

**¿DOBLE DELIMITACIÓN DEL DAÑO RESARCIBLE POR
INCUMPLIMIENTO? PREVISIBILIDAD Y FIN DE PROTECCIÓN DEL
CONTRATO EN LA REVISIÓN DE LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN
DEL CÓDIGO CIVIL DE 2023**

***Double Delimitation of Recoverable Damages for Breach of Contract? Foreseeability
and the Scope of Protection of the Contract in the 2023 Revision of the Proposal for
the Modernization of the Civil Code***

JULIO ESPLUGUES GARCÍA

julio.esplugues@uv.es

Personal Investigador en Formación en Período de Orientación Postdoctoral (Derecho Civil)
Doctor en Derecho por las Universidades de Valencia y de Bolonia
Universidad de Valencia

Cómo citar / Citation

Esplugues García, J. (2026).

¿Doble delimitación del daño resarcible por incumplimiento?

Previsibilidad y fin de protección del contrato

Cuadernos de Derecho Privado, núm. 15, pp. 117-154

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.98>

(Recepción: 29/06/2026; aceptación: 04/09/2026; publicación: 08/09/2026)

Resumen

La Revisión de la Propuesta de Modernización del Código Civil de 2023 introduce el criterio de fin de protección del contrato como elemento delimitador del perjuicio resarcible por incumplimiento. Se trata de una adición novedosa al ordenamiento español que hasta el momento solamente acogía el criterio de la previsibilidad. Este trabajo analiza de qué manera afecta esta modificación a la delimitación del daño resarcible y qué consecuencias tiene para el acreedor.

Palabras clave

Incumplimiento, indemnización, previsibilidad, fin de protección del contrato

Abstract

The Revision of the Proposal for the Modernization of the Civil Code of 2023 introduces the scope of protection of the contract as an element to delimitate the recoverable damages for breach of contract. It is a novel addition to the Spanish system, which until this moment recognized only foreseeability. This paper analyses how this modification affects when assessing damages and which consequences it will carry for the creditor.

Keywords

Breach of contract, damages, foreseeability, scope of protection

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. DEL ARTÍCULO 1107 DEL CÓDIGO CIVIL AL 1190 DE LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DE 2023: DIFERENTES IDEAS PARA REGULAR. III. LA PREVISIBILIDAD DEL DAÑO COMO LÍMITE RESARCITORIO: ALCANCE Y FUNDAMENTO. IV. EL FIN DE PROTECCIÓN DEL CONTRATO COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN OBJETIVA. IV.1. El fin de protección del contrato en Alemania. IV.2. Las tres explicaciones doctrinales en España al criterio de fin de protección del contrato. IV.2.1. El fin de protección del contrato para Pantaleón Prieto. IV.2.2. El fin de protección del contrato para Soler Presas. IV.2.3. El fin de protección del contrato para Morales Moreno. IV.3. El limitado reconocimiento jurisprudencial al fin de protección del contrato. IV.3.1. La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2011: el primer antecedente. IV.3.2. La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2014: ¿la consolidación del criterio? V. LA ARTICULACIÓN ENTRE PREVISIBILIDAD Y FIN DE PROTECCIÓN DEL CONTRATO: UN PROBLEMA SISTEMÁTICO. V.1. Previo: ¿un problema de coordinación en el artículo 1190 de la Propuesta de Modernización de 2023? V.2. La coordinación entre la previsibilidad y el fin de protección del contrato. V.2.1. La interpretación basada en el fin de protección del contrato como equivalente de la previsibilidad. V.2.2. La interpretación basada en el contenido atribuido por el Tribunal Supremo: la reintroducción de la consecuencia necesaria en la Propuesta de Modernización de 2023. V.2.3. El fin de protección del contrato a la alemana: el absurdo de la suma. V.2.4. La interpretación basada en Soler Presas: un intento de dotar de contenido a la suma de los criterios. VI. CONCLUSIONES. *Bibliografía. Anexo jurisprudencial.*

I. INTRODUCCIÓN

La Revisión de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos realiza una alteración de la regulación actual de la determinación de la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento. Concretamente, establece dos tipos de criterios para delimitar el perjuicio indemnizable: uno con base en la perspectiva del deudor –previsibilidad y fin de protección del contrato– y otro con base en la perspectiva del acreedor –la contribución al incumplimiento y el deber de mitigar el daño–.

La finalidad es recoger en un texto diversos criterios ya seguidos. Algunos como el de la previsibilidad que ya se encuentra vigente en el Código Civil de 1.889 –artículo 1107– y otros que se aplican sin estar codificados como el deber de mitigar. Especialmente novedosa resulta la introducción del fin de protección del contrato como

criterio delimitador, puesto que su tratamiento ha sido principalmente doctrinal al no estar codificado y ser muy escasa su aplicación jurisprudencial.

La Comisión General de Codificación expresa que la propuesta realizada en materia de incumplimiento y remedios pretende crear un texto *de los más innovadores con relación al decimonónico texto actualmente vigente*. Ahora bien, para lograr este fin se mantienen la tradición jurídica española, las líneas jurisprudenciales existente y las aportaciones realizadas al revisar los Códigos Civiles de los ordenamientos vecinos como Francia, Bélgica o Alemania.

El objetivo de este trabajo es analizar qué aportaciones presenta el artículo 1190 de la Propuesta de Modernización de 2023 respecto a la regulación existente en materia de previsibilidad del artículo 1107 del Código Civil. Uno de los elementos más relevantes que introduce el nuevo texto es el criterio de fin de protección del contrato como elemento de delimitación del daño resarcible. En este sentido, se pasa de un régimen para el deudor no doloso en el que su responsabilidad se limita 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* a otro en el que la indemnización comprende *los daños que razonablemente se hubieran previsto o podido prever como consecuencia probable de la falta de cumplimiento en el momento de la celebración del contrato, y estén comprendidos dentro de su fin de protección*.

Debe tenerse en cuenta que la Propuesta de Modernización de 2023 no explica ni qué se entiende por previsibilidad ni por fin de protección del contrato, sino que simplemente sostiene que se está ante un seguimiento de *las pautas marcadas por el moderno Derecho de contratos y por la PM 2009*. Por lo tanto, no proporciona una definición de los elementos que incluye en estas limitaciones resarcitorias.

Con esta finalidad, se desarrollan los diversos criterios del artículo 1190 de la Propuesta de Modernización de 2023 tanto en la vertiente doctrinal como en la jurisprudencial. Una vez realizado este análisis, se presta atención a la forma en la que se coordinan entre sí los diversos criterios recogidos en la Propuesta de Modernización de 2023. En este sentido, se estará a la forma que tienen de relacionarse en los distintos regímenes que establece el artículo 1190 de la Propuesta de Modernización de 2023 – deudor doloso y no doloso– y en qué medida la introducción del criterio de fin de

protección del contrato supone una transformación del sistema delimitador del perjuicio respecto al actual.

II. DEL ARTÍCULO 1107 DEL CÓDIGO CIVIL AL 1190 DE LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DE 2023: DIFERENTES IDEAS PARA REGULAR

La Comisión General de Codificación ha elaborado dos textos para adaptar el artículo 1107 del actual Código Civil español en materia de determinar el alcance de los daños resarcibles por incumplimiento.

Actualmente, el artículo 1107 del Código Civil español establece un doble régimen de delimitación del perjuicio por incumplimiento según sea el deudor. Su texto restringe la indemnización del deudor no doloso —«de buena fe»— 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*; mientras que el deudor doloso responderá de *todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación*.

En la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos de 2009, se cambia la redacción y se dota de mayor claridad. El artículo 1208 del texto sigue con una regulación con doble régimen según el tipo de deudor. El doloso responde *de los daños y perjuicios que sean objetivamente imputables a su incumplimiento*; y el no doloso disfruta de este criterio y se añade otro adicional por el que se limita su responsabilidad a *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*.

En la Propuesta de Modernización del Código Civil de 2023, se mantiene la distinción entre tipos de deudores y se dota a cada uno de un régimen¹: el deudor doloso responde de *todos los daños que sean objetivamente imputables a su conducta dolosa*;

¹ Resulta muy llamativo el artículo 1190 de la Propuesta de Modernización de 2023, puesto que distingue a efectos de delimitar el daño entre deudores dolosos y no dolosos y, al mismo tiempo, crea una tercera categoría —deudor intencional—, que puede ser doloso o no. Este tercer género resulta relevante a otros efectos como la validez de las limitaciones a la responsabilidad, pero no propiamente a efectos de restringir la indemnización.

mientras que el deudor no doloso, limita su indemnización a *los daños que razonablemente se hubieran previsto o podido prever como consecuencia probable de la falta de cumplimiento en el momento de la celebración del contrato, y estén comprendidos dentro de su fin de protección*.

Los tres textos expuestos comparten tanto la distinción entre tipos de deudor como el establecimiento de diversos regímenes indemnizatorios para cada uno. El deudor no doloso siempre se beneficia de la restricción basada en la regla de la previsibilidad, si bien en la Propuesta de Modernización de 2023, se le añade el criterio de fin de protección del contrato como límite adicional. El deudor doloso es el que más ve variar su regulación, dado que responde bien por todos los daños que conocidamente se deriven –art. 1107 del CC²– o de los daños objetivamente imputables –Propuestas de Modernización de 2009 y 2023–.

III. LA PREVISIBILIDAD DEL DAÑO COMO LÍMITE RESARCITORIO: ALCANCE Y FUNDAMENTO

La previsibilidad del daño es una restricción al daño contractual resarcible vigente en numerosos ordenamientos jurídicos y de gran tradición desde su adopción en el siglo xix.

Su formulación tuvo lugar en el siglo xvi por Dumoulin³, si bien los autores que más influyeron en su adopción fueron Domat⁴ y Pothier⁵, cuya aportación tuvo un rol decisivo a la hora de elaborar el *Code Civil* francés de 1805.

Este texto legal sirvió como referente a la hora de formular otros como el *Codice Civile* italiano de 1865 o el Código Civil español de 1889, que recogen la regla de la previsibilidad. Asimismo, en el ámbito del *common law* es conocida desde su formulación

² También ocurre así en el artículo 518-23 de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil de 2016.

³ Así lo sostienen: LÓPEZ MAS (2021: 89); LUPOI (1969: 47-48); SCHERMAIER (2007: §53); ZIMMERMANN (1990: 829).

⁴ DOMAT (1844: 159-187).

⁵ POTHIER (1858: 94-104).

en el siglo xix en el caso *Hadley v. Baxendale*⁶. Finalmente, es un criterio adoptado en la normativa uniforme en materia de compraventa –artículo 74 de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980– y en las propuestas de *soft law* a nivel internacional como los Principios Europeos de Derecho de los contratos desde su primera formulación en 2002–artículo 9:503–, los Principios Unidroit en todas sus versiones –artículo 7.4.4– o el Borrador de Marco Común de Referencia de 2009 –artículo III.–3-703–.

La naturaleza jurídica de este criterio de delimitación del daño es discutida y existen tres grupos doctrinales al respecto. No se trata de una cuestión meramente teórica, sino que incide, como posteriormente se explica, en la interpretación que se da al artículo 1190 de la Propuesta de Modernización de 2023.

El primero de ellos y mayoritario lo considera un criterio de imputación objetiva⁷. De este modo, serviría como un criterio que guarda relación con la determinación de qué consecuencias es responsable el deudor.

El segundo de ellos y minoritario califica la regla de la previsibilidad como un criterio de imputación subjetiva en atención a que su aplicación depende del tipo de

⁶ **Hadley v. Baxendale** (1854) 9 Exch. 341. En este caso, Hadley era propietaria de un molino de trigo y contrató a Baxendale para que llevara el cigüeñal del molino a replicar a la manufactura original, dado que estaba estropeado. Al celebrar el contrato, pactaron el precio –2 libras– y que la recogida de la copia sería al día siguiente. Sin embargo, Baxendale se demoró más de cinco días en el cumplimiento. Hadley sostenía haber sufrido daños por no poder operar el molino durante los días de retraso en la entrega y ascendían a 300 libras.

La Corte, al resolver el caso, consideró que existían dos tipos de daño derivados del incumplimiento: uno que surge directamente por el incumplimiento y otro que es resultado probable de esta situación y que las partes lo contemplan como posible al contratar. Esta clasificación sirvió de base para denegar la indemnización solicitada por Hadley, puesto que la Corte sostuvo que el perjuicio derivado de no operar el molino era de la segunda clase –resultado probable del incumplimiento– y que Baxendale no lo pudo prever al celebrar el contrato. Esta afirmación se basaba en el hecho de que Hadley no le había comunicado la importancia de la pieza para operar el molino.

⁷ En esta categoría se integran ASÚA GONZÁLEZ (2013: 8121-8122); MONTÉS PENADÉS (2007: 725); MORALES MORENO (2010: 157); PANTALEÓN PRIETO (1991: 1026 Y 1080); SERRA RODRÍGUEZ (2011: 2502); SOLER PRESAS (1998: 56).

deudor⁸ –doloso o no doloso⁹–. De este modo, no es un criterio de delimitación del daño en atención a una causalidad jurídica, sino que se aplicaría en relación al tipo de incumplimiento. El principal problema que plantea este enfoque es cómo calificarlo en los sistemas que lo aplican con independencia del tipo de incumplimiento. Es decir, qué naturaleza jurídica le atribuyen en los sistemas en los que siempre resulta de aplicación como ocurre en el artículo 74 de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías.

En último lugar, León González opta por una interpretación completamente distinta. Este autor parte de la idea de que se está ante una restricción legalmente impuesta al resarcimiento y, por lo tanto, no entra a calificar su naturaleza jurídica en relación a la imputación ni objetiva ni subjetiva¹⁰. Se trataría, por tanto, de un criterio ulterior de delimitación del daño resarcible, en línea con la definición que se realiza por parte de un sector doctrinal respecto al deber de mitigar el daño¹¹.

El funcionamiento de la regla de la previsibilidad es muy sencillo. Concretamente, debe determinarse si un daño era previsible al momento de contratar o no. En el caso de que lo fuera, será siempre resarcible; en cambio, si no lo fue, no se indemnizará.

Un aspecto de gran importancia a tener en cuenta es que la distinción no se realiza entre daños previstos e imprevistos, sino entre previsibles e imprevisibles. Un daño imprevisto podía ser previsible y ello implica su resarcimiento. En cambio, un perjuicio imprevisible ni fue previsto ni podía serlo, por lo que no se indemnizará.

El aspecto temporal es sumamente importante, puesto que el momento relevante es el de la celebración del contrato, como se desprende del texto. La información que

8

Los daños indemnizables pueden depender de los conocimientos del deudor, lo que aumenta su previsibilidad; la imputación ya no es objetiva, sino subjetiva. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO (2008: 148). *Y si no hay dolo, la razón por la que no se puede imputar la responsabilidad al concesionario no es «objetiva», sino subjetiva.* GARCÍA AMADO (2022: 269).

⁹ En la terminología del Código Civil sería *de buena fe* o *doloso*.

¹⁰ LEÓN GONZÁLEZ (2002: 146).

¹¹ Este tipo de calificación respecto al tipo de daño que se resarce la realizan, entre otros, Carrasco Perera (1991, I; 2024: Cap. 24, §26); Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2008, Cap. XXIII, 15); JARAMILLO JARAMILLO (2013: 894); LANA ARCEIZ (2025: 148-150); MORALES MORENO (2010: 181); PÉREZ VELÁZQUEZ (2015: 24; 2016: 493); SOLER PRESAS (1995: 960-961; 1998: 63-64); ZURITA MARTÍN (2016: 17).

vuelva un daño previsible después de contratar no alterará su naturaleza y seguirá siendo imprevisible.

El análisis de la previsibilidad puede recaer desde un punto de vista teórico en tres aspectos diferentes: el tipo de daño, su cuantía o una combinación de ambos. En España, ni el Código Civil, ni las propuestas de modernización del texto en materia de obligaciones y contratos se pronuncian sobre cuál es la opción que se aplica.

En la jurisprudencia existen muy pocos casos en los que el Tribunal Supremo aplique la regla de la previsibilidad¹². La consecuencia de ello es que no resulta sencillo conocer por cuál de las opciones se decanta. Sin embargo, en aquellos casos en los que analiza un daño patrimonial parece que lo hace por el tipo de perjuicio¹³.

Ejemplo de ello es la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2005¹⁴. En ella, la demandante solicita una indemnización de aproximadamente 65 millones de pesetas por el incumplimiento del contrato de obra que había celebrado con la demandada, que formula reconvención y exige el pago del material aportado a la obra.

El Juzgado de Instancia estima parcialmente la demanda y la Audiencia Provincial, al resolver el recurso de apelación de la demandada, lo estima parcialmente.

Recorre en casación la demandante y sostiene que se ha vulnerado el artículo 1107 del Código Civil. El Tribunal Supremo desestima el recurso al considerar que lo que pretende el recurrente que sea revisado es la cuantía de la indemnización y que, por tanto,

¹² Este hecho resulta muy llamativo, puesto que se está ante un tema que ha sido analizado abundantemente por la doctrina tanto en los comentarios al artículo 1107 del Código Civil como en obras monográficas como las de GÓMEZ POMAR (2002) o FUENTES GUÍÑEZ (2009).

Además, desde hace largo tiempo ha presentado un carácter polémico. A modo de ejemplo, GARCÍA GOYENA (1852: 51) lo rechazaba al sostener que no era claro, puesto que *[c]ada contrayente dirá que él previó los daños de diferente manera*. FULLER y PERDUE (1957: 56-57) tampoco estaban de acuerdo con esta regla, puesto que sostenían que *el test de la previsibilidad contiene una defectuosa referencia circular y que se presta a cualquier manipulación con el simple recurso de definir las características del hombre hipotética al que incumbe la previsión*.

¹³ Desde el cambio de milenio, el Tribunal Supremo ha considerado en muy pocas ocasiones que un daño era imprevisible al momento de contratar y la aplicación del régimen del deudor doloso ha servido para el resarcimiento de perjuicios no patrimoniales. Ejemplo de ello son las sentencias de 15 de junio de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:4384; Pte. Xiol Ríos) y de 23 de julio de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3068; Pte. Sarazá Jimena). En ellas se califica el daño moral sufrido por el acreedor como imprevisible al momento de contratar, resulta de aplicación el artículo 1107.II del Código Civil y se indemnizan los perjuicios no patrimoniales.

¹⁴ ECLI:ES:TS:2005:5804, Pte. González Poveda.

no procede realizar el análisis de la previsibilidad del daño. Por ello, desestima el motivo de recurso¹⁵.

Doctrinalmente, la mayoría de autores entiende que la previsibilidad es sobre el tipo de daño¹⁶. De este modo, la cuantía del perjuicio sufrido no incide a la hora de determinar su previsibilidad.

Esta afirmación no significa que se analice la naturaleza o tipo de perjuicio, sino si ese daño en concreto era previsible. Ejemplo de ello es que no se debe contemplar si fue previsible la aparición de un daño emergente o de un lucro cesante, sino la de ese daño emergente o ese lucro cesante en concreto.

Minoritariamente, algunos autores como Asúa González, Gómez Pomar o León González sí entienden que la cuantía juega un papel a la hora de determinar la previsibilidad del daño¹⁷. En este sentido, un daño de naturaleza previsible, pero cuya cuantía es desproporcionada respecto a lo esperado no será resarcible o podrá indemnizarse en la cuantía máxima prevista.

Dentro del enfoque mayoritario, se intenta buscar una vía de escape para los supuestos en los que el daño resulta previsible en su tipo, pero la cuantía es muy elevada. Concretamente, se propone, con base en el artículo 1103 del Código Civil la moderación de la responsabilidad¹⁸. De esta manera, cuando un daño sea previsible en su naturaleza, pero de cuantía muy elevada, el deudor negligente –ámbito de aplicación del artículo 1103– podrá ver moderado el alcance de la responsabilidad, puesto que se moderará el alcance de la responsabilidad.

¹⁵ *Presupuesto de la extensión de la obligación indemnizatoria que establece el párrafo segundo del art. 1707 de Código Civil es la de que la falta de cumplimiento de sus obligaciones por el deudor sea debida a dolo que así haya sido declarado por la sentencia, actuación dolosa del demandado- recurrido que no ha sido declarada por la sentencia de instancia, lo que impide aplicar al caso el art. 1107, párrafo segundo, invocación que en todo caso sería innecesaria declarado como está el incumplimiento por aquél de sus obligaciones de terminar la obra y habida cuenta que lo que en el motivo se plantea no es cuáles son los daños indemnizables sino la cuantía de los mismos.*

¹⁶ CARRASCO PERERA (2024: Cap. 24, §3); LACRUZ BERDEJO (2011: 207); MONTÉS PENADÉS (1995: 2445-2446); PANTALEÓN PRIETO (1991: 1037-1038); SÁNCHEZ ARISTI (2021: 1429); SERRA RODRÍGUEZ (2011: 2505-2506); SOLER PRESAS (1998: 57).

¹⁷ ASÚA GONZÁLEZ (2013: 8122); GÓMEZ POMAR (2002: 147, n. 152 y 276); LEÓN GONZÁLEZ (2002: 146).

¹⁸ DÍAZ ALABART (1989: XIV); LACRUZ BERDEJO (2011: 207); PANTALEÓN PRIETO (1991: 1037-1038); SERRA RODRÍGUEZ (2011: 2505-2506); SOLER PRESAS (1998: 58).

Existen otras opciones para limitar la responsabilidad del deudor. La primera de ellas sería pactar una cláusula de limitación cuantitativa del daño como límite del daño previsible, es decir, acordar un tope indemnizatorio para el daño previsible¹⁹.

El intento de encontrar una vía de escape para el deudor es una cuestión común en los diversos ordenamientos que adoptan la regla de la previsibilidad. En ellos, se encuentran diversas opciones para ello.

La primera de ellas consiste en establecer que la previsibilidad se aplica sobre la cuantía del perjuicio. De este modo, la cantidad indemnizatoria prevista como máxima es la que determina qué era previsible. Ejemplo de ello es el ordenamiento inglés, en el que no podrá resarcirse más allá de la cantidad prevista al contratar, si bien debe analizarse si un daño fue previsible cuando se celebró el contrato para que resulte indemnizable²⁰.

La segunda de ellas consiste en hacer recaer la previsibilidad sobre el tipo de daño y sobre su cuantía. Ejemplo de ello es el ordenamiento italiano, en el que diversos autores sostienen que ambos elementos son los que se tienen en cuenta para decidir si un perjuicio era o no previsible²¹. Asimismo, el Borrador de Marco Común de Referencia no opta expresamente por este modelo, pero del Ejemplo C al artículo III.-3:703, se deduce que ambos elementos son relevantes.

La tercera de ellas no tiene en cuenta la cuantía del daño para determinar su previsibilidad, pero la extensión sí afecta al propio perjuicio. De este modo, un daño previsible, pero de cuantía extraordinaria se transforma en imprevisible. Se trata de la opción que se señala doctrinalmente para la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías²² y en los Principios Unidroit²³.

¹⁹ SALELLES CLIMENT (2007: 240).

²⁰ BEALE (2021: 29-133); MCGREGOR (2009: 6-185).

Se señala que no puede recibir el mismo tratamiento un daño que es ordinario que uno extraordinario y se pone como ejemplo que el beneficio que se obtiene por unas operaciones normales sí es siempre indemnizable, mientras que si se pierde un negocio concreto que proporciona un lucro inusual por su magnitud, debe ser manifestado. BEATSON, BURROWS y CARTWRIGHT (2020: 550).

²¹ BIANCA (2021: 173); DI MAJO (2009: 189); ROSSI (2014: 71); VILLA (2022: 1219-1220).

²² DJORDJEVIĆ (2018: §33); SCHWENZER (2010: §50; 2019: §50).

En esta línea, pero sin formularlo expresamente, al afirmar que lo relevante es conocer una cuantía aproximada. SAENGAR (2018: §9).

²³ Comentario Artículo 7.4.4.

En el ejemplo 2 que se incluye con el precepto se menciona un contrato de transporte para destrucción de moneda que lo ha contratado una entidad bancaria para que llegue a sus sucursales. Sin avisar el banco, la

La cuarta de ellas es la más similar a la propuesta en España. En ella, la previsibilidad recae solamente sobre el tipo de daño, pero se establece una vía de escape – moderación de la cuantía – cuando resulte que el daño es manifiestamente más elevado que el causado. Ejemplo de ello es el sistema estadounidense, en el que se establece la moderación de la indemnización cuando el daño sea desproporcionado²⁴.

La regla de la previsibilidad puede construirse en torno a dos grandes modelos. En el primero de ellos, se considera que es una restricción que solo aplica a los deudores no dolosos. De este modo, el deudor doloso responderá de todos los daños causados: los previsibles y los imprevisibles.

Ejemplo de ello son el *Code Civil* francés, el *Codice Civile* italiano, el Código Civil español, los Principios Europeos de Derecho de Contratos o el Borrador de Marco Común de Referencia. En todos estos textos se establece la aplicación de la regla de la previsibilidad para algunos deudores y su inaplicación para los dolosos.

En el segundo grupo, la restricción de la previsibilidad se aplica a todos los tipos de deudor, con independencia de si su incumplimiento fue doloso, negligente o sin culpa.

Ejemplo de ello son los ordenamientos del *common law*, la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías o los Principios Unidroit. En todos estos textos se aplica la regla de la previsibilidad con independencia del tipo de incumplimiento.

La Revisión de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos parece optar, aparentemente, por la primera opción –aplicación a los deudores no dolosos–. Ello supone que la restricción de la previsibilidad no se aplicará en todos los casos y mantiene la configuración que se ha realizado en el artículo

cambia por moneda de coleccionista que vale cincuenta veces más que la ordinaria y es robada. El límite de la indemnización sostiene el ejemplo que es el de la moneda ordinaria y no el de la moneda de coleccionista.

²⁴ §351 *Second Restatement*.

(3) *A court may limit damages for foreseeable loss by excluding recovery for loss of profits, by allowing recovery only for loss incurred in reliance, or otherwise if it concludes that in the circumstances justice so requires in order to avoid disproportionate compensation.*

(3) *El Tribunal puede limitar la indemnización de los daños previsible mediante la exclusión del lucro cesante, permitiendo exclusivamente recuperar la pérdida incurrida en la confianza o si concluye por circunstancias de justicia se requiere para evitar una compensación desproporcionada.*

1107 del Código Civil de 1889, el que se establecen dos regímenes diversos —el del *deudor de buena fe*²⁵ y el del deudor doloso—. De este modo, el deudor no doloso indemnizará solamente el daño previsible al momento de contratar y que recaiga dentro del fin de protección del contrato —criterio que se explica a continuación— y el deudor doloso, todo el daño que sea objetivamente imputable a su incumplimiento.

IV. EL FIN DE PROTECCIÓN DEL CONTRATO COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN OBJETIVA

El fin de protección del contrato es la segunda restricción aplicable al deudor no doloso en el artículo 1190 de la Propuesta de Modernización de 2023. Su formulación tuvo lugar en Alemania y diversos autores españoles lo han propuesto en España. Su aplicación por parte de la jurisprudencia es muy escasa y tan solo se encuentran dos sentencias que se refieran a este criterio.

Para la exposición de esta limitación, se divide la explicación en diversos apartados. Se inicia con la formulación en Alemania —lugar de origen— y se continúa con el significado que le han dado los diversos autores españoles, que ni coinciden en el mismo periodo ni lo entienden de la misma manera. Por último, se desarrollan las dos sentencias en las que se recoge y se analiza en qué medida incide en la resolución.

IV.1. El fin de protección del contrato en Alemania

La doctrina del fin de protección del contrato nace en Alemania a principios del siglo xx gracias a la obra de Rabel. En ese momento, el Código Civil alemán no contaba con reglas que delimitaran de qué daños respondía el deudor, más allá de enunciar las consecuencias en los casos de *Mitverschulden*²⁶ —casos de contribución del acreedor al incumplimiento y de falta de mitigación del perjuicio—. Ello se debe a que en el proceso

²⁵ No es objeto de este artículo entrar en la definición de qué es el *deudor de buena fe* del Código Civil. La interpretación más común es entender que se refiere a los deudores no dolosos. El origen de la expresión se encuentra en el artículo 1154 del Anteproyecto de Código Civil belga de LAURENT y se adopta en el Anteproyecto de Código Civil español de 1882-1888. Al respecto PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (1965: 347-348).

²⁶ §284 *Bürgerliches Gesetzbuch*.

de elaboración del Código Civil alemán se rechazó expresamente una enmienda en la que se introducía la regla de la previsibilidad²⁷, lo que determinaba que todos los daños fueran resarcibles con independencia de si fueron o no previsibles al momento de contratar o el tipo de incumplimiento.

La formulación de la doctrina de fin de protección del contrato la lleva a cabo Rabel en su obra *Das Recht des Warenkaufs* en la que analiza diversos puntos sobre la normativa de compraventa en diferentes estados e intenta formular una propuesta armonizada para ellos. Esta obra es de gran importancia, puesto que influye en los textos de la *Uniform Law on the International Sale of Goods* de 1964, que constituye un antecedente de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980.

Para la elaboración del criterio de fin de protección del contrato, Rabel toma en consideración qué criterios de delimitación del perjuicio se adoptan en diversos ordenamientos –Alemania, Austria, Francia y los de *Common Law*– y concluye (i) que varios de estos países adoptan la previsibilidad del perjuicio como criterio de delimitación del daño resarcible y (ii) que existe una necesidad de establecer criterios que limiten la indemnización según los tipos de daño²⁸. Así, propone un criterio de imputación

²⁷ JANSEN (2007: §43); SCHERMAIER (2007: §60).

Debe tenerse en cuenta que el principal defensor de la teoría de la diferencia –MOMMSEN (1855: 165-169)– rechazaba expresamente la regla de la previsibilidad. De este modo, la doctrina alemana de la época no aceptaba este tipo de criterio de delimitación del daño. Esta idea era compartida por otros autores como WINDSCHEID (1865: 30-31) o DERNBURG (1894: 123-126). Todos ellos tienen en común que rechazan la división de los daños en categorías y propugnan el resarcimiento de cualquier perjuicio.

²⁸ RABEL (1964: 491-494).

La primera publicación del libro es en 1936.

objetiva²⁹ –el fin de protección del contrato– y lo basa en una extensión del de fin de protección de la norma –*Schutzzweck der verletzten Norm*–³⁰.

Un ejemplo de aplicación temprana del criterio de fin de protección de la norma es el caso conocido como *Kegeljunge* –chico de la bolera–³¹. En él se analizaba la responsabilidad de una bolera por emplear a un menor de 16 años en horario nocturno pese a una prohibición de este tipo de trabajo para esa edad. Sufrió un accidente de trabajo ordinario y se planteaba la responsabilidad de la bolera por haberlo empleado en un horario prohibido. Se decidió que no podía imputarse responsabilidad, puesto que la finalidad de la normativa violada no era proteger frente a ese tipo de accidente de trabajo, sino garantizar un reposo nocturno al menor³².

De este modo, el contrato actúa como límite del daño, al no deberse indemnizar el perjuicio que no esté protegido por el contrato³³. Esto significa que, una vez

²⁹ Las teorías de la imputación objetiva son una formulación muy reciente en ese momento. Concretamente, las desarrolla LARENZ (1927) como un criterio de separación entre qué se hace y si resulta imputable a un sujeto. Posteriormente, LARENZ (1958) explica que son criterios que permiten delimitar de qué daños responde un sujeto y de cuáles no, por tanto, el ámbito o perímetro de responsabilidad. En este juicio no hay, en su opinión, un reproche sobre la actuación –dolo o culpa–, puesto que lo único analizado es la conexión causal entre una consecuencia y un hecho. Sin embargo, su mayor desarrollo tiene lugar en la doctrina penalista alemana como criterio para determinar si alguien debe responder –en el sentido de si hay relación de causalidad o hasta dónde llega la intervención del Derecho penal–. Sobre el origen y desarrollo de las doctrinas de la imputación objetiva, *vid.* GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO (2008: 1-20) y PEÑA LÓPEZ (2011: 13-25).

³⁰ JANSSEN (2007: §70).

³¹ Sentencia del *Landgericht* de Hannover de 1910 (LG Hannover Recht 1910, 36).

³² Es una aplicación muy similar a la realizada en la Sentencia del Tribunal Supremo español de 22 de febrero de 1946 (ECLI:ES:TS:1946:413; Pte. López Peces). En ese caso se analizaba si el titular de una fábrica debía responder por los daños sufridos por sus empleados al trabajar un domingo –prohibido por la normativa– y explotar un obús.

³³ En palabras de RABEL (1964: 496):

Von da ist es kein großer Schritt zu der Auffassung: Der Vertrag gibt die Pflichten an, er zeigt, welche Interessen des Gläubigers befriedigt werden sollen und verdeutlicht dadurch, welche Folgen der Nichterfüllung im Vermögen des Gläubigers der Schuldner gutzumachen hat. Der Schuldner, der das Recht des Gläubigers verletzt hat, haftet ihm nicht für alle denkbaren Folgen seines vertragswidrigen Tuns schlechthin, sondern nur für die Einbußen, die den durch den Vertrag geschützten Interessen des Gläubigers zustoßen.

A partir de ahí, no hay más que dar un pequeño paso para llegar a la siguiente conclusión: el contrato establece las obligaciones, indica qué intereses del acreedor deben satisfacerse y, de este modo, deja claro qué consecuencias del incumplimiento debe compensar el deudor en el patrimonio del acreedor. El deudor que ha vulnerado el derecho del acreedor no responde ante este por todas y cada una de las consecuencias imaginables de su actuación contraria al contrato, sino únicamente por los

manifestado un daño y la existencia del incumplimiento de un deber, deberá analizarse si la norma infringida – deber contractual – tenía como finalidad proteger al acreedor de ese perjuicio³⁴. El principio que late detrás es que el contrato actúa como instrumento de reparto de riesgo y solo se tutela el interés que se protege³⁵.

Un ejemplo de aplicación de este criterio se encuentra en la Sentencia de la Octava Sala Civil del *Bundesgerichtshof* de 9 de diciembre de 2020³⁶. El demandante era arrendatario de una vivienda propiedad del demandado y puso fin al contrato el 2 de agosto de 2013, cuando el arrendador o una persona mandada por él entró en su balcón sin avisarle para realizar obras. Sin embargo, no se marchó hasta el 30 de septiembre de 2013. El arrendatario y su familia contrataron una agencia inmobiliaria el 24 de agosto de 2013 para que les buscara una vivienda en propiedad y encontró una a 250 km, a la que se trasladaron el 18 de septiembre de 2013. Reclama como indemnización 35.205,45€, en los que se incluyen gastos como el agente inmobiliario que encontró la nueva vivienda, la mudanza o la renta adicional abonada hasta que se mudó a su nueva vivienda. Se concede la indemnización del daño por mudanza o renta adicional, puesto que se considera que la protección que se da al arrendatario en la privacidad de su vivienda y la posibilidad de marcharse cuando es vulnerada le permite compensar esa necesidad de vivienda. En cambio, se niega la indemnización por los costes de agencia inmobiliaria al establecer el tribunal que no quedan protegidos por el contrato ni por la prohibición de acceso a la vivienda que tiene el arrendador, puesto que es una adquisición en propiedad, a 250 km de la vivienda arrendada y que no guarda relación con el contrato de arrendamiento. Por tanto, desestima la demanda en este punto.

Este criterio de imputación objetiva tiene como finalidad evitar que el deudor responda por un daño que no pudiera prever que fuera a derivar de su incumplimiento – similar, por tanto, a la regla de la previsibilidad –³⁷.

| *perjuicios que se produzcan en los intereses del
acreedor protegidos por el contrato.*

En el mismo sentido VON CAEMMERER (1956: 13).

³⁴ LANGE (1976: 262); OETKER (2022: §124).

³⁵ RABEL (1964: 496).

³⁶ BGH, Sentencia de 9 de diciembre de 2020 (VIII ZR 371/18; ECLI:DE:BGH:2020:091220UVIII:ZR371.18.0)

³⁷ SAENGAR (2018: §19); ZIMMERMANN (1990: 830; 2018: §8).

Sin embargo, existen ciertas diferencias entre ambos criterios. La primera de ellas se refiere al momento de determinar la previsibilidad del daño: el fin de protección del contrato toma como referencia el momento del incumplimiento³⁸ y la regla de la previsibilidad, el de celebración del contrato³⁹.

La segunda de ellas guarda relación con la función de los criterios. La regla de la previsibilidad persigue restringir el resarcimiento de ciertos perjuicios, concretamente, los imprevisibles al momento de contratar. En cambio, el criterio de fin de protección del contrato no tiene este fin, sino que sirve como criterio complementario al de adecuación⁴⁰. Ello significa que puede (i) evitar la imputación de un daño que debería resarcirse de acuerdo con la adecuación o (ii) incrementar la imputación⁴¹ y obligar a responder de un perjuicio no indemnizable de acuerdo con la adecuación⁴².

Por su nombre, parece conectar con las afirmaciones de DOMAT y POTHIER respecto a los límites de indemnización del daño. En este sentido, ambos autores sostienen que solo debe indemnizarse el daño previsible cuando el deudor no sea doloso y que el daño debe recaer dentro del fin de protección. Ahora bien, ellos plantean que no se compense el daño remoto o más alejado del incumplimiento – conexión causal –, mientras que el criterio en Alemania tiene como finalidad señalar qué daño se compensa según una expectativa de que fuera a ocurrir antes de incumplir.

³⁸ LANGE (1976: 262).

³⁹ Así, RAISER (1963: 465) destaca que una de las ventajas de la norma es evitar que el acreedor deba proporcionar información al deudor sobre cuáles son las circunstancias de la celebración del contrato, como la finalidad que tiene o el beneficio que espera hacer.

⁴⁰ LANGE (1976: 262); RAISER (1963: 465).

⁴¹ JANSEN (2007: §69).

⁴² A modo de ejemplo, en la sentencia de la Tercera Sala Civil del *Bundesgerichtshof*, de 21 de noviembre de 2019 (III ZR 244/18; ECLI:DE:BGH:2019:211119UIIIZR244.18.0), se revisa una sentencia que desestimaba una pretensión indemnizatoria por incorrecto asesoramiento en materia de inversiones. El demandante acudió a un financiero –con el que negociaba en materia de seguros– para que le recomendara una inversión para su jubilación. El asesoramiento fue realizar una inversión que no cumplía con los requisitos necesarios al no ajustarse a las expectativas que tiene una inversión con finalidad de obtener un ahorro para la jubilación. El cliente realizó una primera inversión de 10.000€ y continuó ahorrando de ese modo otros 200.000€. El producto adquirido fue un fracaso y perdió su dinero. Reclama una indemnización y el *Bundesgerichtshof* entiende que el incorrecto asesoramiento de la primera vez es base suficiente para compensar la pérdida de 200.000€, que no es fruto del asesoramiento en sí, pero que tendría que haber tenido en cuenta el asesor al realizar su recomendación.

La cuestión sobre las consecuencias que tiene la falta de asesoramiento en las adquisiciones posteriores no ha sido planteada en España. Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1917, Pte. Sancho Gargallo), no se hace mención al hecho de que los adquirentes de títulos de deuda subordinada los suscribieran entre 1999 y 2010 y los efectos que tiene la falta de asesoramiento inicial en la pérdida de los títulos posteriores. Así, los padres de los demandantes –ejercitan la acción los hijos en condición de herederos– suscribieron entre 1999 y 2010 títulos de deuda subordinada de Caixa Catalunya por un importe total de 97.500€. En 2013, se produjo la intervención de la entidad y recibieron 43.750,23€ en total. Durante el período que tuvieron los títulos, cobraron intereses por valor de

IV.2. Las tres explicaciones doctrinales en España al criterio de fin de protección del contrato

IV.2.1. El fin de protección del contrato para Pantaleón Prieto

Pantaleón Prieto es el primer autor en España en introducir el fin de protección del contrato como criterio de imputación de responsabilidad⁴³ y le atribuye diversas funciones.

En primer lugar, es una manifestación de la regla de la previsibilidad recogida en el artículo 1107.I del Código Civil, de manera que permite realizar un cálculo de los costes de incumplir la obligación al momento de contraerla⁴⁴. De este modo, serían dos conceptos equivalentes y el fin de protección del contrato serviría como sinónimo de la previsibilidad.

En segundo lugar, se está ante un criterio de imputación objetiva para excluir el resarcimiento de ciertos daños. En este sentido, deberá analizarse si el deber incumplido guarda relación con el daño producido, de modo que se excluye la imputación cuando el cumplimiento del deber no hubiera evitado el resultado dañoso⁴⁵. Por lo tanto, permite delimitar la causalidad y determinar si un daño es o no resarcible.

31.237,74€. Los demandantes solicitan una indemnización por la diferencia entre lo invertido y lo recuperado, pero el Tribunal Supremo obliga a descontar lo recibido por intereses, por lo que la indemnización es de 22.512,03€. En ningún momento se cuestiona la importancia que tiene la falta de asesoramiento inicial –debido legalmente– en las ulteriores suscripciones de títulos de deuda subordinada, sino que se da por supuesto que la falta de asesoramiento inicial es suficiente para imputar a la entidad financiera toda la pérdida sufrida por los adquirentes.

Un caso muy similar, aunque sin que exista una suscripción periódica, sino dos adquisiciones independientes, es el resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:38; Pte. Sancho Gargallo). En ella, los demandantes suscribieron en 1992 títulos de deuda subordinada de Caixa Catalunya por valor de 31.252,52€ y en 2001, 2002 y 2011, participaciones preferentes por un total de 73.000€. Tras el canje forzoso de los títulos por la intervención de la entidad, recibieron 41.075,19€ y habían cobrado como intereses 33.500,22€. No se cuestiona la trascendencia que tiene el hecho de que los demandantes hubieran suscrito títulos de productos financieros complejos en 1992 sobre el alcance del deber de información, ni tampoco qué implicación puede tener la falta de asesoramiento inicial en las posteriores adquisiciones. El Tribunal Supremo concede una indemnización por la diferencia entre el valor invertido y la suma de lo recuperado tras el canje y lo cobrado como intereses.

⁴³ PANTALEÓN PRIETO (1991).

⁴⁴ PANTALEÓN PRIETO (1991: 1027).

⁴⁵ PANTALEÓN PRIETO (1991: 1026, NP. 18 y 1037, NP. 34).

Para comprender adecuadamente la finalidad asignada a este criterio, debe tenerse en cuenta que la imputación objetiva es para el autor un conjunto de criterios que permite a los tribunales determinar qué conductas deben ser puestas a cargo del agente que causa el daño y que corrigen los resultados de las teorías de la imputación basada en la causalidad⁴⁶. Sin embargo, no deja de formar parte de un aspecto basado en la determinación de la relación causal entre conducta y daño.

En definitiva, se entiende que el fin de protección del contrato equivale tanto a la previsibilidad del daño, por lo que no aportaría ningún elemento de valoración adicional, como a la necesidad de aplicar un criterio de imputación objetiva similar al de fin de protección de la norma y, por lo tanto, no imputar los daños que no deriven del incumplimiento de un deber.

IV.2.2. El fin de protección del contrato para Soler Presas

Soler Presas sigue la adopción del criterio por Pantaleón Prieto y explica que el fin de protección del contrato es un criterio de delimitación del daño resarcible que se basa en el *contenido y la función del contrato incumplido a la hora de determinar la extensión del resarcimiento*⁴⁷. Esta autora considera que este criterio se encuentra recogido en el Código Civil español en el artículo 1107 al establecer la regla de la previsibilidad para los deudores no dolosos⁴⁸.

Ahora bien, no interpreta esta restricción en un sentido estricto, sino que la matiza en ciertos aspectos.

En primer lugar, considera que es un criterio de imputación específico en materia contractual y que no deriva del criterio de fin de protección de la norma⁴⁹. En este punto, se diferencia de la doctrina alemana que da origen a esta restricción.

⁴⁶ PANTALEÓN PRIETO (1990: 1562-1563).

La obra de este autor supone la primera exposición sistemática que se realiza en España de los criterios de imputación objetiva en el ámbito civil. Previamente, habían sido tratados por la doctrina penal.

⁴⁷ SOLER PRESAS (1998: 43).

⁴⁸ SOLER PRESAS (1998: 44).

⁴⁹ SOLER PRESAS (1998: 54-55).

En segundo lugar, debe incluirse su apreciación según los tipos de incumplimiento⁵⁰. En este sentido, ante un incumplimiento doloso no será de aplicación el criterio de fin de protección del contrato, sino que el deudor deberá responder de todos los daños causados.

En tercer lugar, debe complementarse con otros como la previsibilidad⁵¹. Así, ciertos perjuicios —como las pérdidas que sufre un empresario por no poder insertar el producto adquirido en su cadena de producción— no serán resarcibles en virtud del fin de protección del contrato, aunque fueran previsibles⁵².

Finalmente, protegería frente a daños previsibles en su tipo, pero no en la cuantía —lo que en opinión de la autora no da la regla de la previsibilidad— y debe entenderse en el sentido de establecer un deber de mitigar el daño⁵³.

IV.2.3. El fin de protección del contrato para Morales Moreno

Morales Moreno introduce el criterio de fin de protección del contrato como aspecto delimitador de la responsabilidad por incumplimiento en su obra sobre el resarcimiento del lucro cesante. Este autor toma la expresión y la emplea en diversos sentidos.

En primer lugar, explica que el fin de protección del contrato es un criterio alemán de imputación objetiva para la delimitación del daño resarcible⁵⁴. De este modo, se tiene en cuenta si un daño resultaba previsible para el deudor al momento de incumplir.

En segundo lugar, se trata de un criterio de delimitación del daño basado en la interpretación del contrato⁵⁵. En este sentido, deben analizarse diversos aspectos para

⁵⁰ SOLER PRESAS (1998: 55-56).

⁵¹ SOLER PRESAS (1998: 55-56).

⁵² Esta autora se hace eco de los problemas que presenta la aplicación de la regla de la previsibilidad en el *common law*, en el sentido de que no permiten delimitar las pérdidas de gran cuantía que se califiquen como *consequential loss*. Principalmente, se refiere a casos en los que el transportista incumple y el bien que llevaba iba a ser inserto en una industria —en el sentido de negocio—. En esos casos, el transportista respondería no solo del problema vinculado a la mercancía, sino también de las pérdidas sufridas por el negocio.

⁵³ SOLER PRESAS (1998: 57-61).

⁵⁴ MORALES MORENO (2010: 150-153).

⁵⁵ MORALES MORENO (2010: 168-172).

determinar si un perjuicio es resarcible o no. Ejemplo de ello son la previsibilidad del daño, el tipo contractual utilizado, el precio abonado y los usos del tráfico. Todos estos aspectos llevan a determinar si el daño alegado está dentro del fin de protección del contrato y puede ser indemnizado o, por el contrario, recae fuera de este ámbito y no es resarcible.

Esta segunda interpretación parece inspirarse en el caso *The Achilles*⁵⁶, resuelto por la *House of Lords* británica.

Los hechos del caso son los siguientes: *The Achilles* es un carguero que fue arrendado el 22 de enero de 2003 por un período de cinco a siete meses a un precio diario de 13.500\$ de Estados Unidos. El 12 de septiembre de 2003, pactaron arrendadores y arrendatarios extender el periodo de arrendamiento por un plazo de cinco a siete meses a un precio de 16.750\$ estadounidenses y la fecha de devolución sería como muy tarde el 2 de mayo de 2004. En abril de 2004, las tarifas de flete habían subido significativamente, los arrendatarios manifestaron el 20 de abril de 2004 que devolverían el barco entre el 30 de abril de 2004 y el 2 de mayo de 2004. El 21 de abril de 2004, los propietarios arrendaron la embarcación a un tercero por un período de cuatro a seis meses a otra compañía por 39.500\$ estadounidenses y entregarían la embarcación como muy tarde al tercero el 8 de mayo de 2004. Con posterioridad, se puso de manifiesto que los arrendatarios no podrían retornar el barco hasta el 11 de mayo de 2004, por lo que los nuevos arrendatarios negociaron una modificación del contrato debido al retraso en la entrega y consiguieron una rebaja del precio de 8.000\$ estadounidenses por día y aceptaron una recepción posterior. La menor tarifa de arrendamiento se debía a una caída de las tarifas de mercado.

La propietaria del barco reclama una indemnización consistente en la diferencia de tarifa diaria en el nuevo arrendamiento por el número de días que duraría ese contrato, mientras que los arrendatarios que se retrasaron en la devolución de la embarcación

⁵⁶ *Transfield Shipping Inc V Mercator Shipping Inc [2008] UKHL 48*.

El comentario en español al caso se encuentra en GREGORACI FERNÁNDEZ (2011).

La autora recoge cómo la doctrina inglesa había manifestado ciertos reparos respecto a la regla de la previsibilidad y en qué sentido cambia la interpretación hasta entonces vigente en Inglaterra por esta sentencia. Finalmente, explica qué posibles pasos podían darse.

sostienen que la indemnización debe consistir en la tarifa diaria que abonaban por el número de días de retraso.

La *House of Lords* sostiene que la forma de decidir si un daño es indemnizable o no es determinar qué parte ha asumido el riesgo de que se manifieste, de modo que a través de una interpretación objetiva del contrato se decida si debe indemnizarlo el deudor o debe soportarlo el acreedor.

Así, debe contemplarse qué riesgo ha asumido cada una de las partes, lo que supone decidir qué tipo de pérdida debe soportar cada una. De este modo, la *House of Lords* sostiene que, conforme a los usos del comercio, el arrendatario de una embarcación que se retrasa en su devolución debe abonar el precio que pagaba por el tiempo de retraso, pero no asume el riesgo de pérdida que surge del hecho de que el propietario del buque lo arriende posteriormente a un tercero. Por ello, condena a indemnizar por la tarifa que abonaba el arrendador que se retrasa en la entrega por el número de días de retraso.

De todos modos, el desarrollo que realiza Morales Moreno de la doctrina de fin de protección del contrato no deja entrever (i) si opta por la interpretación alemana, por lo que sería un criterio de imputación objetiva con la finalidad de sustituir o reemplazar a la regla de la previsibilidad, o (ii) si introduce un criterio complementario al de la previsibilidad en el sentido de intentar trasladar a España la doctrina establecida en la sentencia *The Achilleas*. Dicho de otro modo, no se sabe claramente a qué hace referencia.

IV.3. El limitado reconocimiento jurisprudencial al fin de protección del contrato

En este epígrafe se exponen las dos resoluciones del Tribunal Supremo en las que se reconoce el fin de protección del contrato como criterio de delimitación del daño. Cada una de ellas se explica por separado y se resalta cómo la segunda toma la primera como referencia. Asimismo, se incide en la manera en la que este criterio sirve para resolver el litigio en cuestión.

IV.3.1. La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2011: el primer antecedente

La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2011 es la única resolución en la que el Alto Tribunal ha recogido expresamente el fin de protección del contrato como criterio de delimitación de la responsabilidad⁵⁷. La resolución tiene una elevada complejidad puesto que no se observa con claridad qué significado le atribuye el Tribunal Supremo ni para qué formula este criterio. Más bien parece que se deja llevar por corrientes doctrinales recientes en ese momento y lo incluye.

Los hechos que dan lugar al caso son los siguientes: tres sociedades son titulares en distintas proporciones de unos solares en Valencia y dos de ellas –que tienen exactamente los mismos socios– adquieren de la tercera su cuota. La finalidad de la operación es tener la titularidad de todos y poder edificar previa realización de las obras y adaptaciones urbanísticas correspondientes. Una de las sociedades adquirentes impaga el precio y la vendedora resuelve por incumplimiento. Además, acumula una pretensión resarcitoria por la cuantía del precio con base en que iba a invertir el dinero recibido con la compraventa en unos productos financieros y no ha podido hacerlo al no recibirlo.

El Juzgado de Primera Instancia estima la pretensión indemnizatoria; recurre la demandada en apelación y la Audiencia Provincial reduce la cuantía. La demandada interpone recurso de casación en el que alega la vulneración de los artículos 1106 y 1107.I del Código Civil. El Tribunal Supremo estima el recurso al explicar que se está ante un daño imprevisible al momento de contratar⁵⁸. Sin embargo, añade que la indemnización se ve limitada por el criterio de fin de protección del contrato que está formado por la conjunción entre la regla de la previsibilidad y la *consecuencia necesaria*⁵⁹.

⁵⁷ En la otra sentencia que se explica, la alusión al fin de protección del contrato no es expresa, sino que cambia mínimamente la terminología.

⁵⁸ *En el caso ahora enjuiciado la consecuencia perjudicial para el acreedor no sólo estaba ausente del fin de protección del contrato, sino que además no cabe encuadrarla en el concepto de daños y perjuicios previsibles y necesariamente vinculados al incumplimiento en los términos a que se refiere el artículo 1107 del Código Civil, pues se sitúa en un ámbito que resulta absolutamente extraño al propio contrato, como es el destino que el vendedor iba a dar al precio recibido, por lo que el motivo debe ser estimado y, en consecuencia, debe ser acogido en parte el recurso de casación.*

⁵⁹ *En consecuencia, los daños y perjuicios de los que había de responder el deudor eran, en este caso, los previstos o los que se hubieran podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que fueran consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento (artículo 1106 y 1107, párrafo primero, del Código Civil); en suma, aquellos que estuvieran dentro de la órbita del contrato o del fin de protección de intereses amparados por el mismo.*

Explica que este criterio se incluye en virtud de la dogmática que expresa que la indemnización supone un resarcimiento por aquellos daños de los que el contrato protegía o tutelaba⁶⁰.

Esta sentencia parece aplicar el criterio de fin de protección del contrato, puesto que define qué es y en qué consiste. Ahora bien, a la hora de resolver la cuestión planteada acude a la regla de la previsibilidad –expresamente recogida en el Código Civil– y hace referencia expresa a que es la verdadera *ratio decidendi*. Dicho de otro modo, en la sentencia se desarrolla qué es este criterio, pero no se aplica.

IV.3.2. La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2014: ¿la consolidación del criterio?

La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2014 adopta también la terminología del fin de protección del contrato y parece aplicarla a un caso para determinar el resarcimiento de un perjuicio. Si bien no explicita exactamente el *fin de protección del contrato*, sí se refiere a la *órbita del contrato* o el *fin de protección de intereses amparados por el mismo* y cita la resolución de 2011.

Los hechos que dan lugar al caso son los siguientes: la demandante⁶¹ vende a la demandada unos solares a cambio de un precio aplazado y pactan que ante el impago de las cantidades podrá resolverse el contrato – pacto comisorio –. Dado que la demandada entra en concurso de acreedores, no puede hacer frente a los pagos y la actora solicita la resolución del contrato por incumplimiento y una indemnización por el menor valor de los solares, puesto que a raíz de la crisis inmobiliaria habían bajado sustancialmente⁶². De

⁶⁰ A la hora de delimitar el daño indemnizable en la responsabilidad contractual, la dogmática actual acude a la doctrina del fin de protección del contrato que supuso, en sus orígenes en el Derecho alemán, aplicar al ámbito de la responsabilidad contractual la doctrina del fin de protección de la norma utilizada para la determinación de la responsabilidad extracontractual. Su formulación partía de la afirmación de que el contrato indica las obligaciones, señala qué intereses del acreedor han de ser satisfechos y explica qué consecuencias, de las producidas por el incumplimiento sobre el patrimonio del acreedor, debe reparar el deudor. El deudor no doloso que ha lesionado el interés del acreedor responde frente a él no, sin más, por todas las consecuencias imaginables de su conducta contraria al contrato, sino sólo por las pérdidas que se irroguen a los intereses del acreedor protegidos por medio del propio contrato, que son las que, además de previsibles, sean consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento.

⁶¹ El caso se resuelve dentro de un procedimiento concursal, concretamente, a través de un incidente.

⁶² En la sentencia se afirma que la bajada es de más de un 300%, pero esta cifra es matemáticamente incorrecta.

este modo pretende que se le resarza la diferencia de valor entre el precio por el que vendió los solares y el valor en el momento de resolver.

Existe conformidad en acordar la resolución, por lo que no es objeto de debate. Sin embargo, la indemnización sí resulta controvertida y el Juzgado de Instancia desestima la pretensión resarcitoria. Recurre en apelación la actora y solicita que se le reconozca la indemnización, y es estimada parcialmente su pretensión. Se considera que la compradora es deudora de buena fe, por lo que debe compensar el daño previsible al momento de contratar y puede aplicarse la moderación de la indemnización. Por todo ello, se concede un 25% de la cantidad solicitada.

Recurre en casación la demandada y solicita que se desestime la pretensión indemnizatoria por vulneración del artículo 1107 del Código Civil. El Tribunal Supremo estima el recurso al considerar que el deudor de buena fe no tiene que soportar los cambios de circunstancias del acreedor y, por ello, considera que el daño no es indemnizable por un deudor de buena fe⁶³. Ello se basa en que no parecía evidente que el ciclo alcista en el mercado inmobiliario fuera a acabar de esa manera ni que el número tan elevado de operadores en él fuera a concurso de acreedores⁶⁴. Además, complementa que las partes podrían haber pactado una cláusula penal para el caso de incumplimiento y no lo hicieron. Para la adopción de esta decisión considera que no es previsible que el mercado cambie

⁶³ Nada de ello se contempló en el contrato. Si se hubiera considerado por los actores que la restitución recíproca de las prestaciones a que se refiere el art. 1123.I Cc podía tener el efecto perverso de que su prestación (devolución del precio) iba a ser superior a la que recibía del deudor (los suelos), podían haber exigido su cumplimiento, pues los contratos de compraventa no contemplaban estipulaciones de compensación por daños y perjuicios, bien en forma de cláusula penal (ex art. 1152 Cc) o meramente indemnizatorias, moderables o no (art. 1124 Cc).

Razones de mercado, pero ajenas al contrato, han provocado la ruina del sector inmobiliario. Puede existir, por ello, una alteración de circunstancias que modifica la proporción o el equilibrio de las prestaciones, frustrando el fin económico del contrato. Lo que no debe soportar el deudor de buena fe son los daños y perjuicios que esta alteración de circunstancias provoca al acreedor.

No puede graduarse hasta el punto de fijar un nivel de responsabilidad con fórmulas equitativas, cuando las causas que motivaron los daños son ajenas al contrato, y sobre las que el deudor, incumplidor de buena fe, no ejerce ningún control (STS de 24 de febrero de 1993).

⁶⁴ Y parece evidente que en 2005, año en el que se contrató la compraventa de suelos, el ciclo alcista del sector inmobiliario que le precedió durante la última década (1997-2006), no podía hacer prever la magnitud de lo que ha venido en llamarse comúnmente como "burbuja inmobiliaria", con un alcance que, todavía hoy, no se puede afirmar que haya terminado. Buena prueba de ello es que desde finales de 2007 y durante los dos años siguientes, inmobiliarias, promotoras, y constructoras relacionadas con el sector, se vieron obligadas a presentar concurso -es el caso de MARTINSA-FADESA, entre las más importantes-, refinanciar su deuda financiera, enajenar activos, convenir daciones en pago, etc...

de manera tan brusca y, por tanto, no se le puede atribuir el riesgo al deudor, pero tampoco proporciona elementos decisivos en los que basarse.

La inclusión del fin de protección del contrato en esta resolución no es relevante, puesto que simplemente sirve para introducir que el deudor de buena fe no tiene que soportar todos los daños derivados de su incumplimiento, pero ni se proporciona una explicación de qué es este fin ni de su régimen jurídico. Simplemente, se enuncia esa frase y procede a aplicarse la regla de la previsibilidad como se formula en el artículo 1107 del Código Civil.

V. LA ARTICULACIÓN ENTRE PREVISIBILIDAD Y FIN DE PROTECCIÓN DEL CONTRATO: UN PROBLEMA SISTEMÁTICO

En este apartado, se exponen diversas maneras que existen de coordinar los criterios establecidos en el artículo 1190 de la Propuesta de Modernización de 2023. En primer lugar, se explica el problema que existe según la naturaleza jurídica que se atribuya a la regla de la previsibilidad y al fin de protección del contrato a la creación del régimen aplicable al deudor doloso. Es decir, en qué manera existe un régimen propio para el deudor doloso según se califiquen los criterios restrictivos para el deudor no doloso. En segundo lugar, se desarrollan las diversas maneras de comprender el régimen del deudor no doloso dependiendo de cómo se comprendan los criterios establecidos para él.

V.1. Previo: ¿un problema de coordinación en el artículo 1190 de la Propuesta de Modernización de 2023?

El artículo 1190 de la Propuesta de Modernización del Código Civil de 2023 establece, en apariencia, un doble régimen según el tipo de incumplimiento –no doloso o doloso–. Sin embargo, un análisis más profundo de su redacción pone en cuestión el doble régimen y permite cuestionarse si en realidad hay uno solo.

Ello se debe a que el régimen del deudor no doloso incluye dos criterios de delimitación del daño: la previsibilidad y el fin de protección del contrato. El deudor doloso no gozaría, en apariencia, de estas restricciones y respondería de todos los daños causados, siempre que le sean objetivamente imputables.

La principal dificultad que encuentra esta interpretación se da por el carácter de criterio de imputación objetiva que se otorga al fin de protección del contrato en la doctrina española. Coincide con la caracterización que se le otorga en Alemania –donde fue formulado–. Todo esto supone que, en principio, también debiera resultar de aplicación en el caso del deudor doloso.

Asimismo, el criterio de la previsibilidad es calificado mayoritariamente como de imputación objetiva. Especialmente relevantes son aquí las opiniones de Morales Moreno, Pantaleón Prieto o Soler Presas. Estos tres autores otorgan esta caracterización a la regla de la previsibilidad. Todo ello supone que, en principio, también deba aplicarse al caso del deudor doloso de conformidad con el artículo 1190.2 de la Propuesta de Modernización de 2023.

En suma, si el fin de protección del contrato y la regla de la previsibilidad son criterios de imputación objetiva, aparentemente, deben ser también de aplicación al deudor doloso, puesto que responde por el daño que le sea objetivamente imputable.

Las únicas opciones que permiten dotar de contenido propio el régimen del deudor doloso pasan por (i) negar la calificación de criterio de imputación objetiva a la previsibilidad y al fin de protección del contrato o (ii) entender que son criterios de imputación objetiva que no pueden aplicarse al régimen del deudor doloso.

Mediante la primera opción –no calificar la previsibilidad y el fin de protección del contrato como criterios de imputación objetiva– se consigue dotar de contenido a los dos regímenes. En relación con la previsibilidad es una cuestión más asumida por la doctrina, en tanto que se ha calificado tanto como criterio de imputación subjetiva como de delimitación del daño resarcible impuesto por la ley. El principal problema que presenta esta alternativa es para el fin de protección del contrato, puesto que siempre se ha calificado como criterio de imputación objetiva y es esta naturaleza la que ha tenido desde su formulación por Rabel.

Mediante la segunda opción –no aplicarlos al deudor doloso– se puede crear un doble régimen jurídico. Sin embargo, esta opción obliga a crear clases de criterios de imputación objetiva –los que siempre se aplican y los que no–. Además, la introducción de este tipo de sistema pervierte lo que es en sí la imputación objetiva y deja de ser en teoría un conjunto de criterios para determinar qué se imputa y que no guarda relación

con la conducta subjetiva del deudor a ser un puro criterio de imputación basado en el comportamiento del deudor⁶⁵.

V.2. La coordinación entre la previsibilidad y el fin de protección del contrato

Como se ha expuesto, el artículo 1190 de la Propuesta de Modernización del Código Civil de 2023 contiene dos criterios de delimitación del daño para el caso de incumplimiento no doloso: la previsibilidad y el fin de protección del contrato.

Respecto a la regla de la previsibilidad no hay divergencias sobre su contenido o funcionamiento: el deudor no resarcirá los daños que no pudo prever –imprevisibles– cuando celebró el contrato.

En cambio, las diversas interpretaciones que se dan en la doctrina española al fin de protección del contrato auguran una mayor dificultad. Ello se debe tanto a la falta de definición sobre qué son como a la coordinación entre los dos criterios.

V.2.1. La interpretación basada en el fin de protección del contrato como equivalente de la previsibilidad

Las interpretaciones que entienden el criterio de fin de protección del contrato como equivalente a la previsibilidad no suponen problema alguno a la hora de aplicar el artículo 1190 de la Propuesta de Modernización de 2023⁶⁶. Simplemente, se establece dos veces la previsibilidad del perjuicio como restricción indemnizatoria. Dicho de otro modo, el artículo 1190.1 debería leerse como una restricción basada en la previsibilidad al momento de contratar.

Fin de protección del contrato = Previsibilidad
Fin de protección del contrato + Previsibilidad = Previsibilidad + Previsibilidad

⁶⁵ Se trata de la crítica que GARCÍA AMADO (2013) realiza de este tipo de criterios y le lleva a considerar que son criterios subjetivos y sin relación con la determinación del nexo de causalidad.

⁶⁶ Por ejemplo, PANTALEÓN PRIETO (1991: 1027).

Se estaría, por lo tanto, ante una interpretación similar a la que realizan algunos autores del artículo 1107.I del Código Civil vigente. Este grupo entiende que *consecuencia necesaria* significa que el daño fuera previsto o previsible al momento de contratar⁶⁷. Por lo tanto, se reforzaría la necesidad de realizar el análisis de la previsibilidad.

En suma, mediante esta interpretación no se introduciría ninguna novedad en el artículo 1190 de la Propuesta, sino que se mantendría el criterio del artículo 1107 del Código Civil vigente, si bien con otra terminología.

V.2.2. La interpretación basada en el contenido atribuido por el Tribunal Supremo: la reintroducción de la consecuencia necesaria en la Propuesta de Modernización de 2023

El Tribunal Supremo explica en las dos sentencias en las que hace referencia al fin de protección del contrato que esta expresión significa la suma de la regla de la previsibilidad y la restricción basada en la *consecuencia necesaria* del artículo 1107.I del Código Civil vigente. Es cierto que las dos resoluciones en las que se hace referencia al criterio no se aplica el contenido atribuido a la expresión, sino que se resuelve con base en el criterio de la previsibilidad.

La interpretación basada en la suma de la *consecuencia necesaria* y la regla de la previsibilidad supondría que el artículo 1190 de la Propuesta de Modernización de 2023 incluyera una doble referencia a la previsibilidad y una adicional al criterio de consecuencia necesaria.

⁶⁷ GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO (2008: 147); LACRUZ BERDEJO (2011: 207); LEÓN GONZÁLEZ (2002: 147); MORALES MORENO (2010: 159).

Expresamente en contra de este criterio se muestra CRISTÓBAL MONTÉS (1989: 292-293; 1990: 570) al considerar que el Código Civil impone dos criterios: uno primero de necesidad y uno segundo de previsibilidad. De esta manera, el daño resarcible ha de ser siempre *consecuencia necesaria* y, dentro del daño *consecuencia necesaria*, debe distinguirse entre el previsible y el imprevisible.

Fin de protección del contrato = Previsibilidad + Consecuencia necesaria
Fin de protección del contrato + Previsibilidad = Previsibilidad + Previsibilidad + Consecuencia necesaria

Supone mantener parte de la complejidad del actual artículo 1107 del Código Civil que mezcla dos criterios de origen diverso: uno inspirado en ordenamientos extranjeros – regla de la previsibilidad– y otro creado por García Goyena –la consecuencia necesaria– en el marco del rechazo a la regla de la previsibilidad⁶⁸. Asimismo, esta interpretación se basaría en unas afirmaciones realizadas por el Tribunal Supremo que luego no llegan a ser aplicadas. De las dos resoluciones en las que hace referencia al fin de protección del contrato no se extrae ninguna consecuencia, puesto que acaba resolviendo los casos con base en la regla de la previsibilidad.

En conclusión, esta opción interpretativa tampoco alteraría el régimen vigente, sino que lo reforzaría al volver a introducir la expresión *consecuencia necesaria* en el texto, si bien de forma implícita.

V.2.3. El fin de protección del contrato a la alemana: el absurdo de la suma

La interpretación del criterio de fin de protección del contrato en el sentido alemán y su coordinación con la regla de la previsibilidad implica que este criterio no se aplique⁶⁹. Ello se debe al hecho de que la regla de la previsibilidad fija el daño resarcible al momento de contratar⁷⁰, de modo que ningún perjuicio imprevisible en ese momento y que posteriormente se pueda prever será indemnizable. En cambio, el fin de protección del contrato toma como referencia temporal el momento del incumplimiento para determinar

⁶⁸ Así lo explica el autor en los comentarios al artículo 1.016 del Proyecto de Código Civil de 1851.

⁶⁹ Como puso de manifiesto RUIZ ARRANZ (2016).

⁷⁰ No se está ni ante una liquidación de los tipos de perjuicio ni de su cuantía. Es decir, no se fija una estimación de cuál será la indemnización. Simplemente, se determina qué daño era imprevisible o previsible y son los que podrán resarcirse. Ahora bien, la imputación de la característica sobre la previsibilidad se realiza en el momento de reclamar la indemnización, pero se toma como referencia temporal el momento de la celebración del contrato.

el perjuicio resarcible. Es decir, no se fija el daño indemnizable al contratar, sino al incumplir.

La combinación de ambos criterios supone que no llegue a aplicarse nunca el de fin de protección del contrato. Ello se debe a que la regla de la previsibilidad actúa como una restricción más severa al no permitir que daños que son resarcibles en virtud del criterio de fin de protección del contrato –aquellos que con posterioridad a la celebración del contrato se descubre que ocurrirán y eran imprevisibles al contratar– no pueden ser resarcidos porque la regla de la previsibilidad lo impide.

Esto se observa muy claramente en el siguiente ejemplo⁷¹: la demandante es la vendedora de un solar en Valencia y pacta con la demandada –compradora– el pago del precio aplazado. En el momento de celebrar el contrato no le indica nada sobre qué va a hacer con el dinero obtenido, si reinvertirlo, gastarlo o depositarlo en una entidad financiera. Pero después de celebrado, le expresa su voluntad de invertirlo en un producto derivado que replica la evolución de la bolsa española, concretamente, del índice Íbex 35.

Llegado el momento de pago del precio, la compradora impaga y, tras los trámites correspondientes, la vendedora consigue resolver por incumplimiento. Reclama una indemnización por el beneficio no obtenido hasta ese momento si hubiera invertido el precio de la compraventa en el producto financiero⁷².

El daño sufrido por la vendedora es imprevisible al momento de contratar, puesto que nada se dice cuando se celebra el contrato sobre qué se quería hacer con el precio⁷³. Sin embargo, el daño sí era previsible al momento de incumplir, puesto que la vendedora conocía la voluntad de invertir el dinero. En este caso, sí resulta resarcible de acuerdo con el criterio de fin de protección del contrato.

Al combinar ambos, el resarcimiento del daño sufrido por la vendedora no procede, puesto que el criterio de previsibilidad lo impide. Ello supone que la regla de la

⁷¹ Se trata de una adaptación de los hechos de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2011.

⁷² Debe tenerse en cuenta que no es un beneficio especulativo. Ello se debe a que la comparación entre aquello que se habría invertido y el valor que tendría en ese momento configura la ganancia dejada de obtener.

⁷³ Es justo lo que afirma el Tribunal Supremo en la sentencia en la que se inspira este ejemplo.

previsibilidad actúe como una restricción más severa a la hora de determinar el daño indemnizable.

El único caso en el que el criterio de fin de protección del contrato puede implicar una restricción al resarcimiento distinta a las que impone la regla de la previsibilidad sería el supuesto de un daño previsible al momento de contratar y que, al incumplir, fuera imprevisible. Ahora bien, es un supuesto de laboratorio y cuya manifestación práctica parece inexistente.

En definitiva, se introduciría un criterio nuevo de delimitación del daño cuya función sería meramente decorativa. El hecho de que no pueda ser aplicado por ser más laxo que los ya vigentes supone que carezca de operatividad.

V.2.4. La interpretación basada en Soler Presas: un intento de dotar de contenido a la suma de los criterios

La única interpretación en la que ambos criterios se coordinan y cada uno tiene su lugar es la que realiza Soler Presas. Para esta autora, el criterio de previsibilidad presenta como gran inconveniente que la cuantía del daño no es tomada en cuenta⁷⁴. Además, rechaza la posibilidad de moderar con base en el artículo 1103 del Código Civil vigente la responsabilidad por daños previsible en su naturaleza, pero no en su cuantía. Ello supone que no hay una vía de escape para estos supuestos.

Sin embargo, la autora soluciona el asunto con el fin de protección del contrato, que tendría como misión evitar la responsabilidad por perjuicios de cuantía extraordinaria, si bien previsible.

A modo de ejemplo de cómo se aplicaría esta solución se presenta el siguiente caso: A compra a B una caja fuerte para instalarla en el domicilio. B desconoce que A es dueño de una tiara de elevado valor que perteneció a un miembro de la familia real de Prusia con un valor de 10 millones de euros. A sufre un robo en su casa y pierde la tiara, puesto que la caja fuerte no cumplía con los requisitos mínimos de seguridad. Era

⁷⁴ Téngase en cuenta lo explicado en el punto IV.3 de este artículo.

previsible para B al momento de contratar que A guardaría joyas en ella, pero no que tengan un valor tan elevado como el de la tiara.

En este supuesto, el criterio de previsibilidad no descartaría el resarcimiento del daño por la tiara, pero el de fin de protección del contrato, sí, puesto que el valor de la joya era extraordinario y desconocido para B.

Los problemas que plantea esta alternativa son (i) la desvinculación de la doctrina del fin de protección del contrato de su contenido original, (ii) la falta de claridad en su manifestación al no ser explícito que el fin de protección del contrato pretenda limitar la responsabilidad frente a daños de gran cuantía y (iii) que su formulación no es expresa, sino implícita al manifestar los problemas de la regla de la previsibilidad en Inglaterra cuando se aplica a los *consequential damages*.

Esta interpretación puede obviarse de maneras diversas. Por ejemplo, entendiendo que la regla de la previsibilidad se refiere también a la cuantía del perjuicio o mediante la introducción de vías de escape para ciertos supuestos.

VI. CONCLUSIONES

El artículo 1190 de la Revisión de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos modifica el régimen vigente en el actual artículo 1107 del Código Civil, al introducir el criterio de fin de protección del contrato como restricción adicional al resarcimiento por el deudor no doloso.

Esta alteración tiene un alcance muy reducido, puesto que su aplicación práctica será escasa o nula. Ello se debe a las interpretaciones que se han dado hasta el momento del criterio de fin de protección del contrato. Las que lo equiparan con el criterio de la previsibilidad no añaden nada respecto a la regla ya existente al reiterar la restricción que ya se encuentra vigente. Las que lo entienden en el sentido alemán –lugar de origen de este criterio– lo dejan sin aplicación, puesto que la restricción que impone coincide en su contenido con el de la previsibilidad, si bien de manera menos estricta.

La única forma posible de dotar de contenido a esta nueva restricción supone entender que se refiere a la previsibilidad respecto a la cuantía del daño. El principal problema que surge es que no guarda relación con el significado original alemán de fin

de protección del contrato. Además, resulta una interpretación fácilmente prescindible mediante la concepción de la previsibilidad como una restricción basada tanto en el tipo de daño como en la cuantía del perjuicio.

Dicho de otro modo, la introducción del fin de protección del contrato como criterio adicional no aporta nada. En la interpretación alemana, todos los daños que limita el fin de protección del contrato caen bajo el paraguas de la previsibilidad. En la interpretación que lo equipara con la previsibilidad, se reitera el contenido.

Todo ello lleva a pensar que seguramente sería mejor eliminar este criterio de la Propuesta de Modernización de 2023 con el fin de simplificar la regulación del alcance de la indemnización y mantener los criterios tradicionales, que la exposición de motivos del texto propuesto dice querer respetar.

Bibliografía

- ASÚA GONZÁLEZ, C. (2013), “Artículo 1107”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Comentarios al Código Civil. Tomo VI (arts. 1043 a 1264)*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- BEALE, H. G. (2021), “Damages”, en BEALE, H. G. (Ed.), *Chitty on Contracts*, vol. 1, 34.ª ed., Sweet & Maxwell, Londres.
- BEATSON, J., BURROWS, A. y CARTWRIGHT, J. (2020), *Anson’s Law of Contract*, 31.ª ed., Oxford University Press, Oxford.
- BIANCA, C. M. (2021), *Diritto Civile*, vol. 5, 3.ª ed., Giuffrè, Milán.
- BUSTO LAGO, J. M. (2014), “Sentencia de 10 de febrero de 2014”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 96 (pp. 241-256).
- CARRASCO PERERA, Á. (1991), “Artículo 1107”, en ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S. (Coords.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, vol. XV, Edersa, Madrid.
- CARRASCO PERERA, Á. (2024), *Derecho de contratos*, 4.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor.
- CRISTÓBAL MONTÉS, Á. (1989), *El incumplimiento de las obligaciones*, Tecnos, Madrid.
- CRISTÓBAL MONTÉS, Á. (1990), “El enigmático artículo 1107 del Código Civil español”, en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Centenario del Código Civil*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid.
- DERNBURG, H. (1894), *Pandekten*, vol. 2, 4.ª ed., G. W. Müller, Berlín.
- DI MAJO, A. (2009), *Le tutele contrattuali*, G. Giappichelli Editore, Turín.

- DÍAZ ALABART, S. (1989), “Artículo 1103”, en ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S. (Coords.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, vol. XV, Edersa, Madrid.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (2008), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo II. Las relaciones obligatorias*, 6.^a ed., Aranzadi, Cizur Menor.
- DJORDJEVIĆ, M. (2018), “CISG Art. 74”, en KRÖLL, S., MISTELIS, L. y PERALES VISCASILLAS, M. P. (Eds.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, 2.^a ed., Nomos Verlag, Múnich.
- DOMAT, J. (1844), *Las Leyes Civiles en su orden natural*, t. II, trad. de VILARRUELAS, F. y SARDA, J., Imprenta de José Tauro, Barcelona.
- FUENTES GUÍÑEZ, R. (2009), *La extensión del daño contractual en los derechos español y chileno*, tesis doctoral inédita, Universidad de Salamanca.
- FULLER, L. y PERDUE, W. (1957), *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza*, trad. de PUIG BRUTAU, J., Bosch, Barcelona.
- GARCÍA AMADO, J. A. (2013), “Sobre algunos mitos del derecho de daños. Causas que no causan e imputaciones objetivas bastante subjetivas”, en HERRADOR GUARDIA, M. J. (Dir.), *Derecho de daños*, Aranzadi, Cizur Menor.
- GARCÍA AMADO, J. A. (2022), “Imputación objetiva y responsabilidad civil por daño derivado de conducta dolosa”, en ÁLVAREZ OLALLA, P. (Dir.), *Nuevas perspectivas en la responsabilidad civil. Revisión crítica de la imputación objetiva*, Aranzadi, Cizur Menor.
- GARCÍA GOYENA, F. (1852), *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid.
- GARCÍA VICENTE, J. R. (2011), “Sentencia de 17 de marzo de 2011”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 87 (pp. 1775-1794).
- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M. (2008), *Imputación objetiva, causa próxima, alcance de los daños indemnizables*, Comares, Granada.
- GREGORACI FERNÁNDEZ, B. (2011), “Daños indemnizables en el Derecho contractual inglés: hacia una revisión de la «remoteness rule»”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 64, núm. 1 (pp. 125-156).
- JARAMILLO JARAMILLO, C. I. (2013), “Los deberes de evitación y mitigación del daño en el derecho privado contemporáneo”, en HERRADOR GUARDIA, M. J. (Dir.), *Derecho de daños*, Aranzadi, Cizur Menor.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (2011), *Elementos de derecho civil: derecho de obligaciones*, t. II, vol. I, Dykinson, Madrid.
- LANA ARCEIZ, V. J. (2025), *El deber de mitigar el daño. Un análisis desde la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías*, Aranzadi, Cizur Menor.

- LANGE, H. (1976), “Adäquanztheorie, Rechtswidrigkeitzusammenhang, Schutzzwecklehre und selbständiger Zurechnungsmomente”, *JuristenZeitung*, vol. 31, núm. 7 (pp. 198-207).
- LARENZ, K. (1927), *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung: ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der «juristischen Kausalität»*, Deichertsche Verlagsbuchhandlung Dr. Werner Scholl, Leipzig.
- LARENZ, K. (1958), *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. I, 3.^a ed., C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Múnich y Berlín.
- LEÓN GONZÁLEZ, J. M. (2002), “Acotaciones históricas al artículo 1107 del Código Civil”, en GARCÍA SÁNCHEZ, J., DE LA ROSA DÍAZ, P. y TORRENT RUIZ, A. (Coords.), *Estudios jurídicos in memoriam del Profesor Alfredo Calonge*, vol. II, Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, Salamanca.
- LÓPEZ MAS, P. J. (2021), *El lucro cesante. Configuración actual y criterios para su determinación judicial*, Dykinson, Madrid.
- LUPOI, M. (1969), *Il dolo del debitore nel diritto italiano e francese*, Giuffrè, Milán.
- MCGREGOR, H. (2009), *McGregor on Damages*, 18.^a ed., Sweet & Maxwell, Londres.
- MOMMSEN, F. (1855), *Beiträge zum Obligationenrecht. Zur Lehre von dem Interesse*, C. A. Schwerschke, Braunschweig.
- MONTÉS PENADÉS, V. L. (1995), “Sobre la responsabilidad del deudor de buena fe en el art. 1107 CC”, en DEPARTAMENTO DE DERECHO MERCANTIL (UNIVERSITAT DE VALÈNCIA) (Coord.), *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MONTÉS PENADÉS, V. L. (2007), “La responsabilidad por dolo”, en MORENO MARTÍNEZ, J. A. (Coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid.
- MORALES MORENO, A. M. (2010), *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Civitas, Madrid.
- OETKER, H. (2022), “§ 249 Art und Umfang des Schadenersatzes”, en KRÜGER, W. (Ed.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 2, vol. 1, 9.^a ed., Beck Verlag, Múnich.
- PANTALEÓN PRIETO, Á. F. (1990), “Causalidad e imputación objetiva: criterio de imputación”, en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Centenario del Código Civil*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid.
- PANTALEÓN PRIETO, Á. F. (1991), “El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 44, núm. 3 (pp. 1019-1092).
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1965), *El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, Gráficas Cóndor, Madrid.

- PEÑA LÓPEZ, F. (2011), *Dogma y realidad del Derecho de daños: imputación objetiva, causalidad y culpa en el sistema español y en los PETL*, Aranzadi, Cizur Menor.
- PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P. (2015), “La carga de evitar o mitigar el daño derivado del incumplimiento del contrato”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1.
- PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P. (2016), *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los Principios de Derecho Contractual Europeo*, Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, Madrid.
- PUIG BRUTAU, J. (1957), *Comentario a la traducción de Fuller y Perdue*, Bosch, Barcelona.
- RABEL, E. (1964), *Das Recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung*, vol. 1, reedición, Walter de Gruyter, Berlín.
- RAISER, T. (1963), “Adäquanztheorie und Haftung nach dem Schutzzweck der verletzten Norm”, *JuristenZeitung*, vol. 15, núm. 18 (pp. 462-466).
- ROSSI, F. (2014), “Capitolo III. Prevedibilità del danno”, en COSTANZA, M. (Dir.), *Il danno contrattuale*, Zanichelli Editore, Turín.
- RUIZ ARRANZ, A. I. (2016), “La doctrina de fin de protección del contrato como vía de delimitación del daño indemnizable en derecho alemán y español. Un análisis comparado”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 34 (pp. 409-440).
- SAENGAR, I. (2018), “Art. 74 [Umfang des Schadenersatzes]”, en FERRARI, F. (Coord.), *Internationales Vertragsrecht*, 3.^a ed., Beck, Múnich.
- SAELLES CLIMENT, J. R. (2007), *Exclusión y limitación de responsabilidad en la contratación entre empresarios*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia.
- SÁNCHEZ ARISTI, R. (2021), “Artículo 1107”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, 5.^a ed., Aranzadi, Cizur Menor.
- SCHERMAIER, M. J. (2007), “§§ 280-285”, en SCHMOECKEL, M., RÜCKERT, J. y ZIMMERMANN, R. (Coords.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, t. II, vol. 1, Mohr Siebeck, Tübinga.
- SCHWENZER, I. (2010), “Article 74”, en SCHWENZER, I. (Ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3.^a ed., Oxford University Press, Oxford.
- SCHWENZER, I. (2019), “Art. 74 [Umfang des Schadenersatzes]”, en SCHWENZER, I. y SCHROETER, U. G. (Coords.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)*, 7.^a ed., Beck, Múnich.
- SERRA RODRÍGUEZ, A. (2011), “La extensión de la obligación de indemnizar: algunas reflexiones en torno al art. 1107 CC”, en BLASCO GASCÓ, F., CLEMENTE

- MEORO, M., ORDUÑA MORENO, F. J., PRATS ALBENTOSA, L. y VERDERA SERVER, R. (Coords.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia.
- SOLER PRESAS, A. (1995), “El deber de mitigar el daño (a propósito de la STS 1.ª de 15-11-94)”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 48, núm. 2 (pp. 951-970).
- SOLER PRESAS, A. (1998), *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, Aranzadi, Madrid.
- VILLA, G. (2022), “Inadempimento contrattuale e risarcimento”, en ROPPO, V. (Dir.), *Trattato del contratto*, vol. V, 2.ª ed., Giuffrè, Milán.
- VIVAS TESÓN, I. (2014), “Sentencia de 10 de febrero de 2014”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 96 (pp. 281-306).
- VON CAEMMERER, E. (1956), *Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht*, Hans Ferdinand Schulz Verlag, Friburgo.
- WIELING, H. J. (1970), *Interesse und Privatstrafe vom Mittelalter bis zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Böhlau Verlag, Colonia y Viena.
- WINDSCHEID, B. (1865), *Lehrbuch des Pandektenrechts*, t. II, vol. 1, Verlagshandlung von Julius Buddeus, Düsseldorf.
- ZIMMERMANN, R. (1996), *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, Oxford.
- ZURITA MARTÍN, I. (2016), “Duty of mitigation, buena fe y relación de causalidad en la determinación de los daños contractuales indemnizables”, *InDret*, núm. 4.

Anexo jurisprudencial

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil)

- STS de 23 de julio de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3068).
- STS de 16 de enero de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:38).
- STS de 3 de junio de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1917).
- STS de 10 de febrero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:980).
- STS de 17 de marzo de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:2025).
- STS de 15 de junio de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:4384).
- STS de 30 de septiembre de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:5804).
- STS de 22 de febrero de 1946 (ECLI:ES:TS:1946:413).

Alemania

BGH, sentencia de 9 de diciembre de 2020 (VIII ZR 371/18; ECLI:DE:BGH:2020:091220UVIIIZR371.18.0).

BGH, sentencia de 21 de noviembre de 2019 (III ZR 244/18; ECLI:DE:BGH:2019:211119UIIIZR244.18.0).

LG Hannover, sentencia de 1910 (Recht 1910, 36).

Reino Unido

Transfield Shipping Inc v. Mercator Shipping Inc [2008] UKHL 48.

Hadley v. Baxendale (1854) 9 Exch. 341.