

Derecho Comunitario de la contratación, al que el autor somete, en una tesis contracorriente pero en mi opinión convincente, a las Juntas de Compensación, y también los relativos a las sociedades urbanísticas de economía mixta, que en algunas Comunidades Autónomas pretenden, sorprendentemente, vivir al margen de la normativa comunitaria), pero, para no alargar en exceso esta recensión, basta recordar el juicio antes expresado: nos hallamos ante uno de esos pocos libros que no puede dejarse escapar, y ante una exposición del Derecho Urbanístico que, además de ser enormemente útil para todos los interesados en él, incorpora decenas de aportaciones originales (que habrían justificado otros tantos artículos o varias monografías) que seguramente se consolidarán en nuestra doctrina y con las que tendrá que contarse, en todo caso, a partir de ahora.

Antonio Manuel MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Thomson-Civitas, Navarra, 2010, 192 págs.

por

BEATRIZ FERNÁNDEZ GREGORACI

*Investigadora Ramón y Cajal
Universidad Autónoma de Madrid*

La editorial Thomson-Civitas publica el discurso leído el día 8 de febrero de 2010 en el acto de recepción pública como Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación del Profesor Doctor don Antonio Manuel Morales Moreno.

1. ESTRUCTURA

El libro trata exactamente lo que su título indica: el lucro cesante derivado del incumplimiento contractual.

La obra se estructura en tres partes, precedidas de una *Introducción* (págs. 17 a 38). La primera parte es un análisis de las *Manifestaciones del lucro cesante en la responsabilidad contractual* (págs. 38 a 87); a continuación MORALES MORENO procede a la *Delimitación del daño indemnizable* (págs. 93 a 179); el autor concluye analizando los *Límites en la indemnización del lucro cesante* (págs. 180 a 192).

Cada una de las partes es una pieza cuya colocación no es fruto de la casualidad, sino que responde a una construcción doctrinal muy precisa, vertebrada por una idea: la del fin de protección del contrato.

2. PRECISIONES CONCEPTUALES Y TERMINOLÓGICAS

Para delimitar el objeto de estudio, en la *Introducción* se abordan algunas cuestiones conceptuales y terminológicas, cuya comprensión resulta imprescindible para situar al lector en el supuesto de hecho concreto que el autor desgrana a lo largo de todo el trabajo.

Además de detenerse, como no podía ser de otro modo, en el concepto de lucro cesante, se hace referencia también al concepto de *incumplimiento*, que se corresponde con el del Moderno Derecho de Obligaciones y Contratos y que cabe encontrar en los *Principles of European Contract Law* (PECL) y en la *Convention on International Sales of Goods* (CISG). Del moderno concepto de incumplimiento, el autor destaca dos características: su amplitud y su neutralidad. Es un concepto amplio, ya que incluye «*cualquier falta de ejecución o realización de las exigencias del contrato en cualquiera de sus manifestaciones*» (pág. 29); y es neutro porque «*no contiene ningún elemento de imputación de responsabilidad al contratante incumplidor y menos aún de reproche*» (pág. 30). Además, el concepto de incumplimiento defendido por MORALES MORENO «*contempla, ante todo, la falta de satisfacción del interés del acreedor garantizado por el contrato*» (pág. 30, énfasis del propio autor).

Por lo que respecta al *lucro cesante*, no es su definición lo que más preocupa al autor, tal y como puede comprobarse unas páginas más adelante, cuando trata los supuestos en que el comprador se ve privado del uso de la cosa como consecuencia del incumplimiento del vendedor. Situado en este caso concreto, MORALES MORENO se pregunta si la privación del uso de la cosa puede considerarse un daño consistente en un lucro cesante. El autor afirma que la respuesta a dicha pregunta depende, en gran medida, del concepto de lucro cesante que se maneje: es posible entender que el lucro cesante consiste en la mera privación de una ventaja que puede valorarse en dinero y a la que el acreedor tendría derecho en virtud del contrato; pero también cabe defender que sólo hay lucro cesante cuando la ventaja implica un flujo patrimonial o un aumento del patrimonio. Conforme a la primera tesis, la privación de la cosa sería lucro cesante; conforme a la segunda, no lo sería.

Pues bien, tras exponer las dos posibles opciones, el autor concluye con las siguientes palabras:

«[...] No me parece esencial cerrar la cuestión con una respuesta que tome partido por uno u otro de estos términos. Porque el concepto de lucro cesante ni está definido en el Código Civil ni regulado en él, especialmente, en ninguno de sus aspectos: aunque se identifique y distinga del daño emergente, está embebido en el concepto unitario de daño (art. 1.106 CC)», (págs. 63 y 64).

Lo anterior no significa, sin embargo, que el autor no defina el lucro cesante; de hecho lo hace en los siguientes términos: se trata de «*la ganancia que el acreedor ha dejado de obtener como consecuencia del incumplimiento del contrato*» (pág. 31). Ahora bien, no parece que la definición, en sí misma considerada, sea la idea fundamental que se desea transmitir en las primeras páginas de su trabajo; a mi parecer, la cuestión clave para el autor es otra: es la de que hay que distinguir claramente el lucro obtenido por el acreedor cuando el deudor cumple las obligaciones derivadas del contrato, del lucro cesante indemnizable en caso de incumplimiento contractual. Nadie mejor que el propio MORALES MORENO para explicar la importante distinción:

«Pues aunque las posibilidades de cada acreedor de obtener ganancias a partir del correcto cumplimiento del contrato sean amplias y diversas, no todas dan lugar a lucros cesantes indemnizables.

El contrato es un instrumento jurídico dirigido a la obtención de beneficios económicos. La obtención de un lucro o la indemnización del lucro

perdido corresponden a la propia esencia del contrato. Si la consideración del lucro que genera el contrato nos sitúa ante el proceso de creación de riqueza, la de la indemnización del lucro cesante nos coloca ante el reparto de los riesgos inherentes a ese proceso» (págs. 23 y 24).

Así pues, la idea de que es indemnizable todo aquello que el acreedor podría haber obtenido de haber sido cumplido el contrato por el deudor, aparece claramente rechazada desde las primeras páginas del libro.

Decía que en la Introducción se abordan cuestiones conceptuales y cuestiones terminológicas. Por lo que se refiere a estas últimas, el autor se detiene en dos: por un lado, indica que la expresión *responsabilidad contractual* la utiliza en el sentido tradicional de la palabra, esto es, referida única y exclusivamente a la indemnización de daños causados al acreedor por el deudor en caso de incumplimiento del contrato; no la usa, pues, en su sentido más amplio, es decir, comprensiva del conjunto de remedios con que cuenta el acreedor en caso de incumplimiento del deudor. Por otro lado, el autor distingue entre la *imputación objetiva* del lucro cesante y la *prueba* del lucro cesante. Ésta (la prueba) es una tarea previa a aquélla (la imputación objetiva); en efecto, probados los daños, éstos no serán inmediatamente indemnizados. Para ello deberá procederse a la determinación de los daños que son imputables objetivamente al incumplimiento del deudor.

3. OBJETIVO Y METODOLOGÍA

Tras las precisiones conceptuales y terminológicas indicadas, resulta claro el supuesto de hecho ante el que se sitúa el trabajo: *a)* se trata de un incumplimiento de contrato, en cualquiera de sus manifestaciones (no ejecución, retraso en la ejecución, ejecución defectuosa); *b)* dicho incumplimiento es imputable subjetivamente al deudor, y *c)* ha causado (en el sentido fáctico, que no jurídico, de la palabra) un lucro cesante que el acreedor ha probado cumplidamente.

Obsérvese que, tal y como indica el propio MORALES MORENO al comienzo del libro (pág. 17) quedan fuera del objeto de estudio: 1) el lucro cesante producido como consecuencia de otras manifestaciones de la responsabilidad, en particular de la responsabilidad extracontractual; y 2) el daño emergente.

La pregunta que el trabajo se ocupa de responder es la siguiente: ¿cuáles de las ganancias dejadas de obtener por el acreedor y probadas por él son indemnizables? En otras palabras, ¿cuál es el lucro cesante indemnizable?

Para responder a esta cuestión el autor utiliza la siguiente metodología.

En primer lugar, demuestra que es posible individualizar en cada contrato una serie de intereses que pueden quedar lesionados en caso de incumplimiento y que pueden verse afectados por la pérdida del lucro. Esta labor se realiza en el apartado titulado *Manifestaciones de la responsabilidad contractual*.

La pregunta que inevitablemente se plantea, una vez individualizados los intereses lesionados por el incumplimiento del contrato, es la siguiente: ¿cuáles de estos intereses merecen ser protegidos? El instrumento jurídico que permite al autor responder a esta pregunta es la *doctrina del fin de protección del contrato*, cuyos rasgos se apuntan ya de alguna manera cuando se analizan los tipos de intereses que pueden quedar lesionados por el incumplimiento, pero que encuentra su pleno desarrollo en el siguiente apartado, denominado *Delimitación del daño indemnizable*.

Ahora bien, no todo el lucro cesante indemnizable debe ser efectivamente indemnizado: existen unos límites a la indemnización del lucro cesante, de los que MORALES MORENO se ocupa en la última parte del trabajo.

En definitiva, el tipo de interés lesionado, el fin de protección del contrato y los límites a la indemnización del lucro cesante constituyen las ideas clave del libro. Ideas cuyos trazos esenciales intentaré perfilar en las líneas que siguen.

4. EL TIPO DE INTERÉS LESIONADO

MORALES MORENO distingue tres grandes tipos de intereses en un contrato: 1) el interés en el intercambio; 2) el interés en la prestación, y 3) el interés de conservación. Cada uno de los intereses indicados puede quedar lesionado en caso de incumplimiento.

En relación con el *interés de conservación o de integridad*, que es el «*interés que tiene cualquier sujeto en que no sean dañados por otro sus bienes, personales o patrimoniales*» (pág. 87), la principal cuestión que se analiza es cuáles son las reglas que deben ocuparse de la indemnización derivada de su lesión en el marco de una relación contractual. Como es sabido, no es ésta una cuestión pacífica. Existen dos posibles respuestas: *a)* la indemnización de estos daños se establece conforme a las reglas de la responsabilidad extra-contractual; o *b)* se produce una atracción de estos daños hacia el régimen de la responsabilidad contractual. El autor se inclina por la segunda de las opciones indicadas. Y motiva su decisión invocando las siguientes tres razones (pág. 91): 1) es en el marco de la relación contractual en el que esos daños se producen; 2) el contrato justifica la puesta en riesgo de los bienes dañados, y 3) el contrato ofrece el criterio para determinar la distribución del riesgo de que el daño se produzca.

Por lo que se refiere a los dos primeros tipos de intereses citados, el *interés en el intercambio* y el *interés en la prestación*, la metodología seguida en el análisis de ambos es la siguiente: el autor ilustra la explicación con la presentación de supuestos, algunos hipotéticos, otros extraídos de la jurisprudencia, caracterizados por el hecho de que el incumplimiento del deudor ha lesionado alguno de los intereses mencionados; en cada uno de estos supuestos se analiza pormenorizadamente qué remedios logran la satisfacción del acreedor.

No me voy a detener en todos y cada uno de los sugerentes casos que presenta el autor. Por el contrario, seleccionaré aquellos que, a mi modo de ver, ejemplifican el claro itinerario trazado por MORALES MORENO. Se trata de un itinerario que se dirige hacia una meta muy precisa: la tesis del fin de protección del contrato.

En los primeros casos a los que me referiré se pone de manifiesto la nueva perspectiva adoptada por el autor al enfrentarse a los supuestos de incumplimiento contractual. Esta nueva perspectiva se concreta en que el punto de partida debe estar constituido por la formulación de la siguiente pregunta: ¿cuál es el tipo de interés lesionado por el incumplimiento?

En otros casos se da un paso más y la pregunta se convierte en la siguiente: individualizado el tipo de interés lesionado, ¿cuál es la vía para determinar si dicho interés merece ser protegido?

El último tipo de casos de los que me ocuparé se caracterizan por el hecho de que la respuesta a las preguntas anteriores puede encontrarse en las normas reguladoras del contrato analizado.

4.1. EL TIPO DE INTERÉS LESIONADO COMO NUEVA PERSPECTIVA DE ANÁLISIS

Comenzaré por el caso estudiado en las págs. 41 a 45, incardinado en el interés en el intercambio. Dicho interés es el propio de los contratos de intercambio de bienes o servicios por dinero y se plasma en la denominada *ventaja del intercambio*, que se define como la ventaja de «*obtener bienes o servicios a precio inferior al del mercado o transferirlos (“prestarlos”) a un precio superior*» (pág. 39).

El interés en el intercambio se subdivide, a su vez, en tres tipos de intereses: *a)* el interés en obtener o realizar la prestación al precio del contrato; *b)* el interés en incorporar al patrimonio un determinado valor, y *c)* el interés en limitar temporalmente el efecto desfavorable. El caso al que ahora me refiero se incardina en el interés en obtener o realizar la prestación al precio del contrato.

En concreto, MORALES MORENO se detiene en el contratante favorecido por la equivalencia del intercambio: por ejemplo, el comprador que adquiere a un precio inferior al de mercado. Dicho comprador cuenta, en caso de incumplimiento del vendedor, con tres remedios que le procuran la satisfacción de su interés en obtener o realizar la prestación al precio establecido en el contrato.

Se lo procura, en primer lugar, la pretensión de cumplimiento, «*en cuanto permite ejecutar el contrato en los términos pactados*» (pág. 41).

También satisface su interés la resolución del contrato junto a la indemnización, canalizada esta última a través de la operación de reemplazo.

En caso de cumplimiento defectuoso, la reducción del precio satisface el interés lesionado del comprador.

Nótese cómo, a través de este ejemplo, el autor transmite varias ideas: 1) que existe un tipo de interés protegido (el del comprador en obtener la prestación a un precio inferior al de mercado); 2) que el incumplimiento del vendedor, en cualquiera de sus manifestaciones, lesiona dicho interés; 3) que los remedios, adecuadamente invocados y aplicados al caso, procuran la satisfacción del interés. Las tres ideas están canalizadas por el tipo de interés lesionado por el incumplimiento, por su identificación y por la satisfacción del mismo a través de los distintos remedios.

4.2. LA IDENTIFICACIÓN DEL INTERÉS LESIONADO Y PROTEGIDO

En el caso al que me he referido en las líneas anteriores se demuestra que es posible adoptar una nueva perspectiva para solucionar los supuestos de incumplimiento contractual: la de identificar el interés lesionado y, una vez identificado, intentar lograr su satisfacción a través de la oportuna invocación de los remedios. Nótese que en dicho caso el autor no entra en el análisis concreto de si procede o no procede proteger dicho interés; probablemente no se ocupa de esta cuestión porque en dicho caso parece bastante claro que la respuesta es positiva. Pero hay otros supuestos en los que la respuesta no es tan nítida, en los que, identificado el tipo de interés lesionado, no resulta claro que deba ser protegido. En este tipo de supuestos la pregunta que formula el autor es la siguiente: ¿cómo se determina si el interés lesionado merece protección?

Tomaré como ejemplo uno de los supuestos tratados por MORALES MORENO al analizar el interés en la prestación. Este tipo de interés se define como «*el*

interés en conseguir los lucros que permite obtener la prestación, comprendidos dentro del fin de protección del contrato» (pág. 49).

Con el objeto de estudiar este interés, el autor distingue dos grupos de contratos: por un lado, los de intercambio de bienes y servicios por una contraprestación; por otro lado, los de colaboración. Además, realiza un excursus estudiando lucros cesantes típicos en algunos contratos: en concreto, en la sociedad, en el mandato, en el mutuo y en el contrato de transporte.

En los contratos de intercambio, el interés en la prestación se proyecta en la obtención de dos tipos de lucros: *a)* el obtenido de modo directo e inmediato de la contraprestación recibida por los bienes y servicios; y *b)* el lucro obtenible a partir de la prestación de bienes o servicios. El caso al que me refiero a continuación se incardina en este segundo tipo de lucro.

El lucro obtenible a partir de la prestación de bienes o servicios se refiere al lucro que puede obtener el acreedor una vez recibida la cosa o el servicio. En algunos supuestos, el incumplimiento del contrato priva al acreedor del lucro proveniente de la productividad que iba a proporcionarle el bien o servicio objeto de la prestación. Dentro de este grupo de casos, el autor dibuja una línea divisoria entre los casos en que el incumplimiento implica privar al acreedor de los frutos de la cosa y aquellos otros en los que de lo que se priva es de la posibilidad de incorporar el bien o servicio a un proceso de producción.

En el primer supuesto, aquel en que el acreedor se ve privado de los frutos de la cosa, para que dicha pérdida sea indemnizable, esto es, para que el interés en la prestación que ha sido lesionado se considere protegible, es necesario que el contrato transmita un derecho sobre la cosa, de naturaleza real o personal, que incluya la facultad de percibir los frutos. Como afirma el autor: *«si la prestación se refiere a una cosa, hay que tener en cuenta cuál es el derecho adquirido, pues las facultades de tal derecho determinan los lucros que puede obtener el adquirente en cuanto titular del mismo»* (pág. 60).

En el segundo supuesto, esto es, cuando la lesión en el interés de la prestación se concreta en la privación al acreedor de la posibilidad de incorporar el bien o servicio a un proceso de producción, *«para que el deudor sea responsable, conforme a la regla del artículo 1107.1 del Código Civil, hace falta que el contrato tome en cuenta el destino que ha de recibir la prestación, como factor concurrente incorporado al proceso de producción del acreedor y que resulte garantizado por el contrato, el riesgo de que el incumplimiento impida obtener el beneficio de ese proceso productivo»* (pág. 70). Obsérvese que en este punto aparece ya apuntada la doctrina del fin de protección del contrato como herramienta para delimitar si el interés lesionado por el incumplimiento merece o no protección.

La doctrina del fin de protección del contrato vuelve a apuntarse de manera más clara aún, si cabe, cuando se pasa al estudio del interés en la prestación en los contratos de colaboración; en efecto, en ellos el autor pone de manifiesto lo siguiente:

«[...] la obtención de ciertos lucros es contenido directo o finalidad del propio contrato. Los lucros obtenibles están identificados y garantizados por el contrato. Su garantía corresponde, por tanto, al fin de protección del contrato» (pág. 76).

A partir del texto transcrito se desprende claramente que el fin de protección del contrato identifica qué intereses, de los lesionados por el incumplimiento del contrato, merecen ser protegidos.

4.3. EL INTERÉS PROTEGIDO POR EL CONTRATO. EL EJEMPLO DEL CONTRATO DE TRANSPORTE

De los diversos contratos tratados en el excurso titulado *Lucros cesantes típicos de algunos contratos*, me ocupo en estas líneas del contrato de transporte, cuya importancia reside en que el autor encuentra en su regulación una plasmación legislativa de la doctrina del fin de protección del contrato como instrumento jurídico para establecer si el interés lesionado está o no protegido.

El CCO limita la responsabilidad del porteador en caso de incumplimiento a los daños directamente conectados al objeto y función del contrato: se indemniza el valor de los efectos transportados en el lugar y el tiempo en que hubiera debido hacerse la entrega. Esta restricción de los daños indemnizables, restricción aparente según el autor (pág. 86), plasma, en realidad, el lucro cesante típico del contrato de transporte: el que el acreedor hubiera podido obtener en el lugar de destino mediante la reventa de la mercancía. Es el lucro cesante típico porque se encuentra estrechamente conectado con el objeto transportado y relacionado con la función que a menudo tiene este contrato y que consiste en comerciar con la cosa.

5. EL FIN DE PROTECCIÓN DEL CONTRATO

En el apartado titulado *Delimitación del daño indemnizable*, el autor construye la tesis central del trabajo. Ésta puede resumirse del siguiente modo: el instrumento jurídico que permite delimitar, entre los daños causados, cuáles son, en el plano jurídico, objetivamente imputables al contratante incumplidor y, por tanto, indemnizables, es el del fin de protección del contrato.

El apartado se divide en tres grandes partes: una aproximación histórica; una aproximación al Derecho Comparado; y un análisis del artículo 1.107 del Código Civil español. No me voy a detener en cada uno de estos apartados. Creo más adecuado resaltar las aportaciones más significativas que se desprenden de la construcción de la tesis central.

5.1. LA REVISIÓN DEL CONCEPTO DE «PREVISIBILIDAD». PREVISIBILIDAD Y DAÑO INDEMNIZABLE

Cuando se procede al estudio de los daños indemnizables en caso de incumplimiento contractual resulta inevitable enfrentarse al concepto de *previsibilidad* del daño. Baste recordar el conocido tenor del artículo 1107.I del Código Civil, en virtud del cual:

«Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento».

Pues bien, MORALES MORENO somete a revisión la idea tradicional de la previsibilidad; y lo hace en tres momentos distintos. En primer lugar, al ocuparse de la doctrina de POTHIER (págs. 112 a 122). En segundo lugar, cuando dirige su mirada al *Common Law* (págs. 129 a 144). En tercer lugar, al estudiar el artículo 1107.I del Código Civil español (págs. 157 a 172).

Antes de pasar a analizar cada una de estas partes del libro, parece adecuado adelantar qué entiende el autor por previsibilidad e imprevisibilidad del daño.

Para MORALES MORENO *previsible* es aquello que: a) está en relación próxima con la función del contrato; o b) aquello que las partes han acordado expresa o tácitamente que es previsible, a pesar de estar fuera de la función del contrato.

Por otro lado, *imprevisible* es: a) aquello que no está en la función del contrato y que las partes no han acordado ni expresa ni implícitamente; o b) aquello que, a pesar de estar incluido en la función del contrato, las partes no han previsto.

Nótese que la construcción de ambos conceptos está íntimamente vinculada a la autonomía de la voluntad.

Pues bien, MORALES MORENO demuestra, a través de un cuidadoso estudio de los textos de POTHIER, que el autor francés construyó la idea de la previsibilidad y de la imprevisibilidad desde la voluntad de los contratantes.

A través de los ejemplos presentados por el propio POTHIER, MORALES MORENO pone de manifiesto que daños *previsibles* son: a) aquellos que se encuentran en relación próxima con la función ordinaria del contrato incumplido, y b) daños que, a pesar de situarse más allá de la función ordinaria del contrato, han sido previstos por las partes mediante su incorporación expresa o tácita al mismo.

Por ejemplo, POTHIER analiza la responsabilidad del arrendador que surge en caso de evicción. Esta responsabilidad alcanza, según el autor francés, a los gastos de traslado de la cosa y al posible mayor precio del arrendamiento por el tiempo pendiente. «*Tales daños —observa MORALES MORENO— se encuentran en relación próxima con la función del contrato de arrendamiento, que es proporcional al goce de la cosa durante cierto tiempo*» (pág. 115). El lucro cesante del arrendatario en la actividad comercial que desarrolla no está incluido en el fin ordinario de un contrato de arrendamiento de una casa. Pero, observa POTHIER, dicho lucro puede ser imputado al arrendador si en el contrato se ha tomado en consideración la finalidad concreta para la que se ha hecho el arrendamiento. Porque en este caso, el daño, a pesar de estar alejado del fin ordinario del contrato, «*es un daño cuyo riesgo ha sido previsto*». *Puede considerarse que el arrendador se ha sometido tácitamente a él*» (pág. 117).

En cuanto a la imprevisibilidad del daño, de los textos de POTHIER se desprende que «*Un tipo de daño, imputable conforme al contrato, deja de serlo si el mismo es imprevisible para el deudor en el momento de contratar. La razón de esta limitación está, también, en la autonomía de la voluntad. No se puede considerar querido lo no conocido*» (pág. 117).

En relación con el *Derecho Comparado*, el análisis del Derecho francés reviste, desde luego, importancia, pues, como es de sobra conocido, en él se inspiró el legislador español al redactar el artículo 1.107 del Código Civil. Y a este respecto es encomiable el estudio minucioso de la tesis de Isabelle SOULEAU, autora seguida de manera casi unánime por la doctrina francesa actual (págs. 122 a 129). El análisis del Derecho alemán es también imprescindible, pues ha rechazado la idea de la previsibilidad; es un Ordenamiento que opera sin ella (págs. 144 a 153). Pero, como apuntaba en líneas anteriores, es en el estudio que MORALES MORENO presenta del *Common Law* en el que me voy a detener.

En el *Common Law* la idea de la previsibilidad ha sufrido una evolución, de la que el autor da cuenta. En un primer momento los tribunales ingleses

y los americanos fundaron la imputación de los daños en un acuerdo tácito (*tacit agreement*) de asumirlos. Pero en una segunda fase, el *tacit agreement* ha sido generalmente rechazado, siendo predominante la tesis de que «*el conocimiento imputa objetivamente los daños (ipso iure) al margen de la voluntad; aunque la voluntad puede excluirlos*» (pág. 135). MORALES MORENO da cuenta de una nueva corriente doctrinal que vuelve a la idea del *tacit agreement*, «*[l]o que, en el fondo, supone deshacer el camino recorrido por el Common Law, dejar de basar la imputación objetiva en el conocimiento de cada contratante y volver a colocar su fundamentación en el pacto*» (pág. 137). Dicha revisión se plasma en una tesis doctrinal, la *instrumental promises theory*, elaborada por Andrew TETTENBORN, y en virtud de la cual el deudor responde en la medida en que su incumplimiento priva al acreedor del beneficio que debía proporcionarle el contrato (págs. 137 a 142).

Una vez constatado que a partir de POTHIER y de la reciente doctrina del *Common Law* se desprende la necesaria conexión entre la previsibilidad y la autonomía de la voluntad, MORALES MORENO pasa a analizar el artículo 1107.I del Código Civil español. Son dos las afirmaciones que parece importante destacar a este respecto:

1. Para el autor, cuando el precepto citado se refiere a la *previsibilidad del daño en el momento de contratar* y a la *consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación*, no está exigiendo dos requisitos diferentes, sino uno solo, que expresa de distinta manera, como demuestra el estudio del proceso de elaboración del Código Civil (págs. 158 a 163).

2. El artículo 1.107 debe reinterpretarse a la luz de la doctrina de POTHIER. Así pues, la expresión *daños previstos* no son los que prevé, unilateralmente, el deudor al tiempo de contratar, como posible consecuencia de su incumplimiento; son aquellos daños contemplados en el contrato. La expresión *daños que se hayan podido prever al tiempo de contratar* debe interpretarse como un límite en la imputación de daños: «*hay daños que, aun pudiendo considerarse comprendidos en el fin de protección típico del contrato celebrado no son imputables al deudor porque, en concreto, no eran previsibles para él en el momento de contratar*» (pág. 168).

5.2. LA DETERMINACIÓN DEL FIN DE PROTECCIÓN DEL CONTRATO COMO TAREA DE INTERPRETACIÓN Y CONSTRUCCIÓN DE LA REGLA CONTRACTUAL

A partir de las líneas anteriores, se desprende claramente que para MORALES MORENO la previsibilidad es un concepto que debe ir unido al de fin de protección del contrato, pues previsible es aquello que está en relación próxima con la función típica del contrato o que, no estándolo, ha sido previsto por las partes. Ahora bien, tal y como el propio autor apunta (pág. 168), no suele ser habitual encontrar en un contrato una previsión expresa sobre los daños indemnizables. ¿Cómo se determina, entonces, el fin de protección del contrato? Para responder a esta cuestión hay que «*proceder a interpretar el contrato*» (pág. 168).

Nótese, pues, que la naturaleza jurídica de la regla contenida en el artículo 1107.I del Código Civil es la de una norma de remisión al contrato; no es, por tanto, una norma dispositiva. La diferencia entre atribuir una naturaleza jurídica u otra a la previsibilidad ha sido explicada recientemente en el *Common Law*. En el conocido como caso *Achilleas* [Transfield Shipping Inc. V. Mercator Shipping Inc (2008)], Lord Hoffman apunta que existen dos maneras

de entender la previsibilidad: como regla jurídica externa impuesta a las partes; o como asunción *prima facie* de lo que puede entenderse que han querido las partes. En el primer caso, la regla de la previsibilidad sería una regla de Derecho dispositivo; en el segundo, una norma de interpretación del contrato. La diferencia fundamental entre ambas maneras de entender la previsibilidad radica en el modo en que puede excluirse su operatividad: si se trata de una regla de Derecho dispositivo, resulta necesario el pacto en contrario; si es una regla de interpretación, es la propia interpretación la que nos proporciona el instrumento para decidir.

5.3. FIN DE PROTECCIÓN DEL CONTRATO E IMPUTACIÓN OBJETIVA

¿Es el fin de protección del contrato un criterio de imputación objetiva del daño? Esta pregunta no se formula expresamente en el libro reseñado. Sin embargo, me atrevería a decir que para el autor la determinación del fin de protección del contrato es algo previo y, por tanto, quizá no totalmente idéntico a la imputación objetiva del daño.

La lectura global del libro parece transmitir que en la determinación del daño indemnizable en caso de incumplimiento contractual imputable subjetivamente a un deudor de buena fe entran en juego dos tipos de filtros. En el primer filtro se trata de determinar si el interés lesionado está o no protegido por el contrato. En este primer nivel se situaría el fin de protección del contrato. A este propósito, en la página 172 puede leerse lo siguiente:

«el sistema ordinario [contemplado en el art. 1107.I CC] configura, a partir del contrato, adecuadamente interpretado, el interés protegido, y limita a la lesión de ese interés el daño indemnizable causado por el incumplimiento».

En el segundo filtro procede establecer si la lesión al interés protegido es o no imputable objetivamente al incumplimiento. En este segundo nivel colocaríamos los diversos criterios de imputación objetiva.

Pues bien, el primer filtro no entra en juego en el caso del deudor doloso, tal y como apuntan las palabras del autor que reproducimos a continuación:

«la función de este artículo [...] es impedir que el deudor que con su incumplimiento doloso causan un daño fuera del ámbito del fin de protección del contrato, pueda prevalerse del sistema ordinario de imputación de la responsabilidad contractual, fundado en el incumplimiento del contrato, para evitar indemnizar ese daño» (pág. 177).

Sea o no un criterio de imputación objetiva, lo que parece claro es que el fin de protección del contrato se aplica de manera previa al resto de criterios y que es propio de la responsabilidad contractual del deudor de buena fe; no opera, pues, en la responsabilidad extracontractual ni en la responsabilidad contractual del deudor doloso.

6. LOS LÍMITES A LA INDEMNIZACIÓN DEL LUCRO CESANTE

En el último apartado del libro analizado, MORALES MORENO se detiene en los límites a la indemnización de lucro cesante. En concreto, se ocupa del

deber de mitigar el daño y de la concurrencia de la indemnización con otros remedios.

El *deber de mitigar el daño* exige al acreedor tomar aquellas medidas que, atendidas las circunstancias del caso, se estiman razonables para evitar o paliar la propagación de las consecuencias del daño causado o incluso evitar que el daño llegue a producirse (pág. 180). El autor distingue varias situaciones y analiza las diversas medidas de mitigación que el acreedor estaría obligado a adoptar, así como el momento en que deben adoptarse dichas medidas paliativas. Especial atención le merece la operación de reemplazo que define como la «*celebración de un nuevo contrato, similar al incumplido, a través del cual el acreedor puede satisfacer directa e indirectamente su interés*» (pág. 183).

El ejercicio de *otros remedios* puede implicar también una reducción de la indemnización. El autor analiza la coordinación de este remedio con la pretensión de cumplimiento, con la suspensión del cumplimiento por el acreedor, con la reducción del precio y con la resolución del contrato. Probablemente la coordinación del último de los remedios citados con el remedio indemnizatorio sea la que revista mayor dificultad; por esta razón me detendré en exponer cómo se enfrenta el autor a ella.

La premisa de la que parte su análisis es la siguiente: la resolución del contrato no es óbice para la indemnización del interés positivo; es precisamente ésta la que satisface el interés del acreedor justificado en el contrato cuando, tras la resolución, el daño persiste. Resulta necesario, sin embargo, arbitrar unas pautas de coordinación, que el autor construye fundamentalmente a partir de los dos efectos básicos de la resolución: *a)* el efecto liberatorio, y *b)* el efecto restitutorio. Dichos efectos pueden conllevar ventajas para el acreedor insatisfecho: el restitutorio, en cuanto incluye, además de las prestaciones, las ventajas obtenidas de ellas por cada uno de los contratantes antes del momento en que se produce la restitución; el efecto liberatorio, en cuanto que justifica que el acreedor insatisfecho retenga los provechos de la prestación por él debida y que no ha ejecutado siquiera. Ambas ventajas deben ser descontadas de la indemnización pues, de lo contrario, se produciría un enriquecimiento del acreedor.

7. A MODO DE CONCLUSIÓN

La indudable calidad científica de la obra reseñada no me corresponde a mí, discípula de su autor, valorarla y transmitirla. Me limitaré a reproducir unas palabras del Académico de Número encargado de responder al discurso. Don Luis Díez-Picazo y Ponce de León afirmó lo siguiente:

«Se trata, como el auditorio habrá comprendido con rapidez, de un magnífico discurso. Es un discurso de claro corte académico para una fiesta académica, y es, al mismo tiempo, un trabajo de investigación en el que el autor nos introduce por una serie de vericuetos que con anterioridad se encontraban escasamente transitados.»