamente abusivas. En estos últimos casos corresponderá al deudor probar que en el contrato en cuestión concurrían circunstancias que hacían justificable una desviación de las normas sobre intereses previstas por los artículos 168 y 169 CESL; frente ello, el CESL considera abusivas en todo caso las cláusulas que excluyan el interés de demora o la compensación por los costes de cobro, del mismo modo en que lo prevé el artículo 9 de la Ley 3/2004 tras la reforma introducida por la Ley 11/2013.

X. A modo de conclusión final sobre el conjunto del articulado del CESL en materia de daños y perjuicios e intereses, puede decirse que la propuesta no plantearía problemas de incompatibilidad con el ordenamiento español si, llegado el caso, se pudiera optar por acogerse a sus preceptos. No obstante, la finalidad armonizadora del Derecho contractual que el texto pretende no parece hallarse cerca; el constante «baile» de artículos y contenidos de las normas que viene produciéndose entre los sucesivos textos internacionales que tienden a dicha armonización, no contribuye a pensar que el fin perseguido pueda alcanzarse a corto o medio plazo. Tampoco a ello ayuda, desde nuestro punto de vista, la falta de técnica legislativa de la que adolece en muchos casos el CESL, expresándose en ocasiones sus artículos de forma más que densa y enrevesada, componiendo una normativa de difícil interpretación y encaje, que se observa en mayor grado en el marco de los intereses moratorios.

## ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- S.T.S. de 9 mayo de 1984 (RJ 2403)
- S.A.P. de las Islas Baleares de 3 de febrero 2009 (JUR 192168)
- S.A.P. de las Islas Baleares de 12 de mayo de 2009 (AC 1073)
- S.T.S. de 21 de noviembre de 2011 (RJ 2012\1112)
- S.T.S. de 9 de abril de 2012 (RJ 8986)
- S.T.S. de 19 de diciembre de 2012 (RJ 2013\1622)

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M. (2011). *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*. Madrid: Edisofer.
- ÁLVAREZ OLALLA, P. (2001). «Comentario a los artículos 1108 y 1109 CC». En: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios al Código Civil*. Navarra: Aranzadi (págs. 1294-1300).
- BALLUGERA GÓMEZ, C. (2012). «El Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos», disponible en [www.notariosyregistradores.com](http://www.notariosyregistradores.com) (págs. 16-17).
- BONET CORREA, J. (1981). *Las deudas de dinero*. Madrid: Civitas.
- BURROWS, A. (1994). *Remedies for torts and breach of contract*, London-Dublin-Edinburgh: Butterworths.
- CARRASCO PERERA, A. (1989). «Comentario a los artículos 1101-1107 CC». En: M. ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XV, vol. 1º. Madrid: Edersa (págs. 591-748).
- CASTILLA BAREA, M. (2014). «La limitación imperativa de los plazos de pago en la Ley Antimorosidad tras la nueva reforma de 2013». En: A. CARRASCO PERERA (dir.), *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, T. II. Navarra: Aranzadi (págs. 951-962).
- CHEN-WISHART, M. y MAGNUS, U. (2013). «*Termination, price reduction and damages*». En: G. DANNEMANN/S. VOGENAUER (edit.), *The Common European Sales Law in context*. Oxford (págs. 647-686).
- CLEMENTE MEORO, M. (2009). *La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*. Barcelona: Bosch.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (1991). «Comentario al artículo 1106». En: *Comentario del Código Civil*, T. II. Madrid: Mº de Justicia (pág. 45-53).
- DÍEZ-PICAZO, L. (1993). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, II. Las relaciones obligatorias*. Madrid: Civitas.
- (1991) «Comentario al artículo 1108 CC». En: *Comentario del Código Civil*, T. II. Madrid: Ministerio de Justicia (págs. 62-64).
- FERNÁNDEZ COSTALES, J. (2013). «Producción de intereses moratorios a cargo del comprador». En: A. CARRASCO PERERA (dir.), *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, T. II, Aranzadi (págs. 1603-1610).
- GARCÍA AMIGO, M. (1991). «Comentario al artículo 1109 CC». En: *Comentario del Código Civil*, T. II. Madrid: Mº de Justicia (págs. 64-65).
- JORDANO FRAGA, F. (1987). *La responsabilidad contractual*. Madrid: Civitas.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (2007). *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, vol. 1º. Madrid: Dykinson.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (1995). *Deudas líquidas e ilíquidas y cobro de intereses*. Madrid: Tecnos.
- (2010). *Derecho de Obligaciones. Principios de Derecho Civil II*. Madrid: Marcial Pons.
- LLAMAS POMBO, E. (1999). *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*. Madrid: Trivium.
- MORALES MORENO, A.M. (2012). *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Pamplona: Civitas—Thomson Reuters.

- MOZINA, D. (2012). «Comentario al artículo 159 CESL». En: R. SCHULZE (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*, C.H. Beck-Hart-Nomos (págs. 635-678).
- PANTALEÓN PRIETO, F. (1991). «El sistema de responsabilidad contractual», *Anuario de Derecho Civil*, T. XLIV, fasc. III, 1019-1091.
- PERTÍNEZ VILCHES, F. (2011). «Comentario al artículo 82 LCU». En: S. CÁMARA LAPUENTE (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*. Madrid: Colex (págs. 815-817).
- PHILIPPE, D. (2012). Comentario a los artículos III. – 3:704 y III. – 3:705 DCFR. En: Vincent SAGAERT/Matthias E. STORME/Evelyne TERRYN (edit.), *The Draft Common Frame of Reference: national and comparative perspectives*. Cambridge: Intersentia (págs. 35-52).
- Principios de Derecho Contractual Europeo*, Partes I y II, (2003). Madrid: Colegios Notariales de España.
- RICHARDS, P. (2009). *Law of contract*. Edinburgh: Pearson Longman.
- RODRÍGUEZ PINEAU, E. (2014). «El ámbito de aplicación del Reglamento de Derecho Común Europeo de Ventas (CESL)». En: A. CARRASCO PERERA (dir.), *Tratado de la compraventa. Homenaje al prof Rodrigo Bercovitz*, T. I, Navarra: Aranzadi (págs. 261-271).
- RUIZ-RICO RUIZ, J. M. (1989). «Comentario al artículo 1108». En: M. ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XI, vol. 1º. Madrid: Edersa (págs. 752-778).
- SÁNCHEZ ARISTI, R. (2001). «Comentarios a los artículos 1101-1108 CC». En: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios al Código Civil*. Navarra: Aranzadi (págs. 1277-1294).
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2011). «La moderna regulación de la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual en el nuevo Derecho de la contratación: el triángulo de las bermudas». En: K. JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN (dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*. Barcelona: Atelier (págs. 462-478).
- SOLER PRESAS, A. (1998). *Valoración del daño en el contrato de compraventa*, Pamplona: Aranzadi.
- TREITEL (2010). *The law of contract, Thirteenth edition* by Edwin Peel, Sweet & Maxwell-Thomson London: Reuters.
- VON BAR, C./CLIVE, E. (ed.). (2009). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, Vol. I. Munich: Sellier.
- WENDEHORST, C. (2012). «Comentario al artículo 13». En: R. SCHULZE (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*, Commentary, C.H. Beck-Hart-Nomos (págs. 78-80).

## NOTAS

<sup>1</sup> COM (2011), 635 final. La Propuesta proviene del *Feasibility study for a future instrument in European Contract Law* de la Comisión, de 3 de mayo de 2011.

<sup>2</sup> Véase WENDEHORST, C. (2012). «Comentario al artículo 13 CESL». En: R. SCHULZE (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*, *Commentary*, C.H. BECK-HART-NOMOS (págs. 78 y

sigs.); y RODRÍGUEZ PINEAU, E. (2014). «El ámbito de aplicación del Reglamento de Derecho Común Europeo de Ventas (CESL)». En: A. CARRASCO PERERA (dir.), *Tratado de la compraventa. Homenaje al prof. Rodrigo Bercovitz*, T. I. Navarra: Aranzadi (págs. 261 y sigs.).

<sup>3</sup> Entiende MOZINA, D. que no cabe hablar aquí de otras teorías sobre la causalidad, limitando el ámbito de la responsabilidad por daños a acontecimiento probables o no demasiado remotos, pues ello provocaría una doble limitación; el ámbito de la responsabilidad se encuentra limitado únicamente por el principio de la previsibilidad. Concluye el citado autor que «it is sufficient that the non-performance was a condition for the occurrence of loss: the loss that would have not occurred without the non-performance is recoverable (the condition sine qua non, «but for» rule)». (2012). «Comentario al artículo 159 CESL». En: R. SCHULZE (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*, C.H. BECK-HART-NOMOS (pág. 636). El caso más conocido —explica BURROWS, A.— de la aplicación directa del «but for test» es *Barnett v. Chelsea and Kensington Hospital Management Committee*. (1994). *Remedies for torts and breach of contract*, London-Dublin-Edinburgh: Butterworths (pág. 27).

<sup>4</sup> Sostiene MOZINA, D. que la responsabilidad del deudor viene provocada únicamente por su falta de cumplimiento, y no depende de culpa por su parte. (2012). «Comentario al artículo 159 CESL». En: R. SCHULZE (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*, C.H. BECK-HART-NOMOS (pág. 635). También se insiste en esta cuestión en el comentario al artículo 7.4.1 de los Principios UNIDROIT, afirmándose que el derecho a indemnización surge por el simple hecho del incumplimiento, sin que resulte necesario probar que este se debe a la culpa de la parte incumplidora.

<sup>5</sup> VON BAR, C./CLIVE, E. (ed.). (2009). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, Vol. I. Munich: Sellier (pág. 916). En idéntico sentido ya se manifestaban los comentarios a los *Principios de Derecho Contractual Europeo*, Partes I y II. (2003). Madrid: Colegios Notariales de España (pág. 639).

<sup>6</sup> *Principios de Derecho Contractual Europeo*, Partes I y II, (2003). Madrid: Colegios Notariales de España (pág. 639). Sin embargo, puntualiza MOZINA, D., «since the buyer in a sales contract between traders may only rely on a lack of conformity if he notifies the seller of non-performance (art. 122), the requirement of notification also applies to a claim for damages in these contracts. The liability of the seller is excluded if, at the time of the conclusion of contract, the buyer knew or could not have been unaware of the lack of conformity (art. 104); although the provision explicitly only refers to B2B contracts, it should be applied in B2C contracts as well, as provided for by Dir No 99/44». (2012). Comentario al artículo 159 CESL. En: R. SCHULZE (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*, C.H. BECK-HART-NOMOS (pág. 637).

<sup>7</sup> Este concepto de incumplimiento, que recogen los PECL y la Convención de Viena —explica MORALES MORENO, A. M.— se caracteriza por tres rasgos básicos: su amplitud, por contemplar la falta de satisfacción del interés del acreedor y por tratarse de un concepto neutro. Es amplio, en cuanto consiste en la falta de ejecución o realización de las exigencias del contrato, en cualquiera de sus manifestaciones, unificando el sistema de responsabilidad contractual. En segundo lugar, no solo se refiere a la inejecución de deberes de conducta previstos en el contrato (obligaciones), sino también a la existencia o inexistencia de ciertos hechos, circunstancias o estados de la realidad presupuestos en el contrato garantizados por un contratante en interés del otro. En tercer lugar, es un concepto neutro desde el punto de vista de la imputación subjetiva al deudor; 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. Esto sucede tanto en las obligaciones de resultados como en las de medios, pues la omisión de la conducta debida no es otra cosa que el propio incumplimiento. (2012). *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Pamplona: Civitas-Thomson Reuters (págs. 29-30).

<sup>8</sup> En este sentido, MOZINA, D. (2012). «Comentario al artículo 159 CESL». En: R. SCHULZE (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*, C.H. BECK-HART-NOMOS (págs. 637-638). Al hilo de esta previsión, los comentaristas del DCFR puntualizan que no resultaría de aplicación en ningún caso los artículos III. – 3:702 DCFR (criterios generales para el cálculo de la

indemnización) y III. – 3:703 DCFR (previsibilidad de las pérdidas). VON BAR, C./CLIVE, E. (ed.). (2009). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Full Edition, Vol. I. Munich: Sellier (pág. 263). En los Principios UNIDROIT se prevé (comentario al art. 7.4.1), sin embargo, la aplicación analógica de las normas que regulan el resarcimiento a los casos de responsabilidad precontractual por ejemplo con relación al resarcimiento por negociar con mala fe (art. 2.1.15), para el supuesto de violación del deber de secreto (art. 2.1.16), o para el caso de error, dolo, intimidación o excesiva desproporción de las prestaciones (art. 3.18).

<sup>9</sup> En tal sentido, SÁNCHEZ ARISTI, R. (2001). «Comentario al artículo 1101 CC». En: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios al Código Civil*. Navarra: Aranzadi (pág. 1277).

<sup>10</sup> Véase ALBALADEJO, M. (2011). *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*. Madrid: Edisofer (pág. 178); y SÁNCHEZ ARISTI, R. (2001). «Comentario al artículo 1103 CC». En: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios al Código Civil*. Navarra: Aranzadi (pp. 1281-1283).

<sup>11</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L. (2007). *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, vol. 1º. Madrid: Dykinson (pág. 172).

<sup>12</sup> En tal sentido, CARRASCO PERERA, A. (1989). «Comentario al artículo 1101 CC». En: M. ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XV, vol. 1º. Madrid: Edersa (págs. 591 y 596).

<sup>13</sup> SÁNCHEZ ARISTI, R. (2001). «Comentario al artículo 1105 CC». En: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios al Código Civil*. Navarra: Aranzadi (pág. 1286).

<sup>14</sup> SÁNCHEZ ARISTI, R. (2001). «Comentario al artículo 1101 CC». En: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios al Código Civil*. Navarra: Aranzadi (pág. 1277).

<sup>15</sup> LLAMAS POMBO, E. (1999). *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*. Madrid: Trivium (pág. 286). Véase, JORDANO FRAGA, F. (1987). *La responsabilidad contractual*. Madrid: Civitas (pág. 238).

<sup>16</sup> «The CESL —señala MOZINA, D.— does not provide for so-called nominal damages (the symbolic award of damages if no loss has occurred)». (2012). Comentario al artículo 159 CESL. En: R. Schulze (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*. C.H. Beck-Hart-Nomos (pág. 636). En el mismo sentido, CHEN-WISHART, M. y MAGNUS, U. (2013). «Termination, price reduction and damages». En: G. DANNEMANN/S. VOGENAUER (edit.), *The Common European Sales Law in context*. Oxford (pág. 673): «English Law can award nominal damages for breach even if no loss is provable».

<sup>17</sup> Como explica TREITEL, «An action for damages can succeed even though the victim has not suffered any loss: in that event it will result in an award of nominal damages. The effect of such a an award may simply be to establish what the rights and liabilities of the parties under a contract are, though for this purpose the action for a declaration now provides a more convenient remedy. Generally the victim will claim damages for a substantial loss; and our concern is with the law governing the award of such damages». (2010). *The law of contract, Thirteenth edition* by Edwin Peel, Sweet & Maxwell-Thomson London: Reuters (pág. 988).

<sup>18</sup> VON BAR, C./CLIVE, E. (ed.) (2009). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Full Edition, Vol. I. Munich: Sellier (pág. 916). En Derecho español, para DE ÁNGEL YÁGUEZ, R., la jurisprudencia parte del discutible principio de que el solo incumplimiento no genera el deber de indemnizar, porque es preciso probar los daños, o lo que es lo mismo, se exige la prueba de los daños porque el incumplimiento, de por sí, no implica la producción del daño. (1991). Comentario al artículo 1106. En: *Comentario del Código Civil*, T. II. Madrid: M.º de Justicia (pág. 47).

<sup>19</sup> En este sentido, MOZINA, D. (2012). Comentario al artículo 159 CESL. En: R. SCHULZE (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*. C.H. Beck-Hart-Nomos (pág. 638).

<sup>20</sup> MOZINA, D. (2012). Comentario al artículo 159 CESL. En: R. Schulze (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*. C.H. Beck-Hart-Nomos (pág. 638).

<sup>21</sup> También en los Principios UNIDROIT, el artículo 7.4.2 incluye expresamente dentro de los daños no pecuniarios indemnizables el sufrimiento físico y la angustia emocional. En opinión

de SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., el DCFR clarifica con gran precisión el concepto del carácter no económico de los daños, o lo que es lo mismo, los daños causados por la infracción de los deberes de protección que incumben al deudor o daño moral que sufre el acreedor por el incumplimiento. Gastos o daños que no entran dentro del concepto de *lucrum cessans* y sobre los que la autora entiende que hay que explicitar y seguir profundizando para otorgar la mayor transparencia a la reclamación indemnizatoria. (2011). La moderna regulación de la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual en el nuevo Derecho de la contratación: el triángulo de las bermudas». En: K. JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN (dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*. Barcelona: Atelier (pág. 466).

<sup>22</sup> Como señalan CHEN-WISHART, M./MAGNUS, U., «the CESL represents a reduction in consumer protection (undermining the European Comission's claim that it provides a high level of consumer protection) when consumers buy the sort of goods or services that are likely to cause distress or discomfort should they fail (eg wedding dresses or the services of photographers, boilers, pipes)». (2013). «Termination, price reduction and damages». En: G. DANNEMANN/S. VOGENAUER (edit.), *The Common European Sales Law in context*. Oxford (pág. 675).

<sup>23</sup> Se extrae de la jurisprudencia inglesa —concluye RICHARDS, P.— que los daños no patrimoniales son concedidos cuando el objeto del contrato era el placer —como sucede en el caso del disfrute de las vacaciones— o cuando impedimentos o inconvenientes físicos se derivan del incumplimiento del contrato. (2009). *Law of contract*. Edinburgh: Pearson Longman (pág. 427).

<sup>24</sup> Imagínese —ejemplifica MOZINA, D.—, el incumplimiento de la entrega de un traje de novia. (2010). «Comentario al artículo 160 CESL». En: R. SCHULZE (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*, C.H. BECK-HART-NOMOS (pág. 641).

<sup>25</sup> Véase VON BAR, C./CLIVE, E. (ed.) (2009). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, Vol. I. Munich: Sellier (págs. 920 y sigs.).

<sup>26</sup> MOZINA, D. sostiene que así como el «dolor» (*pain*) está relacionado con el dolor físico, por ejemplo en caso de lesiones o enfermedades, incluyéndose probablemente los inconvenientes derivados del tratamiento médico, el significado de «sufrimiento» (*suffering*) no resulta tan claro. El ejemplifica esta cuestión con el siguiente caso: si un comprador pierde un miembro por la explosión de un producto defectuoso parece que el sufrimiento incluye algunas consecuencias físicas debidas a la propia desfiguración, pero extrañamente, no una reducción en las actividades de la persona lesionada debido a la misma desfiguración, dado que la «*impairment of quality of life*» está excluida de los daños resarcibles. (2012). «Comentario al artículo 160 CESL». En: R. SCHULZE (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*, C.H. BECK-HART-NOMOS (pág. 639).

<sup>27</sup> Aunque la admisión de la indemnización de los daños morales tuvo lugar en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, hacia finales de los años 80 y comienzo de los 90 la jurisprudencia comenzó a evolucionar hacia el reconocimiento de los mismos en el caso de la responsabilidad contractual. Es paradigmática en el inicio del reconocimiento de daños morales en el marco de la responsabilidad contractual la STS. de 9 mayo de 1984 (RJ 2403). Véanse a modo de resumen las SSAP de las Islas Baleares de 3 de febrero 2009 (JUR 192168) y de 12 de mayo de 2009 (AC 1073).

<sup>28</sup> MOZINA, D. (2012). «Comentario al artículo 160 CESL». En: R. SCHULZE (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*, C.H. BECK-HART-NOMOS (págs. 638-639).

<sup>29</sup> Comentarios a los *Principios de Derecho Contractual Europeo*, Partes I y II, (2003). Madrid: Colegios Notariales de España (pág. 646).

<sup>30</sup> LLAMAS POMBO, E. (1999). *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor* Madrid: Trivium (págs. 279-281).

<sup>31</sup> Explica CLEMENTE MEORO, M. que para determinar qué interés contractual se pretende tutelar con la indemnización, caben cuatro soluciones: 1º) interés contractual negativo o interés de confianza, esto es, el interés del contratante no incumplidor en ser colocado en la

misma situación en la que se encontraría si el contrato no se hubiese celebrado; 2º) interés contractual positivo o interés en el cumplimiento del contrato, por el que se pretende colocar al contratante perjudicado en la misma situación en que se encontraría si el contrato hubiese sido cumplido; 3º) la indemnización tutela tanto el interés negativo como el positivo, pues ambos le son reconocidos al contratante que resuelve la relación obligatoria; y 4º) el contratante no incumplidor puede optar entre exigir el interés contractual positivo o negativo. En opinión del citado autor, y siendo oscilante la doctrina jurisprudencial y diversas las posturas doctrinales, el artículo 1124 CC tutela el interés contractual positivo, no el negativo, con base en diversos argumentos. Véanse en CLEMENTE MEORO, M. (2009). *La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*. Barcelona: Bosch (pág. 52). Expone SOLER PRESAS, A. que en casos de incumplimiento contractual se admite generalmente la tesis del interés contractual positivo, primacía que se explica por la repercusión incentivadora de la celebración de compromisos que, como garante del beneficio esperado del contrato, tiene la concesión de una indemnización así valorada, así como por la extrema dificultad que la recomposición de una situación económica previa al contrato supone, una vez que se admite la improcedencia de considerar, como partida resarcitoria, el valor de las oportunidades de negocio presuntamente despreciadas por el acreedor en aras de la celebración del contrato. (1998). *Valoración del daño en el contrato de compraventa*, Pamplona: Aranzadi (pág. 82).

<sup>32</sup> En este sentido, DÍEZ-PICAZO, L. (1993). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, II. Las relaciones obligatorias*. Madrid: Civitas (pág. 683). Como sostiene CLEMENTE MEORO, M., «la regla general en nuestro sistema es la de que el momento de referencia para determinar el daño producido y para valorarlo es el de la liquidación, pues de otra manera no cumplirá la indemnización su función compensatoria, y no parece que haya razón para derogar, en el caso de la resolución, el criterio generalmente aplicable a la determinación y valoración del daño contractual». (2009). *La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*. Barcelona: Bosch (pág. 75). En el Derecho inglés, RICHARDS, P. explica que los daños son normalmente evaluados en el momento del incumplimiento del contrato, lo que se deriva de los artículos 50 (3) y 51 (3) de la *Sales of Goods Act 1979*, aunque este principio es solo una presunción. No se trata de una regla absoluta, dado que si de su aplicación se deriva un resultado injusto, el tribunal tiene la facultad de fijar otra fecha para la determinación de los daños. «On this basis it would seem that the courts fully intend to give themselves substantial discretion as to the time when the assessment of damages should be made». (2009). *Law of contract*. Edinburgh: Pearson Longman (págs. 403-404).

<sup>33</sup> DÍEZ-PICAZO, L. (1993). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, II. Las relaciones obligatorias*. Madrid: Civitas (pág. 691). SÁNCHEZ ARISTI, R. (2001). «Comentario al artículo 1101 CC». En: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios al Código Civil*. Navarra: Aranzadi (pág. 1279).

<sup>34</sup> SOLER PRESAS, A., (1998). *Valoración del daño en el contrato de compraventa*, Pamplona: Aranzadi (pág. 30). En ello insiste LLAMAS POMBO, E., sosteniendo que la función de la responsabilidad contractual es pura y exclusivamente indemnizatoria o resarcitoria, lo que excluye la función preventivo-punitiva de la misma. Tampoco tiene función de reintegración por equivalente del derecho de crédito lesionado, ni una función sustitutiva o subrogatoria de la prestación incumplida; y ello porque la esencia de la obligación indemnizatoria no está en el incumplimiento, sino en el daño. «Por eso —dice el citado autor—, para definir tal obligación, importa poco que tal incumplimiento fuera de carácter transitorio o definitivo, que hubiera o no cumplimiento tardío, que fuese defectuoso o imposible. Lo importante es que haya un daño acreditado, que el mismo sea objetivamente imputable a la mora o contravención de la obligación y subjetivamente imputable —por el criterio de atribución que mejor nos parezca— al deudor». (1999). *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*. Madrid: Trivium (págs. 271-273).

<sup>35</sup> *Principios de Derecho Contractual Europeo*, Partes I y II, (2003). Madrid: Colegios Notariales de España (pág. 647). El hecho de que no exista un concepto claro de lo que debe entenderse por «daños», ha hecho surgir distintas teorías al respecto, como explica TREITEL, distinguiéndose

entre *direct loss* y *consequential loss*, o entre *expectation interest* y *performance interest*. Pero, en cualquier caso, sostiene este autor, a los efectos que nos ocupan *loss* incluye cualquier daño a la persona o propiedad del demandante, y cualquier otra lesión a su situación patrimonial en el más amplio sentido reconocido actualmente por los tribunales, (2010). *The law of contract, Thirteenth edition* by Edwin Peel, Sweet & Maxwell-Thomson. London: Reuters (págs. 989-990).

<sup>36</sup> Para MOZINA, D., dado que el CESL no contempla el supuesto de la pérdida de oportunidad (*loss of a chance*), como sí hace el artículo 7.4.3 (2) UNIDROIT, la norma de los daños futuros puede ser utilizada para las futuras pérdidas de oportunidad también. No obstante, fuera del ámbito de los contratos entre profesionales, la pérdida de beneficios será mucho más difícil de probar, pues los consumidores no celebran contratos para obtener ganancias sino por fines personales. (2012). «Comentario al artículo 160 CESL». En: R. SCHULZE (ed.), *Common European Sales Law* (CESL), C.H. BECK-HART-NOMOS (pág. 643).

<sup>37</sup> El artículo 7.4.4 de los Principios UNIDROIT establece la limitación del daño resarcible a aquel que pudo ser previsto, sin que contemple la excepción de la responsabilidad por dolo, debiéndose interpretar el concepto de previsibilidad, específica el comentario al citado precepto, de forma restringida. La previsibilidad del daño se refiere a la naturaleza del daño y no a su amplitud, a menos que este sea tal que transforme un perjuicio por otro de naturaleza diferente. En todo caso, concluye el comentario, la noción de previsibilidad es lo suficientemente flexible como para dejar al juez un amplio margen de discreción.

<sup>38</sup> MORALES MORENO, A.M. advierte, sin embargo, que el incumplimiento doloso del art. 1107.2 CC no es cualquier incumplimiento voluntario, sino que se trata de «un acto de incumplimiento del contrato, causante de daños a bienes o intereses del acreedor que se sitúan más allá del interés protegido por el contrato (art. 1107.1 CC: fin del protección del contrato), y que por la intención del sujeto, que directamente pretende causar un daño al otro contratante, o por la propia antijuridicidad del acto (acto contrario a una norma o a las exigencias de la buena fe) justifica una imputación de la responsabilidad al deudor fundada en la ilicitud de su conducta y no exclusivamente en el hecho del incumplimiento» (2012). *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Pamplona: Civitas-Thomson Reuters (pág. 175).

<sup>39</sup> *Principios de Derecho Contractual Europeo*, Partes I y II, (2003). Madrid: Colegios Notariales de España (págs. 651-652).

<sup>40</sup> *Principios de Derecho Contractual Europeo*, Partes I y II, (2003). Madrid: Colegios Notariales de España (pág. 652). VON BAR, C./CLIVE, E. (ed.) (2009). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Full Edition, Vol. I. Munich: Sellier (pág. 933). A este respecto explica RICHARDS, P. que «There is no concept in English law of assessing the mental state of the defendant so that compensation is payable for a deliberate breach of contract. Traditionally therefore the innocent party can recover only the actual losses and if a defendant made a profit from the breach the claimant would not be able to recover such profits». (2009). *Law of contract*. Edinburgh: Pearson Longman (pág. 390). Como sostiene CARRASCO PERERA, A., la doctrina del daño previsible divulgada por Pothier encuentra en el área del *common law* su consagración más pura. Para Domat y Pothier, el deudor doloso no responde de las consecuencias de su incumplimiento que puedan considerarse remotas, de donde el *common law* extrae el concepto de *remoteness*. (1989). Comentario a los artículos 1101 a 1107 CC. En: M. ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XV, vol. 1º, Madrid: Edersa (págs. 718 y 748). El *remoteness test* -explican CHEN-WISHART, M./MAGNUS, U. (2013). «Termination, price reduction and damages». En: G. DANNEMANN/S. VOGENAUER (edit.), *The Common European Sales Law in context*. Oxford (pág. 680), se establece en Hadley v. Baxendale, restringiéndose el daño resarcible al tipo de daño que el deudor debería razonablemente haber contemplado como una seria posibilidad al tiempo de contratar.

<sup>41</sup> Como pone de manifiesto TREITEL, «as a general rule punitive damages cannot be awarded in a purely contractual action, since the object of such an action is not to punish the defendant but to compensate the claimant. Punitive damages are not available even though the breach was committed deliberately and with a view to profit». (2010). *The law of con-*

tract. Thirteenth edition by Edwin Peel, Sweet & Maxwell-Thomson. London: Reuters (pág. 1000). MORALES MORENO, A.M., sin embargo, es mucho más preciso en cuanto a la *ratio* del art. 1107 CC, entendiendo que la función del apartado segundo de este precepto no es una función sancionadora o punitiva, sino indemnizatoria. Complementa la regla del art. 1107.1 CC, insuficiente cuando el acto de incumplimiento tiene una doble dimensión jurídica: la del incumplimiento del contrato y la del dolo que reviste, que no significa en este precepto simplemente incumplimiento involuntario. (2012). *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Pamplona: Civitas-Thomson Reuters (págs. 173-174).

<sup>42</sup> MOZINA, D. (2012). «Comentario al artículo 161 CESL». En: R. SCHULZE (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*, C.H. BECK-HART-NOMOS (págs. 646-647). Puntualiza este autor que otra divergencia entre el texto del artículo 161 CESL y los artículos III. – 3:703 DCFR y 9:503 PECL es la eliminación en aquel de la expresión *likely result*, lo que podría verse como una más estricta limitación de la responsabilidad del deudor. Sin embargo, en su opinión, «even if art. 161 does not expressly refer to the reasonable expectations of the debtor, the basic question must nevertheless be whether a reasonable person with the knowledge of the circumstances would have, at the time the contract was concluded, foreseen a loss of the same nature as the loss that in fact occurred. This can, of course, be altered by what the particular debtor foresaw. It is therefore suggested that terminological changes in art. 161 do not change the concept of foreseeability and modify its balance with the basic principle of full compensation».

<sup>43</sup> Resulta de gran dificultad concretar a qué daños se extendería la indemnización del deudor doloso. Para LACRUZ, J. L. literalmente se pone a su cargo toda la cadena de consecuencias dañinas de su incumplimiento, sin otro límite que el de la causalidad en sentido propio (*conditio sine qua non*); ahora bien, no hay razón alguna para imputar a este deudor daños más allá de los que impondrían los criterios aplicables a la responsabilidad extracontractual, (2007). *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, vol. 1º. Madrid: Dykinson (pág. 208).

<sup>44</sup> Sostiene LACRUZ, J. L. que por deudor de buena fe debe entenderse al deudor «no doloso», aunque no sería exacto identificar en este artículo «buena fe» con culpa; aquella «implica simplemente la negación del dolo, sin ulterior calificación, con lo que abarca no solo la culpa-negligencia sino también el caso fortuito del que responda excepcionalmente». (2007). *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, vol. 1º. Madrid: Dykinson (pág. 207).

<sup>45</sup> CARRASCO PERERA, A. (1989). Comentarios a los artículos 1101-1107 CC. En: M. ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XV, vol. 1º. Madrid: Edersa (págs. 749-751); Fernando PANTALEÓN PRIETO, F. (1991). «El sistema de responsabilidad contractual», *Anuario de Derecho Civil*, T. XLIV, fasc. III, 1036-1037.

<sup>46</sup> SÁNCHEZ ARISTI, R. (2001). «Comentario al artículo 1107 CC». En: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios al Código Civil*. Navarra: Aranzadi (págs. 1293-1294). Como puntualiza CARRASCO PERERA, A., la jurisprudencia española se ha limitado simplemente a desconocer —aceradamente— el artículo 1107.2 CC, operando en este extremo con un criterio de unificación similar al vigente en el *common law* o en la CISG, que desconocen la diferencia entre el deudor que incumple por culpa y el que lo hace por dolo. Esta razón está además justificada por el hecho de que la mayoría de los casos de incumplimiento son dolosos, es decir, voluntarios. (1989). «Comentarios a los artículos 1101-1107 CC». En: M. ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XV, vol. 1º. Madrid: Edersa (pág. 751).

<sup>47</sup> En este sentido, *Principios de Derecho Contractual Europeo*, Partes I y II, (2003). Madrid: Colegios Notariales de España (pág. 655).

<sup>48</sup> En opinión de SOLER PRESAS, A., el hecho de que sea en el Derecho anglo-americano donde se haya desarrollado conceptual y prácticamente este criterio de estimación, se explica por la sola contemplación del modelo de responsabilidad contractual imperante en los sistemas de Derecho común, donde el remedio de los *damages* es el prioritario y casi único del que

dispone el acreedor para defenderse ante la lesión de su derecho de crédito. (1998). *Valoración del daño en el contrato de compraventa*, Pamplona: Aranzadi (pág. 62).

<sup>49</sup> Señala PHILIPPE, D. que el principio de mitigación de los daños es reconocido en el Derecho inglés desde hace más de cien años. (2012). «Comentario a los artículos III. – 3:704 y III. – 3:705 DCFR». En: Vincent SAGAERT/Matthias E. STORME/Evelyne TERRYN (edit.), *The Draft Common Frame of Reference: national and comparative perspectives*. Cambridge: Intersentia (pág. 49). Puntualizan, no obstante, CHEN-WISHART, M./MAGNUS, U. que el criterio de la proporcionalidad del CESL y del DCFR contrasta con el criterio del Derecho inglés del todo o nada; «a creditor unreasonable conduct which is regarded as having broken the chain of causation would result in a total bar of damages, with clear potential for unfairness. The only exception is where a contractual duty of care co-exists with a tortious duty of care when the Law Reform (Contributory Negligence) Act 1945 may operate to reduce damages for the creditor's fault. The proposed CESL and the DCFR therefore conflict with the reasoning in English law that to allow contributory negligence to reduce damages would upset the strict liability agreed by the parties and transform cases into complex disputes about comparative blame, introducing intolerable uncertainty and hampering out-of-court settlements». En realidad, concluyen estos autores que la solución que proponen el CESL y el DCFR se corresponde en gran medida con lo recogido por el parágrafo 254 del Código Civil alemán, al igual que el deber de mitigar los daños. (2013). «Termination, price reduction and damages». En: G. DANNEMANN/S. VOGENAUER (edit.), *The Common European Sales Law in context*. Oxford (pp. 678-679).

<sup>50</sup> DÍEZ-PICAZO, L., (1993). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, II. Las relaciones obligatorias*, Madrid: Civitas (pág. 689).

<sup>51</sup> RICHARDS, P. (2009). *Law of contract*. Edimburg: Pearson-Longman (págs. 416-417). Puntualiza, incluso, PHILIPPE que si las partes adoptan medidas razonables para reducir el daño, pero finalmente tales medidas incrementan los costes, el acreedor tiene derecho a recuperar la pérdida total. (2012). «Comentario a los artículos III. – 3:704 y III. – 3:705 DCFR». En: Vincent SAGAERT/Matthias E. STORME/Evelyne TERRYN (edit.), *The Draft Common Frame of Reference: national and comparative perspectives*. Cambridge: Intersentia (pág. 49).

<sup>52</sup> Explica SOLER PRESAS, A., que el deber de mitigar los daños es una carga, que obliga al acreedor del resarcimiento a adoptar todas aquellas medidas que, atendiendo las circunstancias objetivas y subjetivas del caso, se estimen razonables para evitar la propagación de las consecuencias lesivas del incumplimiento o a paliar la gravedad del mismo; no se trata, pues, de una obligación jurídica en sentido estricto, cuyo cumplimiento pueda ser exigido por el causante del daño y cuyo incumplimiento lleve aparejado sanción alguna. (1998). *La valoración del daño en el contrato de compraventa*. Pamplona: Aranzadi (pág. 64). SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. resalta que resulta importante advertir que las regulaciones europeas, a diferencia de la establecida en la Convención de Viena, no imponen al acreedor la carga o el deber de mitigar el daño, sino que la dan por supuesta en la medida en que se establecen los efectos que se derivan de no haber llevado a cabo dicho deber: reducción del alcance de la indemnización de daños y perjuicios. (2011). «La moderna regulación de la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual en el nuevo Derecho de la contratación: el triángulo de las bermudas». En: K. Jochen ALBIEZ DOHRMANN (dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*. Barcelona: Atelier (pág. 472). En este sentido se entiende en la jurisprudencia inglesa, como explica RICHARDS, I.: «There is no duty on the plaintiff to mitigate. A plaintiff is only under a duty to take reasonable steps to mitigate the loss, and if the plaintiff chooses to take no steps it simply means that they will fail to be compensated for those losses which they could have avoided by the taking of reasonable steps». (2009). *Law of contract*. Edimburg: Pearson-Longman (pág. 417).

<sup>53</sup> Explica DÍEZ-PICAZO, L. que la doctrina mercantilista española consideró como una vía de cálculo abstracto del daño, en las compraventas mercantiles, el mayor costo que para el comprador supusiera la adquisición de las mercancías que hubieran de sustituir a las contratadas. Este criterio aparece actualmente recogido en el artículo 75 de la CISG, consistente en

computar el mayor costo que para el comprador supusiera la adquisición de las mercancías que hubieran de sustituir a las contratadas. En la doctrina y la jurisprudencia se ha hablado de un sistema de cálculo abstracto del daño en aquellos casos en que, dada la naturaleza del negocio y las condiciones económicas generales, puede considerarse que existe un daño mínimo, de manera que la regla general exonera al demandante de toda carga de un cálculo posterior. En nuestro Derecho es sin duda un sistema de cálculo abstracto el contenido en el artículo 1108 CC, que, para las obligaciones pecuniarias, hace equivaler la indemnización de daños y perjuicios a los intereses. (1993). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, II. Las relaciones obligatorias*. Madrid: civitas (pág. 684).

<sup>54</sup> SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2011). «La moderna regulación de la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual en el nuevo Derecho de la contratación: el triángulo de las bermudas». En: K. Jochen ALBIEZ DOHRMANN (dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*. Barcelona: Atelier (p. 473).

<sup>55</sup> Así, como sostiene MOZINA, D., «The termination of the contract is not a prerequisite for a substitute transaction *per se*: in certain circumstances a creditor may even be required to engage in a substitute transaction in order to reduce the loss (art. 163), eg in a continuous contractual relationship which the creditor does not intend to terminate. However, termination is a prerequisite for the calculation of damages on the basis of art. 164», (2012). «Comentario al artículo 164 CESL». En: R. SCHULZE (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*, C.H. BECK-HART-NOMOS *Common European Sales Law (CESL)* (pág. 652).

<sup>56</sup> En este sentido, MOZINA, D. (2012). «Comentario al artículo 164 CESL». En: R. SCHULZE (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*, C.H. BECK-HART-NOMOS *Common European Sales Law (CESL)* (pág. 652).

<sup>57</sup> El mercado a tener en cuenta coincidirá —sostiene SOLER PRESAS, A.— con el fijado en el contrato para la entrega por el vendedor; la consideración del precio corriente en otra plaza solo debe admitirse cuando en el lugar de entrega no haya un mercado adecuado donde el comprador pueda cubrirse. Cuál pueda ser ese mercado «razonablemente sustituto» vendrá determinado por el esfuerzo que, en la búsqueda del bien de reemplazo, le sea exigible al acreedor; y, puesto que el acreedor no está obligado en la mitigación de las pérdidas a adoptar medidas extraordinarias que excedan de lo habitual en su negocio, la plaza razonablemente sustituta será aquella que pertenezca al ámbito espacial donde desarrolle su actividad, plaza que puede coincidir con la más próxima al lugar de entrega, pero que no necesariamente tendrá que ser así. (1998). *La valoración del daño en el contrato de compraventa*. Pamplona: Aranzadi (pág. 96).

<sup>58</sup> Advierten CHEN-WISHART, M./MAGNUS, U. que estas previsiones deben ser combinadas con las normas sobre restitución, para evitar un enriquecimiento injusto: «In this respect, adopting the proposed CESL or the DCFR as an «optional instrument» would permit claims for the «cover» or «current» price, but this is combined with the articles on termination with its obligatory mutual restitution. To adopt the former without the latter, say on the «toolbox» approach, would further exacerbate the potential for over-compensation and unjust enrichment of the creditor already detected in English law». (2013). «Termination, price reduction and damages». En: G. DANNEMAN/S. VOGENAUER (edit.), *The Common European Sales Law in context*. Oxford (pág. 675).

<sup>59</sup> Explica MORALES MORENO, A. M. que el acreedor puede obtener de la correcta ejecución de un contrato diferentes tipos de lucro. Clasificándolos según la clase de interés del acreedor, podemos diferenciar tres grandes tipos de intereses en un contrato: a) el interés en el intercambio (ventaja obtenible de la relación de valor entre prestación y contraprestación); b) el interés en la obtención de la prestación para poder extraer de ella cierta utilidad; y c) el interés en el mantenimiento de la integridad de los demás bienes de los contratantes (particularmente del acreedor), en cuanto el mantenimiento de la integridad de esos bienes es fuente de lucros. (2012). *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Pamplona: Civitas-Thomson Reuters (págs. 38-39).

<sup>60</sup> DÍEZ-PICAZO, L. (1993). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, T. II*. Madrid: Civitas (págs. 685-686).

<sup>61</sup> Véase, a modo de ejemplo, la STS de 21 de noviembre de 2011 (RJ 2012\1112).

<sup>62</sup> DÍEZ-PICAZO, L. (1993). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. T II.* Madrid: Civitas (pág. 687); LACRUZ, J. L. (2007). *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 1º. Madrid: Dykinson (págs. 204-205). Véanse como referencia las SSTS de 9 de abril de 2012 (RJ 8986) y 19 de diciembre de 2012 (RJ 2013\1622).

<sup>63</sup> El Derecho inglés no imponía, en general, obligación legal o de *Common Law* de pagar intereses en caso de impago, aunque era una norma muy criticada. (2003). *Principios de Derecho Contractual Europeo*, Partes I y II. Madrid: Colegios Notariales de España (pág. 668). Hasta épocas recientes, explican CHEN-WISHART, M./MAGNUS, U., el Derecho inglés no imponía una obligación de *common law* de pagar intereses; las normas sobre intereses se desarrollaban de manera fragmentaria e insatisfactoria. Actualmente, los tribunales conceden de forma discreta intereses si el procedimiento ha sido iniciado en la *High Court* o *County Court*. Los intereses en operaciones comerciales pueden ser concedidos por virtud de la *Late Payment of Commercial Debts Act 1998*. No obstante, aunque el Derecho inglés se haya aproximado a la línea del CESL y del DCFR, no alcanza el nivel de reconocimiento de los intereses que en estos se recoge. (2013). «Termination, price reduction and damages». En: G. DANNEMAN/S. VOGENAUER (edit.), *The Common European Sales Law in context*. Oxford (pág. 682).

<sup>64</sup> Véase, ÁLVAREZ OLALLA, P. (2001). «Comentario al artículo 1108 CC». En: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios al Código Civil*. Navarra: Aranzadi (pág. 1297); y BONET CORREA, J. (1981). *Las deudas de dinero*. Madrid: Civitas. En contra, RUIZ-RICO RUIZ, J. M. (1989). «Comentario al artículo 1108». En: M. ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XI, vol. 1º. Madrid: Edersa (págs. 752 y sigs.).

<sup>65</sup> Para DÍEZ-PICAZO, L., aun cuando la cuestión resulta discutida y ciertamente compleja, puede sostenerse que nuestro Código Civil objetiviza la responsabilidad contractual en materia de obligaciones pecuniarias, por lo que el sistema del artículo 1108 debe funcionar en todos aquellos casos en que el sistema general de responsabilidad contractual ha de fundarse en la culpa. «Fuera queda únicamente el caso de los daños ocasionados por dolo o mala fe del deudor, que son aquellos en que se tiene que admitir la prueba del acreedor respecto del mayor daño». (1991). «Comentario al artículo 1108 CC». En: *Comentario del Código Civil*, T. II. Madrid: Ministerio de Justicia (pág. 64).

<sup>66</sup> Explican los comentaristas del DCFR que «... the creditor is entitled to it without regard to any question whether the creditor has taken reasonable steps to mitigate the loss». (2009). VON BAR, C./CLIVE, E. (ed.). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Full Edition, Vol. I. Munich: Sellier (pág. 945). El mismo razonamiento se observa respecto del artículo 9:508 PECL, en tanto se entiende que el interés no es una especie de indemnización por daños y perjuicios ordinaria, de ahí que no resulten de aplicación las normas generales sobre la indemnización por daños y perjuicios. El interés se debe tanto si el impago se encuentra justificado o no conforme al artículo 8:108 PECL; además, la parte perjudicada tendrá derecho a ello con independencia de que haya adoptado o no medidas razonables para mitigar sus pérdidas. (2003). *Principios de Derecho Contractual Europeo*, Partes I y II. Madrid: Colegios Notariales de España (pág. 666).

<sup>67</sup> Así lo entiende RUIZ-RICO RUIZ, J. M., aunque observe que algunos autores se inclinen por objetivar la responsabilidad procedente de la mora en deudas dinerarias, considerando inaceptable la prueba del caso fortuito o la fuerza mayor excluyente del pago de intereses moratorios. (1989). «Comentario al artículo 1108». En: M. ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XI, vol. 1º. Madrid: Edersa (pág. 766.). FERNÁNDEZ COSTALES, J. resalta la postura del Tribunal Supremo en relación al retraso en la entrega del precio por el comprador, exigiendo la culpa de este salvo caso fortuito o fuerza mayor. (2013). «Producción de intereses moratorios a cargo del comprador». En: A. CARRASCO PERERA (dir.), *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, T. II, Aranzadi (pág. 1605).

<sup>68</sup> En este sentido, MOZINA, D. (2012). «Comentario al artículo 167 CESL». En: R. SCHULZE (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*, C.H. BECK-HART-NOMOS *Common European Sales Law (CESL)* (pág. 663).

<sup>69</sup> Parágrafo 286 (1) Código Civil alemán, art. 1219 (1) Código Civil italiano o art. 102 (2) del Código suizo.

<sup>70</sup> Debe tenerse en cuenta para el caso de las obligaciones dinerarias el principio *in illiquidis non fit mora*. Véase respecto al requisito de la liquidez de la deuda para el cobro de los intereses, LASARTE ÁLVAREZ, C. (1995). *Deudas líquidas e ilíquidas y cobro de intereses*. Madrid: Técnicos.

<sup>71</sup> Para BALLUGERA GÓMEZ, C. esta es una conclusión clara y evidente, aunque en el derecho patrimonial y en el crédito hipotecario el interés de los más fuertes domina con frecuencia el panorama; si se impone una cláusula de interés de demora de ese tipo —recuerda— la nulidad de la misma por abusiva impide la integración del contrato con un interés más bajo, pues conforme a la STJUE de 14 de junio de 2012, la cláusula nula de interés de demora no se puede reparar ni moderar, es totalmente nula y hace que el contrato subsista pero sin intereses de demora. El legislador, sin embargo, no ha reparado en ello, admitiendo que valgan intereses moratorios superiores a los remuneratorios en los contratos de adhesión con condiciones generales con consumidores, por medio de un real decreto-ley cuyo objetivo es la protección de los deudores. (2012). El Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos», disponible en [www.notariosyregistradores.com](http://www.notariosyregistradores.com). págs. 16-17. En realidad, ante la falta de un criterio dispositivo de referencia —explica PERTÍÑEZ VILCHES, F.— se ha destacado el valor orientativo que para juzgar el carácter excesivo o equilibrado de la cláusula que impone intereses moratorios en los contratos de préstamo puede tener la norma prevista en el art. 19.4 de la Ley de Crédito al Consumo, en relación al tipo de interés máximo que se puede aplicar a los créditos que se concedan en forma de descubiertos en cuenta corriente, que en ningún caso puede ser superior a 2,5 veces el interés legal del dinero. Para el mencionado autor, aun cuando se pueda admitir el valor simplemente orientativo de este criterio, «el juicio de abusividad de la cláusula que fija el tipo de interés moratorio depende de una valoración compleja en la que el juzgador debe ponderar, conforme a lo dispuesto en el artículo 82.3 TR, la naturaleza del préstamo, las circunstancias existentes en el momento de la celebración del contrato y el resto de cláusulas del contrato»; así, en sentido contrario a lo expresado por BALLUGERA GÓMEZ, sostiene PERTÍÑEZ VILCHES que en relación al resto de las cláusulas del contrato, el primer elemento a tener en consideración es el tipo de interés nominal pactado, ya que para que los intereses moratorios puedan cumplir su función disuasoria del incumplimiento deben representar para el consumidor incumplidor un plus de onerosidad respecto del cumplimiento normal del contrato. (2011). «Comentario al artículo 82 LCU». En: S. CÁMARA LAPUENTE (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*. Madrid: Colex (págs. 815-817).

<sup>72</sup> (2009). VON BAR, C./CLIVE, E. (ed.). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, vol. I. Munich: Sellier (pág. 953). Señala PHILIPPE, D. que la prohibición del anatocismo coincide en la mayoría de los ordenamientos europeos, como los de Italia, Francia o Bélgica, en aras de la protección del deudor frente a la ruina y el abuso, aunque este principio no es ya acorde con las realidades de la moderna vida comercial y de los actuales principios financieros. (2012). «Comentario al artículo III. – 3:709 DCFR». En: Vincent SAGAERT/Matthias E. STORME/Evelyne TERRYN (edit.), *The Draft Common Frame of Reference: national and comparative perspectives*. Cambridge: Intersentia (págs. 50-51).

<sup>73</sup> «... it seems that the approach of the Late Payments Directive (simple interest) is also the approach of the CESL to late payments by traders», señala MOZINA, D. (2012). «Comentario al artículo 167 CESL». En: R. SCHULZE (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*, C.H. BECK-HART-NOMOS (pág. 661).

<sup>74</sup> *The Common European Sales Law in Context*, edit. by Gerhard DANNEMANN/Stefan VOGENAUER, Oxford University Press, 2013, pág. 681.

<sup>75</sup> Para GARCÍA AMIGO, M. no hay en el Código Civil supuesto previsto en el que automáticamente se ordene la capitalización de los intereses; con base en el principio *favor debitoris* hay que rechazar esta posibilidad. (1991). «Comentario al artículo 1109 CC». En: *Comentario del Código Civil*, T. II. Madrid: Mº de Justicia (pág. 65).

<sup>76</sup> Señala ÁLVAREZ OLALLA, P. que el fundamento de la exigencia de requerimiento judicial es la protección del deudor, ya que se trata de impedir que la cantidad a satisfacer crezca exageradamente. (2001). «Comentario al artículo 1109 CC». En: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios al Código Civil*. Navarra: Aranzadi (pág. 1297).

<sup>77</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C. (2010). *Derecho de Obligaciones. Principios de Derecho Civil II*. Madrid: Marcial Pons (pág. 89).

<sup>78</sup> Así lo entiende ÁLVAREZ OLALLA, P. (2001). «Comentario al artículo 1109 CC». En: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios al Código Civil*. Navarra: Aranzadi (p. 1299).

<sup>79</sup> En este sentido, MOZINA, D. (2012). «Comentario al artículo 167 CESL». En: R. SCHULZE (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*, C.H. BECK-HART-NOMOS *Common European Sales Law (CESL)* (pág. 663).

<sup>80</sup> Para CASTILLA BAREA, M. la norma rígida de limitación del pacto privado a sesenta días máximo desde la entrega de los bienes o prestación de los servicios objeto del contrato no justificaría su rigor en la Directiva 2011/7/UE, que es, en este punto, más respetuosa con la autonomía de la voluntad de los contratantes de establecer plazos de pago más largos. «En la norma europea la prohibición de prolongar los sesenta días de aplazamiento se establece solo cuando el deudor es Administración Pública; tratándose de contratación *inter privatos* estos pactos no están prohibidos absolutamente, sino que quedan sometidos al control de su posible carácter abusivo para el acreedor». No es esta la única crítica que merece el artículo 4 LMLCM a juicio de esta autora. Así, por ejemplo, en cuanto a la fijación de los plazos, también sostiene que habría sido muy deseable una modificación del texto legal que hubiese eliminado la posibilidad de interpretaciones varias conducentes a soluciones tan distintas, como la de considerar la prórroga permitida de sesenta días, bien sobre los treinta iniciales, o bien hasta un máximo de sesenta días totales; o como las relativas a la fijación del *dies a quo* en el momento de la recepción de las mercancías o de la factura, entre otras cuestiones de dudosa respuesta a la luz del precepto. (2014). La limitación imperativa de los plazos de pago en la Ley Antimorosidad tras la nueva reforma de 2013. En: A. CARRASCO PERERA (dir.), *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, T. II. Navarra: Aranzadi (págs. 956-960).

<sup>81</sup> En opinión de MOZINA, D., «Prescribing two different interest rates to two different categories of claims arising from the same contract is unusual and complicated. A uniform interest rate applicable to the delay of all monetary claims between traders would be a better solution». (2012). «Comentario al artículo 168 CESL». En: R. SCHULZE (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*, C.H. BECK-HART-NOMOS *Common European Sales Law (CESL)* (pág. 668).

<sup>82</sup> Para MOZINA, D. la utilización de esta «lista gris» y «lista negra» de cláusulas abusivas refuerza la efectividad del control de las cláusulas abusivas, conduce a una mayor previsibilidad y tiene también un cierto efecto preventivo, al ser más probable que el empresario restrinja la inclusión de tales cláusulas en los contratos o las retire voluntariamente. (2012). «Comentario al artículo 170 CESL». En: R. SCHULZE (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*, C.H. BECK-HART-NOMOS (pág. 677).

<sup>83</sup> (2009). VON BAR, C./CLIVE, E. (edit). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, vol. I. Munich: Sellier (pág. 960); MOZINA, D. (2012). «Comentario al artículo 170 CESL». En: R. SCHULZE (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*, C.H. BECK-HART-NOMOS (pág. 675).