

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA



**LA EXTENSION DEL DAÑO
CONTRACTUAL EN LOS DERECHOS
ESPAÑOL Y CHILENO**

Tesis Doctoral

DIRECTOR:

Dr. JOSE MARIA LEON GONZALEZ

CODIRECTORA:

Dr. EVA MARIA MARTINEZ GALLEGOS

DOCTORANDO:

RODRIGO ABELARDO FUENTES GUIÑEZ

A mi madre, por su cariño, los valores que me inculcó y sus consejos, que hasta el día de hoy me da con generosidad y lucidez.

A mi hermana Paulina, por su cariño, inteligencia excepcional y buen corazón.

Un especial reconocimiento para don José María; más que un Director de tesis, un verdadero guía y amigo. Sin duda, de lo mejor que me tocó conocer en España.

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I.- PLANTEAMIENTO Y VALORACIÓN GENERAL DEL PROBLEMA.....	9
CAPITULO II.- LAS SOLUCIONES EN EL DERECHO COMPARADO.....	16
I.- SISTEMA ALEMAN.....	16
1.- DISPOSICIONES LEGALES.....	17
2.- EXPOSICION DEL SISTEMA.....	19
A.- Características relevantes.....	19
B.- Fundamentos y críticas al sistema de extensión del daño.....	21
C.- Propuestas de modificación	25
D.- El aporte de la doctrina	28
E.- Conclusión.....	34
II.- EL CODIGO DE LAS OBLIGACIONES SUIZO.....	35
1.- NORMATIVA.....	35
2.- REGIMEN INDEMNIZATORIO.....	36
A.- Descripción general.....	36
B.- La facultad moderadora.....	38
a.- Factores de moderación de la responsabilidad.....	39
1) Factores expresamente contemplados.....	40
2) Causal genérica de moderación.....	43
b.- Campo de aplicación.....	44
C.- Influencia.....	46
III.- SISTEMA LATINO.....	49
IV.- SISTEMA DEL COMMON LAW.....	55
1.- EXPLICACION PREVIA.....	55
2.-LOS CRITERIOS DE DELIMITACION DEL DAÑO.....	56
A.- Remoteness.....	57
a.- Torts.....	58
b.- Breach of contract.....	61
1) Caso “Hadley v. Baxendale”.....	62
2) Caso “Victoria Laundry (Windsor) Ltd. v. Newman Industries Ltd”.....	65
3) Caso “Czarnikow V Koufos, the Heron II”.(1969).....	69
4) El caso “Parsons v. Uttley Inham”.- (1979).....	71
B.- Impecuniosity.....	73
C.- Duty to mitigate.....	76
a.- unreasonable action.....	77
b.- unreasonable inaction	77
D.-No damages beyond the defendant’s minimum contractual obligation...78	

CAPITULO III. EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y EL DERECHO COMUNITARIO.....	79
I.- LA CONVENCION DE VIENA.....	80
II.- PRINCIPIOS EUROPEOS DEL DERECHO DE CONTRATO.....	86
III.- PRINCIPIOS DE UNIDROIT.....	92

Primera Parte
EL DERECHO ESPAÑOL.

CAPITULO I.- EL DEUDOR DE BUENA FE Y SU RESPONSABILIDAD.....	97
I.- LA ORIGINAL EXPRESION DEL DERECHO ESPAÑOL.....	97
II.- SIGNIFICADO Y ALCANCE DEL TERMINO DEUDOR DE BUENA FE.....	99
1.- ANTECEDENTES.....	99
2.- LAS POSICIONES DOCTRINALES.....	102
III.- RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR DE BUENA FE.....	113
1.- NATURALEZA OBJETIVA O SUBJETIVA DE SU RESPONSABILIDA.....	113
2.- EL DEUDOR DE BUENA FE ANTE LA JURISPRUDENCIA.....	124
3.- CRITERIOS DELIMITADORES DEL QUANTUM.....	129
 CAPITULO II: EL CRITERIO DE LA CAUSALIDAD: LAS CONSECUENCIAS NECESARIAS DEL INCUMPLIMIENTO.....	 131
I.- ALGUNAS OBSERVACIONES.....	131
II.- FORMACION HISTORICA.	136
1.- DERECHO ROMANO.	136
2.- DERECHO COMUN.	146
A.- DUMOULIN (<i>Tractatus de id quod interest</i>).....	146
B.- DOMAT (<i>Les lois civiles</i>).....	148
C.- POTHIER (<i>Traité des obligations</i>	162
3.- EL CODIGO CIVIL FRANCES.	171
4.- EL CODIGO CIVIL ESPAÑOL.	174

III.- EL SIGNIFICADO TECNICO JURIDICO DE LA EXPRESION CONSECUCION NECESARIA.....	178
1.- LAS APORTACIONES DE LA DOCTRINA	178
A.- Los dos planos de la causalidad.....	180
B.- La distinción entre cuestiones de hecho y de derecho.....	186
C.- La teoría de la imputación objetiva.....	195
a.- El criterio del riesgo general de la vida.....	202
b.- El criterio de la prohibición de regreso.....	203
c.- El criterio de provocación.....	211
d.- El criterio del incremento del riesgo.....	212
e.- El criterio de “fin de protección de la norma fundadora de la responsabilidad”.....	215
f.- El principio de confianza	217
g.- El criterio de la adecuación.....	218
2.- EL DEBER DE MITIGAR EL DAÑO.	221
A.- Antecedentes.....	221
B.- La distinción entre evitar y mitigar el daño	226
C.- Fundamentos.....	231
D.- Naturaleza y contenido.....	236
a.- Las medidas conservativas.....	238
b.- Las medidas de reparación.....	241
c.- Las medidas de sustitución o reemplazo.....	242
d.- La aceptación de una prestación inexacta o incompleta.....	253
E.- Efectos de la carga mitigadora.....	256
3.- LA REGULARIDAD CAUSAL.....	258
A.- Explicaciones previas.....	258
B.- La concepción de la doctrina mayoritaria.....	260
C.- Nuestra opinión	269
IV.- SU APLICACIÓN EN MATERIA EXTRA CONTRACTUAL.....	276
CAPITULO III. LA PREVISIBILIDAD DEL DAÑO.....	284
I.- ORIGEN Y FORMACION HISTORICA DEL CRITERIO DE LA PREVISIBILIDAD.....	284
1.- ANTECEDENTES EN EL DERECHO ROMANO.....	284
2.- DERECHO COMUN.	290
A.- La original aportación de DUMOULIN.....	293
B.- Los tres sentidos de la previsibilidad en DOMAT.....	305
a.- La previsibilidad como criterio de extensión del daño.....	306
b.- La previsibilidad como sinónimo de consecuencia necesaria ...	310
c.- La previsibilidad como criterio de moderación.....	311

C.- <i>La consolidación de la teoría de la previsibilidad en la obra de POTHIER</i>	312
3.- <i>EL CODIGO CIVIL FRANCES</i>	330
4.- <i>EL CODIGO CIVIL ESPAÑOL</i>	333
II.- LA PREVISIBILIDAD EN EL TEXTO. SU SIGNIFICADO TECNICO JURIDICO	337
1.- <i>-PREVISIBILIDAD Y CULPABILIDAD</i>	339
2.- <i>OBJETO Y FUNCION DEL JUICIO DE PREVISIBILIDAD</i>	342
A.- <i>Significado y función de la previsibilidad</i>	342
B.- <i>El daño intrínseco y la previsibilidad</i>	350
C.- <i>Análisis objetivo o subjetivo de la previsibilidad</i>	357
D.- <i>Naturaleza jurídica o de hecho del juicio de previsibilidad</i>	360
E.- <i>Previsibilidad de la clase del daño versus de la clase y cuantía</i>	363
F.- <i>Momento de la apreciación de la previsibilidad</i>	369
3.- <i>LA DETERMINACION DE LA PREVISIBILIDAD: LOS INDICES DE PREVISIBILIDAD</i>	370
A.- <i>Los índices de previsibilidad</i>	372
a.- <i>Las declaraciones puestas en conocimiento del deudor</i>	372
b.- <i>Las apariencias exteriores</i>	373
c.- <i>La economía del contrato</i>	375
B.- <i>Las características de los contratantes</i>	376
C.- <i>Las estipulaciones del contrato</i>	377
4.- <i>PREVISTO Y PREVISIBLE</i>	387
5.- <i>FUNDAMENTO DE LA PREVISIBILIDAD</i>	391
A.- <i>La previsibilidad como manifestación de la voluntad tácita de las partes</i>	391
B.- <i>La previsibilidad como manifestación de la adecuada distribución de los riesgos</i>	393
C.- <i>La previsibilidad es una manifestación de la facultad moderadora</i>	395
D.- <i>La previsibilidad como manifestación de la inexistencia de la responsabilidadcontractual</i>	395
E.- <i>El fundamento de la teoría del análisis económico del derecho</i>	399
F.- <i>El fundamento de la previsibilidad en el principio de referencia al contrato</i>	401
G.- <i>Nuestra opinión</i>	402
6.- <i>PREVISIBILIDAD Y CAUSALIDAD</i>	407
III.- PREVISIBILIDAD Y RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL	415
CAPITULO IV. EL DEUDOR DOLOSO	425
I.- EL CONCEPTO DE DOLO	425

1.- ANTECEDENTES.....	425
A.- <i>El dolo en el derecho romano</i>	425
B.- <i>Su concepción en el derecho común</i>	428
2.- EL DOLO EN EL DERECHO VIGENTE.....	433
A.- <i>El dolo en el incumplimiento contractual</i>	434
a.- <i>La noción de dolo</i>	434
b.- <i>Problemas que plantea el dolo en el incumplimiento</i>	435
B.- <i>El dolo ante la jurisprudencia</i>	446
II.- EXTENSION DE LOS DAÑOS INDEMNIZABLES POR EL DEUDOR DOLOSO.....	454
CAPITULO V. LA MODERACIÓN DEL QUANTUM	466
I.- ANTECEDENTES.....	467
1.- ANTECEDENTES HISTORICOS.....	467
2.- EL DERECHO COMPARADO.....	469
II.- LA MODERACION EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	472
1.- EL ORIGEN DE LA NORMA.....	472
2.- FUNCION DE LA FACULTAD MODERADORA.....	475
3.- NATURALEZA Y PRESUPUESTOS.....	476
4.- LOS CRITERIOS O FACTORES DE MODERACION.....	480
A.- <i>La concurrencia de culpas</i>	481
B.- <i>Monto de los daños superior a la previsión de las partes</i>	484
C.- <i>La conducta del deudor</i>	485
D.- <i>Gratuidad o precio notablemente inferior a su valor de mercado</i>	487
E.- <i>La situación económica de las partes</i>	488
F.- <i>Otros factores</i>	490
5.- CARACTERISTICAS DE LA FACULTAD DE MODERACION.....	492
A.- <i>responde a una cuestión del quantum respondeatur</i>	492
B.- <i>Es una facultad discrecional</i>	492
C.- <i>Es una facultad no revisable en casación</i>	494
D.- <i>No constituye un mandato para el juzgador</i>	495
E.- <i>No está sometida a regla alguna</i>	496
F.- <i>Es una facultad aplicable de oficio por los tribunales</i>	497
6.- CAMPO DE APLICACION.....	497
A.- <i>La facultad de moderar y la responsabilidad extracontractual en el Código civil</i>	498
B.- <i>La facultad de moderar y la responsabilidad objetiva</i>	499
C.- <i>La facultad de moderar y la cuantificación del daño en la responsabilidad contractual</i>	500

Segunda parte
LA EXTENSION DEL DAÑO CONTRACTUAL EN EL DERECHO CHILENO.

CAPITULO I. DESCRIPCION GENERAL DEL SISTEMA.....	503
CAPITULO II: LA RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR NO DOLOSO.....	509
I.- DEUDORES A LOS QUE COMPRENDE.....	509
II.- CRITERIOS DE EXTENSION DEL PERJUICIO APLICABLES.....	516
1.- <i>CONSECUENCIA INMEDIATA Y DIRECTA</i>	518
A.- <i>La distinción de las dos funciones de la causalidad</i>	518
B.- <i>El daño directo en el derecho chileno</i>	522
a.- <i>La naturaleza del nexa causal</i>	523
b.- <i>El concepto de daño directo</i>	528
1) <i>El deber de mitigar el daño</i>	536
2) <i>La anormalidad del daño</i>	545
2.- <i>LA PREVISIBILIDAD DEL DAÑO</i>	546
A.- <i>Concepto</i>	547
B.- <i>Daño previsto y previsible</i>	548
C.- <i>La determinación de la previsibilidad</i>	549
D.- <i>La previsibilidad ante la jurisprudencia</i>	553
a.- <i>La concepción restringida del perjuicio previsto</i>	553
b.- <i>Hacia una ampliación del concepto del daño previsible</i>	555
E.- <i>La distinción entre previsibilidad y relación causal</i>	561
CAPITULO III. EL DEUDOR DOLOSO.....	563
CAPITULO VI. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1558 EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.....	567

CONCLUSIONES

I.- CONCLUSIONES SOBRE LA EXTENSIÓN DEL DAÑO CONTRACTUAL EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	571
II.- CONCLUSIONES SOBRE LA EXTENSIÓN DEL DAÑO CONTRACTUAL EN EL DERECHO CHILENO.....	577
BIBLIOGRAFIA.....	580
TEXTOS LEGALES.....	591

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I:

PLANTEAMIENTO Y VALORACIÓN GENERAL DEL PROBLEMA.-

En el año 531 de nuestra era, el emperador JUSTINIANO quiso poner término a un ya viejo problema: el de la extensión del daño indemnizable. A fin de solucionar lo que en sus propias palabras eran *dubitationes antiquae in infinitum*, dictó su famosa Constitución estableciendo reglas diferentes para los llamados casos *certi* e *incerti*. Pensó el famoso emperador que de esta forma daba fin a los inextricables rodeos que había caracterizado hasta el momento la fijación del *quantum resarcitorio*. No podía estar más equivocado.

Han transcurrido casi exactamente mil quinientos años, y en este tiempo, como es evidente, son otros los reinos y los gobiernos; son otras las lenguas y las ideas; son otras las legislaciones y sus interpretaciones; y, en fin, son otros los casos que buscan solución; pero hoy como ayer algo permanece prácticamente inalterable: las *dubitationes in infinitum* que las normas sobre valoración del *quantum* suscitan.

Plantear el problema que están llamadas a resolver las normas sobre extensión del perjuicio indemnizable es una tarea relativamente sencilla: Deben decidir ante un determinado hecho lesivo qué perjuicios deberá indemnizar el responsable y qué daños no será de su cargo reparar. En otras palabras, una vez solucionados los problemas del *an respondeatur*, esto es, determinado el sujeto llamado a resarcir, y establecidos los perjuicios materialmente ocasionado por el acto ilícito o incumplimiento obligacional, las

normas del *quantum respondeatur* están destinadas a decidir las partidas o clases de daños indemnizables y, como lógica consecuencia, decide también los que no se repararán y que, en definitiva, deberán ser soportados por la propia víctima.

Lo señalado permite apreciar que la idea de la reparación íntegra ha sido siempre más una quimera o ideal que una realidad práctica, y el Derecho nunca ha tenido como fin el resarcimiento sin límites a favor del dañado; y ello a pesar del sentimiento de injusticia que en un primer momento pueda producirnos ver a la víctima no indemnizada del todo.

Siguiendo a DE ANGEL, podemos afirmar que la verdadera orientación en materia de *quantum resarcitorio* se encuentra el principio de la *valoración equitativa*¹. El propio JUSTINIANO nos indicaba que elevar el cómputo hasta el infinito puede llevar a su propia imposibilidad y que, por lo mismo, los daños siempre deben tasarse con la *competente moderamine*. Fue también esta aspiración de lograr una adecuada limitación, para así favorecer a la nascente industria, la que llevó a los Tribunales ingleses a adoptar las enseñanzas de POTHIER en materia de previsibilidad, incorporándola junto a un serie de criterios de delimitación del perjuicio; todo lo cual lleva también sin duda a afirmaciones del estilo: *the full compensation is also rather vague principle*².

La tarea, entonces, de los criterios de extensión del perjuicio es lograr el justo medio en materia de *quantum resarcitorio* para evitar, por un lado, una mezquina indemnización en desmedro de la víctima y, por otro, que la reparación llegue hasta el infinito y haga en definitiva inviable e ilusorio el resarcimiento. En pocas palabras: se persigue la equitativa o adecuada moderación.

De esta forma, la real complicación surge, en primer lugar, con la elección por parte del legislador de las reglas o criterios que se utilizaran en la tarea de delimitar el perjuicio indemnizable; después, con la interpretación de las mismas y, finalmente, con su aplicación al caso concreto. A lo menos

¹ DE ANGEL YAGÜEZ, RICARDO, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 55 y ss.

desde un punto de vista intelectual, y considerando que estamos entregados a lo que en su momento decidió el legislador de turno, lo primordial para nosotros son los dos últimos problemas, vale decir, la interpretación y aplicación de los criterios actualmente existentes en nuestro ordenamiento. Sin perjuicio, que tarde o temprano esta labor pueda influir para mantener o modificar la elección de las reglas actualmente vigentes.

La complejidad del tema es manifiesta. Prueba de lo anterior, es la disparidad de criterio que existe incluso al calificar la naturaleza de las normas sobre extensión del perjuicio. Así, **para DURANTON no existe problema más abstracto que éste**, donde las leyes deben contentarse con indicar reglas generales, dejando la aplicación de las mismas a la astucia del tribunal según las circunstancias y los hechos de la causa³. Una opinión absolutamente diferente es la sostenida por **LAURENT**, quien comentando la opinión del anterior autor, señala que en verdad **no existe cuestión más práctica que aquella de los daños e intereses**⁴. Como se comprenderá, entre “no hay materia más abstracta”, según uno, y “no hay materia más práctica”, en opinión del otro, no queda mucho margen para matizar o acercar posiciones. Esta discrepancia entre dos grandes autores no sólo demuestra la complejidad del tema, sino que marca el inicio de otras tantas dudas respecto a una serie de aspectos del *quantum respondeatur*, que han tenido desde siempre afanado a los juristas en lograr su solución o comprensión.

Los ordenamientos de los distintos Estados deben enfrentar una serie de controversias sobre las reglas que rigen la extensión del perjuicio. No son la excepción, por supuesto, los países seguidores del sistema francés o latino —a los cuales adscribe España y Chile—, y parece ser que aquí las vacilaciones interpretativas se dan aún con mayor intensidad. Precisamente, al decir de LEÓN, estas interminables dudas que ha suscitado y todavía suscita la vieja pregunta del *quantum respondeatur* es un indicio de que el problema no es de fácil solución y de que aquí no se plantean cuestiones de mero

² Idem., p. 56.

³ DURANTON, DI. M., *Corso di diritto civile, secondo il codice francese*, 4a edic. napolitana, a cura de L. Parente, Napoli, n. 480, p. 138.

⁴ LAURENT, F., *Principi di diritto civile*, trad. al italiano de A. Di Majo, v. XVI, Roma 1881, n. 282, p.

hecho⁵. En verdad, los llamados o criterios, reglas o principios de extensión del perjuicio son de naturaleza jurídica o normativa, y el no comprenderlo ha sido una de los motivos que ha impedido avanzar en su verdadera comprensión.

Estos criterios o principios jurídicos del sistema latino, plasmados en el *Code*, y de ahí a los textos que le siguen, no fueron creados de un momento a otro en la mente del gobernante de turno. Muy por el contrario, ellos son el fruto de un largo proceso que terminó con la codificación. En un momento en que la doctrina de extensión del daño había logrado su madurez y autonomía respecto a los antiguos textos del *Corpus juris civile*, el legislador francés procedió a extraer los términos que, en su opinión, mejor la reflejaban. En consecuencia, las palabras utilizadas por la ley se apartan de su sentido literal y su significado está en íntima relación con su rico contenido doctrinario e histórico. De lo expuesto, resulta evidente que para desentrañar el verdadero sentido y alcance de estos criterios delimitadores, se debe recurrir al estudio de su gestación y desarrollo. De más está decir que lo anterior no representa una opinión aislada ni novedosa, pues desde ROCES, la generalidad de los autores postulan la necesidad del análisis histórico de las normas del *quantum*⁶.

En suma, las expresiones legales que cobijan las normas sobre extensión del perjuicio —*consecuencias inmediata y directa y daño previsto y previsible*—, son la **descripción sintética o sincopada** de una doctrina desarrollada a través de los siglos a partir de los textos romanos y enriquecida por el aporte de diferentes juristas, y únicamente el estudio de su formación histórica permitirá su adecuada comprensión, sin que a este respecto existan atajos posibles.

261

⁵ LEÓN GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA, "Anotaciones Históricas Al Artículo 1.107 del Código Civil", en "Estudios Jurídicos In Memoriam del Profesor Alfredo Calonge", Vol. II, Impresora Gráfica Varona, Salamanca - España, 2002, p. 580

⁶ Así los sostiene ROCES en sus Anotaciones al libro de FISCHER, HANS A, *Los daños civiles y su reparación*, traducido al alemán por W. Rocés, Madrid, Biblioteca de la Revista de Derecho Privado, 1928, p. 286. En igual sentido, y aportando un importante material histórico, LEÓN GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA: *Gravedad de la culpa y extensión del resarcimiento (Notas para una interpretación de los artículos 1.103 y 1.107 del Código Civil)*, obra inédita, pp. 39 y ss. También PANTALEÓN, FERNANDO, "El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)", en *ADC*, t. XLIV, 1991, pp. 1073 y ss., y CARRASCO PERERA, ANGEL, "Comentario al artículo 1.107", en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XV, Madrid, 1989, pp. 710 y ss.

Pero no se crea que estámos ante un mero problema histórico o teórico sin consecuencias prácticas. Ni la causalidad, ni los criterios de limitación del perjuicio se han creado para seducir el espíritu de juristas ociosos, como parecen afirmar, o por lo menos creerlo por ahí algunos. Todo lo contrario. Se trata de un tema del derecho patrimonial, con directas implicancias en la economía de los países. No por nada, MOLINEUS escribió su *Tractatus* para lograr la ampliación del daño indemnizables, en una época en que los límites de la Constitución de JUSTINANO se hacía demasiado rígidos. De igual forma, los juristas anglosajones, en su momento, con la mentalidad práctica que los caracteriza, buscaron los medios de delimitar los perjuicios a reparar, y con ello fomentar la creciente industria nacida durante el siglo XIX. En fin, no es mera casualidad que éste sea uno de los temas que interesa a los seguidores de la llamada teoría del análisis económico del derecho.

Y si bien deficientes reglas o normas sobre la materia pueden causar alteraciones en la economía de un país, lo que más afecta al desarrollo económico o comercial es la incertidumbre que provoca la falta de seguridad jurídica en la adecuada interpretación y aplicación de las mismas. Por ello, no se puede renunciar a conocer el verdadero significado de estas normas y acudir al fácil expediente de afirmar que en estos temas será simplemente el criterio del juzgador de turno el que decida. Al contrario, es deber de los estudiosos del derecho intentar dilucidar el sentido técnico jurídico de los criterios de extensión del perjuicio, para que de esa forma los actores económicos puedan tener claridad respecto a las consecuencia que podrá acarrear el incumplimiento de sus compromisos.

Se ha elegido el estudio de las reglas de valoración del *quantum* en sede contractual por distintas razones: en este ámbito nacieron y se desarrollaron; aquí también es donde sin lugar a ninguna duda reciben aplicación todas ellas; y, finalmente, porque la atención de los autores ha estado centrada más bien en el ámbito de responsabilidad por hechos ilícito, en desmedro de la contractual.

El presente estudio se inicia con una referencia a los principales sistemas de extensión del perjuicio en el Derecho comparado occidental, para apreciar que los problemas o interrogantes en todos ellos son los mismos, y las respuestas que se han dado no presentan grandes diferencias, como en un primer momento pudiera pensarse. La parte fundamental del trabajo está dedicado al Derecho español, con innegables referencias a los ordenamientos jurídicos francés e italiano. Se dedica un capítulo a cada uno de los criterios contemplados por el Código civil español (*previsibilidad, consecuencia necesaria y moderación judicial*), donde junto a su formación histórica se estudiará sus aspectos dogmáticos, y las conclusiones alcanzadas hasta el momento por la jurisprudencia. En el caso específico del criterio *consecuencias necesarias*, se estimó oportuno realizar también un análisis de la causalidad y el encuadramiento dentro de ella de la regla en estudio, como un principio jurídico propio de una de las funciones del nexo causal. Además, se dedican capítulos independientes para el análisis de los conceptos utilizados por la norma española, como son el *deudor de buena fe* y el incumplidor *doloso*, y las distintas dudas que en relación con ellos se han suscitado.

La segunda parte y final del trabajo se dedica al derecho chileno. Se evitan aquí en lo posible las repeticiones inútiles, y se dedica al análisis de los aspectos particulares de la legislación chilena o las peculiares interpretaciones que ha dado su doctrina y jurisprudencia, teniendo siempre presente las conclusiones dogmáticas a que se ha llegado en la primera parte del estudio.

Se ha intentado abarcar los principales problemas que plantean las normas sobre extensión del perjuicio, en especial el verdadero significado y función de cada uno los criterios. Para cumplir tal objetivo, hemos debidos desprendernos de arraigadas creencias sobre el *quantum resarcitorio* y proponer nuevas formas de entenderlo, teniendo siempre presente la doctrina más atenta en su estudio.

La tarea sin duda ha sido compleja y difícil, y aunque se ha tenido un buen guía en estas aguas tormentosas, no se puede esperar ni aspirar dar respuesta o solución definitiva a los numerosos cuestionamientos que se plantea y que seguirán planteando. Muchas de estas interrogantes llevan mil

quinientos años aguardando una respuesta satisfactoria, por no decir dos mil o más —ya JUSTINIANO las calificaba como *dubitationes antiquae in infinitum*—. Esperamos, eso sí, que sea un paso, entre muchos otros que nos han precedido, en la elaboración de una doctrina moderna sobre la determinación del daño contractual en el derecho español y chileno.

CAPITULO II.-

LAS SOLUCIONES EN EL DERECHO COMPARADO.

La breve revisión de los sistemas más importantes de extensión del daño en el Derecho occidental, que ha continuación se exponen, tiene una doble finalidad: en primer lugar, hacer presente las diferencias, semejanzas y aproximaciones en la respuesta que dan al problema del *quantum* resarcitorio; y, en segundo lugar, advertir que la doctrina, en mayor o menor medida, no se encuentra satisfecha con ninguna de las soluciones alcanzadas hasta el momento por los distintos ordenamientos.

I.- SISTEMA ALEMAN.

Es indudable que el sistema ideado por el *Code* y seguido por numerosos otros códigos, entre ellos el español y el chileno, presenta variadas complicaciones y dudas interpretativas. Esta, creemos, es la razón por la cual algunos autores desean la simplificación de nuestro sistema. Tal objetivo se lograría eliminando las distinciones actualmente existentes sobre los grados de culpabilidad y origen de la responsabilidad, utilizadas para fijar una mayor o menor extensión del perjuicio resarcible. De esta forma, —se nos dice— se prescindiría también de clasificaciones y conceptos oscuros y de difícil precisión, como son la *previsibilidad* y el daño *directo* o *necesario*. En opinión de estos autores, no sólo se acabaría con los problemas interpretativos, sino

también con la situación de inequidad que significa, ante idéntico perjuicio, dar reparación más amplia a unos que a otros. *En resumen, se anhela un sistema de reparación integral para todos, cualquiera sea la fuente de la responsabilidad y el grado de culpa del responsable.*

En ese contexto, el sistema alemán aparece como el modelo a seguir: sencillo, sin distinciones ni conceptos ambiguos, y con reparación total para el dañado, cualquiera sea el grado de culpa en que haya incurrido el responsable⁷. Sin embargo, la realidad es otra, pues, la sencillez del BGB — por no decir su parquedad—, ha originado serias dificultades en la práctica, circunstancia que lo ha hecho merecedor de fuertes críticas por parte de su doctrina. Dificultades y críticas que impiden estimarlo como una alternativa viable para el reemplazo de nuestro sistema⁸.

1.- DISPOSICIONES LEGALES.

Para el estudio de la extensión del daño tiene importancia los párrafos 249, 252 y 254 del BGB⁹.

⁷ Hacemos presente que la reforma al BGB del año 2002 incluyó una nueva redacción para el §276; sin embargo, se mantuvo el principio de la responsabilidad del deudor por dolo o culpa. Por ello se dice que la reforma implicó una mejora en la redacción del precepto; pero no alteró el fundamento de la responsabilidad, y, en realidad, nada cambió. Ver ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS: “Un nuevo Derecho de obligaciones. La reforma 2002 del BGB”, en *ADC*, t. LV, 2002, p. 1168.

⁸ Aparte de no ser completamente cierta la afirmación de que el BGB consagra un sistema de reparación integral en forma absoluta, desde el momento que contempla el criterio limitativo del deber de mitigar el daño.

⁹ Las disposiciones del Código Civil Alemán, en su traducción al castellano, según *Código civil alemán Comentado BGB*, cuya traducción corresponde a EIRANOVA ENCINAS, EMILIO, Madrid - España, Marcial Pons, 1998, son del siguiente tenor:

§ 249: *El obligado a reparar el daño, deberá restablecer el estado de las cosas que existiría a no haber ocurrido el hecho que origina aquella obligación. Si el daño consiste en la lesión de una persona o deterioro de una cosa, el acreedor puede reclamar, en lugar de la reparación efectiva, el dinero necesario para realizarlo.*

§ 252: *Lucro Cesante.*

La indemnización incluirá también el lucro cesante. El lucro cesante es aquel que probablemente se habría esperado en el curso normal de los acontecimientos o de acuerdo con circunstancias especiales, sobre todo a la luz de los preparativos y planes realizados”.

§ 254 (*Compensación de Obligaciones*)

1. Si cualquier tipo de culpa por parte de la persona dañada ha contribuido a causar el daño, la obligación de indemnizar a la parte perjudicada y el alcance de la indemnización a realizar depende de las circunstancias; sobre todo de hasta qué punto el daño ha sido causado predominantemente por una u otra parte.

§ 249 Art um umfang des Schadensersatzes

Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.

Ist wegen Verletzung einer Person oder wegen Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten, so kann der Gläubiger statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen. Bei der Beschädigung einer Sache schließt der nach Satz 1 erforderliche Geldbetrag die Umsatzsteuer nur mit ein, wenn und soweit sie tatsächlich angefallen ist.¹⁰

§ 252 Entgangener Gewinn

Der zu ersetzende Schaden umfasst auch den entgangenen Gewinn. Als entgangen gilt der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte.

§254 Mitverschulden

Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist.

*Dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, dass er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen musste, oder dass er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern.
2Die Vorschrift des § 278 findet entsprechende Anwendung¹¹.*

2. Esto se aplica también incluso si la culpa del perjudicado consistió sólo en una omisión a la hora de llamar la atención del deudor acerca del peligro de un daño anormalmente alto que el deudor ni conocía ni debiera haber conocido, o en una omisión a la hora de evitar o mitigar el daño. La disposición del § 278 se aplica mutatis mutandis.

¹⁰ Apartado segundo del § 249 transcrito incluye agregado de la *Zweite Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften* (La segunda ley de modificación de las disposiciones del Derecho de Daños) de 19 de junio de 2002.

¹¹ El § 278 se refiere a la responsabilidad por los auxiliares.

2.- EXPOSICION DEL SISTEMA.

A.- CARACTERISTICAS RELEVANTES.

El sistema de reparación del daño estructurado en el BGB presenta profundas diferencias con el de inspiración francesa; circunstancia que por lo demás tanto autores germanos como latinos han hecho notar¹². Reconocido lo anterior, debemos advertir que no se pretende realizar una descripción detallada de las diferencias entre ambos sistemas, ni tampoco efectuar una visión pormenorizada del derecho a la indemnización en Alemania. El objetivo perseguido es más sencillo: indicar los aspectos más relevantes de la normativa germana sobre reparación del perjuicio, deteniendo nuestro análisis en el aspecto que interesa al presente estudio, esto es, la solución dada al problema del *quantum* resarcitorio.

Aclarado lo anterior, partamos por indicar que los párrafos 249 a 255 del BGB, encargados de regular el modo y forma en que deben resarcirse los perjuicios, así como la extensión de la pretensión indemnizatorias, son de aplicación general¹³, sin importar el fundamento específico de la obligación de resarcir¹⁴. En consecuencia, **en Alemania el quantum indemnizatorio tiene**

¹² A modo meramente ejemplar, entre los autores españoles hace presente la divergencia entre ambos sistemas, ROCES en sus Acotaciones al libro de FISCHER., *Los daños civiles y su reparación*, cit., pp. 278 y siguientes. Entre los alemanes, hacen presente esta diferencia COING, HELMUT, *Derecho privado europeo*, traducido por Pérez Martín, Antonio, t. II, España, Fundación cultural del notariado, 1996, pp. 574 y ss.

¹³ Normas que se conocen bajo la denominación de *derecho de responsabilidad civil en sentido estricto*. En este sentido, HANS-BERND SCHÄFER, OTT, CLAUS, *Manual de análisis económico del Derecho*, traducción de Macarena Von Carstenn – Lichterfelde, Madrid – España, Tecnos, 1991, pp. 151, 181 y 182. Ver también, LARENZ, KARL, *Derecho de obligaciones*, t. 1, versión española de Jaime Santos Briz, Madrid-España, Revista de Derecho Privado, 1958, pp. 192 y 193.

¹⁴ Sin perjuicio, en todo caso, de algunas normas complementarias atendiendo a la naturaleza específica de la obligación resarcitoria.

una regulación unitaria, sin distinguir entre responsabilidad contractual y extracontractual¹⁵, como hacen los códigos de inspiración latina.

El § 249 consagra dos ideas fundamentales para el régimen indemnizatorio: *el principio del restablecimiento* y *el principio de la reparación íntegra*, los que analizaremos a continuación.

El BGB, manteniendo la tradición de los Derechos germánicos, tiene como una de sus características sobresalientes la primacía del principio del restablecimiento o reparación *in natura*, por sobre la indemnización en dinero o en metálico. Según este principio, no basta con pagar una suma de dinero equivalente a la pérdida de valor del patrimonio, sino que el obligado a la indemnización debe restaurar el estado de cosas tal como se encontrarían si el evento dañoso no hubiese ocurrido, y el patrimonio debe volver a su composición concreta. Por ejemplo, si el perjuicio consiste en la rotura de un cristal, el patrimonio se restaurará al estado anterior poniendo otro; si se daña un vehículo, éste debe ser debidamente reparado, etc. De esta forma, se protege el llamado *interés de conservación o de integridad*, y se ahorra al acreedor el esfuerzo de tener que dedicar un tiempo determinado a la reconstrucción de lo dañado.

Los autores hacen presente que si bien el §249 II contempla el pago de una suma de dinero —lo que podría hacer pensar que estamos ante un caso de reparación en metálico—, se trata en verdad de un caso de restablecimiento o reparación *in natura*, que también protege el *interés de conservación* y no el mero *interés del valor*. La única diferencia con el caso del §249 I sería que aquí el perjudicado, en lugar de la reposición o restablecimiento efectivo, exige el dinero necesario para conseguirlo.

De lo expuesto, resulta que en el Derecho alemán la indemnización en metálico tendrá lugar únicamente en los casos señalados en el § 250 (plazo prudencial otorgado al obligado para reparar el daño, indicándole que vencido éste no se admitirá su reparación) y en el §251 (no es posible la reparación

¹⁵ WEYERS, HANS-LEO: “*La reforma del derecho de la contratación en Alemania*”, ponencia presentada en *Congreso internacional sobre reforma del derecho contractual y la protección de los consumidores*, Zaragoza, 15 – 18 de noviembre de 1993, p. 20; FISCHER, cit., p. 141.

directa, ella es insuficiente, o solo es posible mediante gastos desproporcionados)¹⁶.

Como ya indicamos, el § 249, además del principio del restablecimiento, establece el principio de la reparación íntegra, según el cual debe indemnizarse todo el perjuicio causado, sin que el grado de la culpa o la previsibilidad subjetiva del alcance del daño puedan limitar el *quantum* resarcitorio. En otras palabras, aunque el deudor haya incurrido en una negligencia leve, debe reparar la totalidad del perjuicio, sin posibilidad de morigerar su responsabilidad. Como contrapartida lógica, la obligación resarcitoria nunca puede sobrepasar la cuantía del daño, ni siquiera cuando exista dolo, porque no se trata de una pena privada¹⁷.

En conclusión, el sistema alemán puede considerarse el prototipo del ordenamiento que fija los límites de la indemnización "*sobre criterios puramente objetivos, es decir, prescindiendo en absoluto del grado de culpabilidad del obligado y atendiendo tan sólo a la entidad de los daños y su derivación causal con el hecho que fundamenta el deber de indemnizar*"¹⁸. Hacemos presente, eso sí, que en nuestra opinión el §254 comprende dos deberes que logran moderar el rigor de la reparación íntegra: el deber de mitigar el daño y de informar sobre el peligro de un perjuicio anormalmente alto¹⁹. Volveremos más adelante sobre este aspecto.

B.- FUNDAMENTOS DEL SISTEMA DE EXTENSION DEL DAÑO.-

En el BGB no tiene cabida la *previsibilidad* ni la facultad moderadora de la responsabilidad en atención al grado de culpa del responsable, y además

¹⁶ SCHÄFER y CLAUS, *Manual*, cit., p 182; LARENZ, *Derecho de obligaciones*, cit., pp. 227 y ss.; MEDICUS, DIETER: *Tratado de las relaciones obligacionales*, edición española Ángel Martínez Sarrión, Bosch, Barcelona – España, 1995, p. 268, y FISCHER, *Los daños*, cit., pp 172 y ss.

¹⁷ LEÓN, *Gravedad de la culpa y extensión del resarcimiento*, cit., p. 6; WEYERS, *La reforma*, cit., p. 21; MEDICUS, *Tratado*, cit., p. 267 y ss.; FISCHER, *Los daños*, cit., pp. 37 y 38.

¹⁸ Ver LEÓN, *Gravedad de la culpa*, cit., pp. 4 y 5.

¹⁹ El §254 establece también la concurrencia de culpa; pero ella no cumple la finalidad de moderar la responsabilidad, sino de fijar el daño que efectivamente causó el responsable.

considera resarcible incluso los perjuicios *indirectos*²⁰. En otras palabras, están ausentes los criterios clásicos del sistema latino para impedir una indemnización desmesurada, y, en general, se encuentra desprovisto de toda limitación al *quantum* resarcitorio. Ante esto, surge la pregunta que parece obvia: *¿Por qué el legislador alemán prescinde de todo elemento de delimitación del daño?*

Una primera razón la encontraríamos en el concepto mismo del perjuicio que manejaba la doctrina alemana imperante al momento de redactarse el BGB. Nos referimos a la concepción del daño abstracto o matemático propio de la *Differenztheorie*, según la cual la indemnización se determina mediante un cálculo diferencial perjuicio²¹; teoría no es sólo la herramienta o el mecanismo que permite la medición del *quantum*, sino que además constituye el fundamento o la razón que llevó al BGB a adoptar un sistema de reparación íntegra.

Para explicar lo anterior, partamos por indicar que en el año 1855 FRIEDRICH MOMMSEN²², en su obra *Zur Lehre vom Interesse*, planteó la teoría o hipótesis de la diferencia. Según ella, el **daño o interés** se define como *la disminución patrimonial dada por la diferencia entre el valor actual del patrimonio del perjudicado y el valor que habría tenido de no verificarse el hecho dañoso*. En otras palabras, el perjuicio a resarcir se obtiene de la comparación de dos situaciones: la hipotética que existiría de no haber intervenido el acontecimiento que obliga a indemnizar y la actual realmente existente²³. Como consecuencia de esta forma de cálculo, en la

²⁰ LARENZ, expresa que la doctrina alemana no se ha preocupado de la clasificación entre daños directos e indirectos, porque el BGB establece la indemnización de ambos, cit., p. 194. Ver tb. VON TUHR, A, *Tratado de las obligaciones*, traducido del alemán y concordado por W. Roces, Reus, reimpresión de la 1ª edición, 1999, España, pp. 61 y 62. Sin embargo, se debe hacer presente que en Alemania los perjuicios directos e indirectos se identifica más bien con la clasificación de los daños *circa* y *extra rem* —lo que, según se dirá, tiene importancia para explicar las razones que tuvo el legislador alemán para prescindir de los criterios limitativos.

²¹ MEDICUS, *Tratado*, cit., p. 272; SCHÄFER y CLAUS, *Manual*, cit., p. 182, e INFANTE RUIZ, FRANCISCO JOSE, “La reforma del Derecho de daños en Alemania”, *RdP*, 2003, Nº 11, p. 145.

²² Para HAGEN, fue HOTMAN el verdadero padre de la idea, que pasará luego a MOMMSEN a través de a PUCHTA y UNTERHOLZNER. Así se indica en PANTALEÓN, FERNANDO: *Del concepto de daño. Hacia una teoría general del Derecho de daños*. Tesis inédita, 1981, p. 8, nota 1.

²³ La expresión Interés, utilizada por MOMMSEN como sinónimo de daño, la obtiene del Derecho Romano. En efecto, en el *Corpus Iuris* la indemnización del daño se denomina *id quod interest*, y de la

Differenztheorie no tiene cabida las limitaciones que el Derecho común había establecido, como son la previsibilidad y la disminución de la obligación resarcitoria atendiendo al grado de culpa del responsable.

La teoría de la diferencia —y su concepción del daño—, se impuso muy rápidamente en la doctrina germana, y fue la que se tuvo en vista al momento de fijar las normas del *quantum* en el BGB. Esta circunstancia habría determinado la adopción del sistema de reparación íntegra en el Derecho alemán²⁴ y la exclusión de criterios como la previsibilidad del daño.

Otra razón para prescindir de toda limitación al perjuicio indemnizable, sería la confusión que existió en el derecho precodificado respecto a los conceptos de daño circa y extra rem. Aunque esta clasificación ha sido objeto de las más variadas y encontradas interpretaciones, podemos decir, en términos generales, que se entiende por perjuicio ***circa rem*** el sufrido en la cosa misma objeto de la obligación, y por ***extra rem*** el sufrido en los demás bienes del acreedor. El problema se presentó porque los pandectistas alemanes confundieron o identificaron esta clasificación con la moderna distinción de daño directo e indirecto²⁵; y a consecuencia de esta confusión, les resultó absolutamente injustificado limitar la responsabilidad del

palabra *inter est* infiere MOMMSEN una diferencia. En opinión de HONSELL, MOMMSEN entendió incorrectamente la palabra *interest*, pues la expresión *id quod interest* no significa “lo que está entre”, sino “lo que algo importa o interesa a alguien”. MEDICUS, por su parte, indica que en el Derecho Romano pueden encontrarse cuatro significados para *id quod interest*, y uno de ellos, aunque no el más común, sí equivale a la expresión “lo que está entre”. Sin embargo, el Derecho Romano la utiliza en su sentido diferente al de la teoría de la diferencia, pues no se refiere al patrimonio en su totalidad, sino a un bien singular. Para mayores antecedentes, puede verse: MEDICUS, DIETER, *Id quod interest. Studiem zum römischen Recht. des Schadensersatzes*, Alemania, 1962, pp. 300 y ss. PANTALEÓN, *Del concepto de daño*, p. 2; MEDICUS, *Tratado*, cit., p. 272, y COING, *Derecho privado*, cit., p. 576 y ss.

²⁴ COING, *Derecho privado*, pp. 576 y ss. Ver también la respuesta dada por FISCHER en *Los daños*, cit., a quienes sostienen que la hipótesis de la diferencia no es conciliable con el sistema de reparación natural o efectiva establecida en el §249, pp. 18 y ss.

²⁵ La doctrina alemana mantiene la identificación entre la moderna clasificación de daño directo e indirecto y la romana de daño *circa rem* y *extra rem*, como se aprecia de los ejemplos dados por los autores. De estos mismos ejemplos, se puede percibir que estiman indemnizables no sólo los daños *extra rem* propiamente tales, sino también los perjuicios indirectos según el sentido dado por el *Code*. Así, LARENZ —*Derecho de obligaciones*, cit., p. 194—, señala como ejemplo de perjuicio indirecto aquel que “no se manifiesta en el mismo objeto que sufrió el daño, sino únicamente en el patrimonio del perjudicado”. VON TUHR —*Tratado*, cit. pp. 61 y 62—, da como ejemplo el deterioro de una máquina, donde el daño inmediato sería la disminución de su valor y las consecuencias ulteriores serían el paro de la industria con el perjuicio por pérdidas de ganancias, agregando que puede también sobrevenir el vencimiento de una pena convencional por demora. Este mismo autor, en nota al margen, hace presente la

deudor únicamente a los *directos* o, lo que era lo mismo en su pensamiento, a los *circa rem*, esto es, a los sufridos exclusivamente en la cosa misma objeto de la obligación. Más injustificado resultaba aún, dentro ya de los propios daños *circa rem*, indemnizar únicamente a los que eran previsibles. Desde esta perspectiva, era lógico estimar que tanto los perjuicios directos como los indirectos, debían ser indemnizados, sin que importara su falta o no de previsibilidad.²⁶

En relación específica al criterio de la previsibilidad, es posible encontrar otro argumento por parte de los redactores del BGB para excluirla, y se trataría de una razón de carácter dogmático. En efecto, *la decisión de limitar la indemnización a los perjuicios previsibles presupone concebir al contrato mismo como el fundamento de la responsabilidad*. En cambio, cuando la fuente de la obligación de indemnizar daños contractuales es la conducta dolosa o culposa del deudor causante del incumplimiento, la única previsibilidad a tener en cuenta es la de la causalidad adecuada que, a diferencia de la anterior, toma como base el momento de la realización de la conducta o hecho imputable.

Debido a que para el BGB y la doctrina alemana la culpa es el fundamento de la responsabilidad tanto contractual como extracontractual, no puede la previsibilidad del daño al momento del contrato ser un límite a la indemnización debida. Ello, a diferencia de los códigos latinos, en que la culpa no es presupuesto constitutivo, sino el caso fortuito el presupuesto extintivo de dicha obligación, siendo aquí lógica la limitación de la previsibilidad²⁷.

Hacemos presente, en todo caso, que algunos autores fueron de la opinión que el §252 establecía la exigencia del requisito de la previsibilidad para el lucro cesante²⁸. Pero se trató de una opinión aislada, rechazada por la

diferencia con el derecho francés, heredero de las enseñanzas de POTHIER, donde la indemnización no tendría una amplitud tan extendida.

²⁶ CARRASCO PERERA, ANGEL, “Comentario al artículo 1.107”, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, cit., pp. 715 y ss., y PANTALEÓN, FERNANDO, “El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)”, cit., p. 1087.

²⁷ PANTALEÓN, *Del concepto de daño*, cit., pp. 566 y ss.

²⁸ Nos referimos a los autores PLANCK y SCHERER, citado en FISCHER, *Los daños*, cit., pp 60 y ss.

casi totalidad de la doctrina. Por lo demás, los antecedentes históricos corroboran claramente la ausencia de tal criterio. Así, la memoria que acompañaba al proyecto del BGB expresaba: *El deber de indemnización abarca todo el daño patrimonial, tanto las pérdidas positivas experimentadas como las ganancias frustradas y los menoscabos de todo género. Y el causante del daño responde aún de las consecuencias no previsibles*²⁹. No obstante lo anterior, y aunque se reconoce que la previsibilidad no tuvo cabida en el BGB, modernamente se ha intentado instaurar un criterio delimitador semejante por medio de la llamada **Schutzzwecklehre**, como tendremos oportunidad de ver.

C.- PROPUESTAS DE MODIFICACION.-

Ante los perjuicios resultantes de un incumplimiento, El BGB carece de reglas que le permita discriminar entre aquellos que deben indemnizarse y los que no. Por ello, *la determinación del daño resarcible se plantea en Alemania, casi exclusivamente, como un puro problema causal*³⁰. La consecuencia de esta falta de criterios delimitadores es el riesgo es una extensión desmedida de la responsabilidad; circunstancia que, por lo demás, ha sido puesta de manifiesto por la doctrina³¹.

Por lo anterior, los autores alemanes han criticado duramente a su sistema, ya que resienten la falta de reglas que permitan limitar la extensión de los perjuicios, como sería la previsibilidad propio de los códigos latinos, o un poder moderador del juez, al estilo de la legislación suiza. La ausencia de estos criterios hace que dicho ordenamiento jurídico sea extremadamente duro

²⁹ FISCHER, *Los daños*, cit, p. 60.

³⁰ CARRASCO, *Comentario* cit., p. 718

³¹ En este sentido, MEDICUS, *Tratado*, cit., p. 273, indica que tanto la teoría diferencial de cálculo del daño aplicable en Alemania como la teoría de la causación equivalente pueden llevar a una insoportable atribución de daños. Coloca el ejemplo de G que por un pequeño descuido de S sufre un accidente, que produce un ligero daño en el coche, donde el acuerdo de reparación con S dura sólo 10 minutos; sin embargo, al reanudar el viaje G sufre un daño de consideración debido a una colisión masiva. El retraso por el primer accidente es causa necesaria del segundo, pues no lo habría sufrido de no ser por la demora, ya que habría transitado antes de su ocurrencia. Si se considera según la teoría diferencial del cálculo del daño, la situación en que se encontraría sin el primer accidente, no incluía para G las consecuencias graves derivadas del segundo accidente.

al momento de imponer la obligación resarcitoria. Por lo mismo, se le da el calificativo del “**todo o nada**”, pues o no impone ninguna obligación indemnizatoria o la impone por el total sin limitación alguna³².

Pero la doctrina no se ha quedado en la mera denuncia, y para superar las deficiencias del BGB en materia de regulación del *quantum* resarcitorio, proponen dos vías: una es reformar la normativa actualmente existente; la otra, acudir a teorías causales o de imputación de daños que suplan las deficiencias legales. Lamentablemente, ninguna de las dos ha llegado a buen puerto.

En relación con la propuesta de una modificación legal, se ha sugerido introducir en el *Bürgerliches Gesetzbuch* el criterio de la previsibilidad; sin embargo, la propuesta que más entusiasmo parece concitar es la dirigida a otorgar al juez facultad moderadora, siguiendo como modelo el Código de las Obligaciones suizo.

Ya en el año 1940, en un proyecto redactado por la *Akademie für Deutsches Recht*, se proponía una equitativa reducción de la indemnización en las hipótesis en que la culpa del dañado fuese bastante leve y la condena al resarcimiento pleno pudiese contradecir gravemente el sentido de justicia, considerando las condiciones patrimoniales de las partes u otras circunstancias del caso³³. Con posterioridad, existieron otros proyectos de reforma en análogo sentido³⁴.

³² WEYERS, *La reforma*, cit., p. 21; MEDICUS, *Tratado*, cit., pp. 272 y ss.

³³ *Ist sein Verhalten dem Täter nach seinen persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten nicht oder nur in ganz geringem Masse vorzuwerfen, so tritt eine angemessene Minderung der Haftung ein, wenn nach den Vermögensverhältnissen der Beteiligten und den sonstigen Umständen des Falles die Belastung mit dem vollen Ersatz dem gesundem Volksempfinden gröblich widerspräche.* (Par. 8 del Proyecto: *Grundfragen der Reform des Schadensersatzrechts*, en *Arbeitsbericht der Akademie für deutsches Recht*, München-Berlin, 1940, N° 14, p. 92). Para más información, pueden verse: REINHARDT, *Die Billigkeitshaftung im künftigen Schadensersatzrecht*, en *Arbeitsbericht der Akademie für deutsches Recht*, N° 14, München - - Berlin, 1940, p. 64 Y ss. Y especialmente p. 70 Y ss.; Id., *Beiträge zum Neubau des Schadensersatzrechts*, en *Arch. civ. Praxis*, 1943, p. 147 Y ss.; ESSER, *Grundfragen der Reform des Schadensersatzrechts*, en *Arch. civ. Praxis*, 1943, p. 121 Y ss.; MINERVINI, *Orientamenti verso la responsabilità senza colpa nella pifi recente dottrina straniera*, en *Giustizia civile*, 1952, p. 626 y ss. y especialmente pp. 632 a 634. Ver también LEÓN, *Gravedad de la culpa*, cit., pp. 8 y sgts.

³⁴ Nos referimos al proyecto de reforma elaborado con ocasión de 43° *Deutsche Juristentag* del año 1960 y el anteproyecto del año 1967.

Desafortunadamente, estas propuestas no lograron concretarse en ley³⁵. Pero lo que resulta aún más lamentable es el hecho de que ninguna de las dos grandes últimas reformas legislativas al BGB significó una modificación al sistema del *quantum*. Nos referimos a la *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* de 26 de noviembre de 2001³⁶, y a la *Zweite Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften* de 19 de junio de 2002³⁷. Si bien, a esta segunda ley de Modificación de las disposiciones del Derecho de Daños se le reconoce el mérito de introducir importantes cambios en la materia — que europeizan y modernizan el BGB—, ella no significó una alteración en la esencia del sistema indemnizatorio alemán. Y en relación específica al *quantum*, podemos decir que, salvo la inclusión de un segundo párrafo al

³⁵ Ver WEYERS, *La reforma*, cit., pp. 21 y 27 nota 9, y TRIMARCHI, PIETRO, *Causalita e danno*, Milano, Dott. A Giuffrè Editore, 1967, p. 92, nota 67.

³⁶ Esta ley, conocida como la *Große Lösung* y cuyo título en español se ha traducido como *Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones*, ha sido calificadas como la ley con más importantes reformas desde la entrada en vigencia del BGB, y como la más profunda y meditada reforma del sistema alemán de obligaciones. Se indica que tuvo como detonantes la necesidad de transponer al ordenamiento jurídico alemán las directivas 1999/44 de 25 de mayo de 1999, sobre las garantías de venta de bienes de consumo; 2000/35, de 29 de junio de 2000, sobre la morosidad de las operaciones comerciales, y 2000/31, de 8 de junio de 2000, sobre comercio electrónico. Entre sus objetivos, estarían la mayor claridad y transparencia del ordenamiento jurídico alemán, la modernización del Derecho de obligaciones, recuperar la centralidad del BGB, reordenación de instituciones básicas del Derecho de obligaciones, codificar figuras jurisprudenciales y lograr un BGB más europeo e internacional. Para mayores antecedentes, puede consultarse ALBIEZ DOHRMANN, *Un nuevo Derecho de obligaciones*, cit., pp. 1133 y ss.; e INFANTE RUIZ, FRANCISCO JOSE, “Apuntes sobre la reforma alemana del derecho de obligaciones: la necesitada modernización del derecho de obligaciones y la gran solución”, *RdP*, 2002, N° 8, pp. 153 y ss.

³⁷ La segunda ley de Modificación de las disposiciones del Derecho de Daños —la primera es la de 16 de agosto del año 1978—, tuvo cuatro objetivos principales: 1.- adaptar el derecho a las necesidades actuales y mejorar la protección de las víctimas de daños, particularmente en el caso de lesiones personales; 2.- mejorar la situación de los niños en caso de accidentes de tráfico; 3.- concretar la responsabilidad en los accidentes de tráfico y en las lesiones por productos farmacéuticos; y 4.- adaptar hasta cierto punto el derecho alemán de daños a los estándares europeos. Estos objetivos se tradujeron en diversas modificaciones, que a modo meramente esquemático pueden sintetizarse en las siguientes: 1° Reforma de la responsabilidad por medicamentos. 2° Introducción de la indemnización por daño moral en el Derecho general de daños, extendiéndose a los supuestos de responsabilidad objetiva y responsabilidad contractual. 3° La exclusión de la compensación por daño ficticio. 4° Aumento de los topes indemnizatorios en los sistemas de responsabilidad objetiva. 5° La mejora de la posición de los niños en los casos de accidentes de tráfico. 6° La ampliación de la responsabilidad de los conductores de vehículos a motor. 7° La ampliación de la protección del derecho de autodeterminación sexual. 8° La responsabilidad de peritos de tribunal por opiniones erróneas. Para más antecedentes, ver INFANTE RUIZ, FRANCISCO JOSE, *La reforma*, cit., pp. 153 y ss.; LAMARCA I MARQUÈS, ALBERT y RAMOS GONZÁLEZ, SONIA, “Entra en vigor la segunda ley alemana de modificación del derecho de daños”, *InDret* 3/2002, Barcelona, abril 2003 (www.indret.com); y ULRICH, MAGNUS, “La reforma del derecho alemán de daños”, *InDret* 2/2003, Barcelona, abril 2003 (www.indret.com).

apartado segundo del § 249, no existió modificación alguna al respecto³⁸. Queda, pues, entregada a futuras reformas la esperanza de un cambio.

D.- EL APORTE DE LA DOCTRINA.-

Según hemos visto, hasta el momento no existe reforma legal al *quantum* resarcitorio establecido originalmente en el BGB. A ello se suma el hecho de que la negligencia en responsabilidad civil, a diferencia de la penal, no comprende las consecuencias del evento dañoso, por lo que no es posible limitar por vía de la culpa la extensión de la responsabilidad³⁹.

Ante este panorama, la doctrina ha debido sacar el máximo provecho a las escasas normas que contiene el BGB y plantear la extensión del daño como una cuestión de naturaleza causal, para lo cual debió abandonar la teoría de la equivalencia de las condiciones y acudir a otras, que permiten una mayor restricción en el perjuicio a indemnizar.

Como ejemplo de las pocas reglas del BGB utilizadas para delimitar el daño, se menciona el § 254 apartado primero, que establece la concurrencia causal en el caso que el perjuicio se produzca debido a la culpa del acreedor y deudor. Sin embargo, si bien es verdad que cuando el perjudicado ha contribuido a causar el daño, la obligación de indemnizar puede disminuir y, en ciertos casos, podría hasta desaparecer⁴⁰, ello no se debe a que estemos ante

³⁸ La modificación en el §249 consistió en establecer que el IVA del costo de reparación sólo será indemnizado si la víctima lo ha satisfecho realmente. Con ello se evita la llamada indemnización del daño ficticio, pues la víctima cobraba el IVA del coste de reparación, y posteriormente encargaba la restauración del bien en establecimientos no oficiales, sin pagar el impuesto cuya suma fue solicitada como parte de la indemnización y debidamente satisfecha.

³⁹ MEDICUS, *Tratado*, cit., p. 273. En este mismo sentido, ENNECCERUS —*Tratado de Derecho civil*, ENNECCERUS, LUDWIG; KIPP, THEODOR, Y WOLFF, MARTIN, t. II. *Derecho de Obligaciones*, volumen primero, *Doctrina general*, 1ª edición, Bosch, Buenos Aires, 1944, p. 74—, indica que cuando el deber de indemnizar deriva de un acto culposo, es necesario haber previsto el primer resultado contrario a derecho de tal acto, pues de otra forma no existiría culpa, pero aclara que no interesa ni se requiere la previsibilidad del daño que se deriva de dicho acto.

⁴⁰ Se indica comúnmente que el BGB fue el primer código civil en establecer el requisito de la concurrencia de culpas entre el perjudicado y el agente. Así, el profesor YZQUIERDO expresa que en el Derecho alemán se considera expresamente como una exigencia de la buena fe, y existe también reconocimiento expreso en los códigos civiles argentinos, suizo de las Obligaciones y portugués. YZQUIERDO TOLZADA, MARIANO: *Sistema de responsabilidad contractual y extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2001, pp. 205 y 206. En la doctrina Italiana, CATTANEO expresa que en este aspecto el *civil law* ha sido pionero y menciona los códigos civiles austriaco, suizo e italiano, CATTANEO,

una norma destinada a adecuar el *quantum respondeatur*. En este sentido, LEÓN, con acierto, señala que la disminución de la carga resarcitoria no se debe a que la intensidad de la culpa del deudor haya disminuido por la intervención de la culpa del acreedor. Aquí, la responsabilidad del deudor no se atenúa por existir una compensación de culpas, sino porque la negligencia del deudor sólo en parte ha causado el daño, y el resto de las consecuencias dañosas son imputables al actuar del acreedor, quien se ha colocado en una situación de autorresponsabilidad⁴¹.

Donde sí estimamos que se establece una auténtica regla de delimitación es en el apartado segundo parte final del § 254 (*Esto se aplica también incluso si la culpa del perjudicado consistió... en una omisión a la hora de evitar o mitigar el daño...*). Vemos aquí recogida la llamada **evitabilidad del daño**, que en opinión de MEDICUS permitiría superar el principio del “*todo o nada*”, consagrado en el § 249⁴².

Se ha estimado que el BGB consagra otro criterio limitativo del quantum resarcitorio en el § 254 II, primera parte (*Esto se aplica también incluso si la culpa del perjudicado consistió sólo en una omisión a la hora de llamar la atención del deudor acerca del peligro de un daño anormalmente alto que el deudor ni conocía ni debiera haber conocido...*); norma que ha llegado a ser calificada como un remedo de la previsibilidad, aunque con consecuencias diferentes a la misma⁴³. No obstante esta apreciación, la verdad es que el BGB

GIOVANNI, “*Concorso di colpa del danneggiato*”, En *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale* a cura di Giovanna Visintini, Milano, Dott. A Giuffrè Editore, 1984, pp. 40 y 41. Sin embargo, se ignora que casi 50 años antes que el BGB el Código civil chileno estableció el concurso de culpas en su artículo 2330, al señalar: “*La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente*”. El profesor DOMÍNGUEZ indica que los antecedentes probables de esta disposición serían el artículo 2199 del código prusiano o el 1304 del código austriaco. DOMÍNGUEZ AGUÍLA, RAMÓN: “Aspectos de la relación de causalidad en el derecho chileno”, en *Revista Roma e América*”, Mucchi, 2000, pp. 124 y 125

⁴¹ LEÓN, *Gravedad de la culpa*, pp. 5 y 6.

⁴² En este sentido, MEDICUS, *Tratado*, cit., p. 271. Señala este autor que se utiliza preferentemente en los accidentes de tráfico, donde el perjudicado ha contribuido de forma imputable al nacimiento o incremento del perjuicio; por ejemplo, si no se ha preocupado de una reparación momentánea del coche estropeado o ha ido tarde a un médico. Aquí sería injusto que se respondiera de todo el daño, y por eso el § 254 abre la posibilidad de distribuir los perjuicios entre el causante del daño y el perjudicado y quiebra el principio jurídico de “*todos los daños o nada*”. Se aprecia claramente de los ejemplos (no arreglar oportunamente el coche o no ir al médico), que el autor le da una interpretación cercana al criterio de la exigencia de mitigación del daño.

⁴³ Nos referimos a GÓMEZ POMAR, FERNANDO, *Previsión de daños, incumplimiento e*

no consagra la previsibilidad del daño, ni tampoco un criterio semejante o parecido, y la disposición citada simplemente establece una hipótesis de culpa concurrente del acreedor perjudicado en la producción del perjuicio, consistente en haber omitido poner de manifiesto al deudor el riesgo de un daño extraordinariamente alto o inusual. Además, la norma es objeto de críticas, porque permite que la información sea dada con posterioridad a la celebración del contrato, sin que el acreedor tenga derecho a exigir un adecuado incremento de la contraprestación pactada. En suma, no estamos frente a una regla de delimitación del daño propiamente tal, sino ante una norma que impone al acreedor el deber o la carga de revelar al deudor —en cualquier momento—, los perjuicios extraordinarios que puedan resultar del incumplimiento⁴⁴.

Por lo demás, la idea de encontrar en el BGB alguna norma que acoja la previsibilidad no es nueva. Ya se hizo ya referencia a las opiniones aisladas de algunos autores que en un principio postularon que dicho criterio recibía aplicación en materia de lucro cesante; idea que fue rechazada tajantemente por la generalidad de doctrina⁴⁵.

En definitiva, la ausencia en el BGB de criterios como la *previsibilidad*, el daño *directo*, o la facultad moderadora por parte de los tribunales, unido a la escasa ayuda que ofrecen las normas existentes para limitar el *quantum* resarcitorio, determina que en Alemania la fijación del

indemnización, primera edición, Madrid, Civitas, 2002, nota 2, p. 14

⁴⁴ PANTALEÓN, “El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)”, cit., p. 1028, y GÓMEZ, *Previsión de daños*, cit., nota 59, p. 220, y pp. 220, 221, 233 y 234. Este último autor señala que, conceptualmente, la existencia de este deber no desnaturaliza el carácter de responsabilidad plena

⁴⁵ FISCHER, *Los daños*, cit, p. 62. Hace presente que otro aspecto discutido en materia de lucro cesante es **el instante en base al cual se realiza el juicio de probabilidad de las ganancias frustradas**. LARENZ indica que surge la duda del momento en base al cual debe considerarse la probabilidad de ganancia. Señala que en los indirectos —con indirectos la doctrina alemana se refiere a los *extra rem*—, el daño no termina con el suceso creador sino que se desarrolla después, por lo que deben tomarse en consideración los hechos posteriores. Coloca el ejemplo del daño sufrido en una máquina, que en dicho momento no se esperaba que generara lucro alguno por falta de pedidos, pero después se recibe inesperadamente un gran pedido, que no puede ser atendido por no funcionar la máquina. Luego, ha de atenderse a la probabilidad de ganancia no en el momento del hecho generador de la responsabilidad, sino a la probabilidad desde el punto de vista del juzgador o criterio posterior que conozca también el curso posterior de los hechos y lo tenga en consideración en su decisión. LARENZ *Derecho de obligaciones*, cit., pp. 208 y 209. Ver también ENNECCERUS, cit., pp. 74 y 75, y nota 21 de p. 74, donde señala que PLANCK ha rectificado su opinión respecto al momento de cálculo del juicio de probabilidad

perjuicio indemnizable se plantee como un mero problema de causalidad; o, si se prefiere, como un problema de imputación al deudor de determinadas series causales. Es así que, en el área civil, la doctrina y jurisprudencia alemana, para impedir una indemnización excesiva o, en palabras de COING, para “*dulcificar*” una regulación indemnizatoria muy severa, tuvieron que abandonar la teoría de la equivalencia de las condiciones y acoger nuevas teorías, como la causalidad adecuada.

Como sabemos, al igual que la equivalencia, la causalidad adecuada parte de la premisa de que un resultado se produce por el conjunto de una serie de condiciones; pero se diferencia porque no estima que todas ellas sean iguales, sino que distingue entre las que son meras condiciones del daño y las que realmente son causa del mismo. *Únicamente será causa la o las condiciones que se encuentren unidas al hecho dañoso por una adecuada relación de causalidad. Y es la mayor o menor probabilidad de un evento o condición para causar el daño lo que permitirá que se le considere o no como la causa adecuada del mismo*⁴⁶. Para determinar el grado de probabilidad en cuestión, se debe proceder a un **pronóstico retrospectivo** a partir del evento que se estima causa del daño, por lo que se requiere previamente **la descripción del evento**, el que deberá comprender algunos antecedentes o circunstancias que concurren en el suceso y omitir otros. Es claro que esta descripción puede ser más o menos completa, como también es evidente que modificándose la descripción del evento también se modifica el juicio de probabilidad con respecto al resultado dañoso. Así, la relación entre un cierto tipo de hecho dañoso y la muerte de una persona, será muy diferente si, por ejemplo, en la descripción se introduce o no el dato de ser la víctima una persona hemofílica.

Ahora bien, respecto a los antecedentes o circunstancias que deben tomarse en cuenta al momento de describir el evento, existen distintas

de las ganancias frustradas

⁴⁶ La probabilidad se entiende como la frecuencia entre dos clases de eventos, el uno respecto del otro; en el caso en estudio, la probabilidad se refiere a la frecuencia entre un evento y el resultado dañoso. Ver SOLEAU, ISABELLE, *La prévisibilité du dommage contractuel (défense et illustration de l' article 1150 du Code civil)*, Thèse pour le Doctorat d' Etat, Université de Droit d' Economie et Sciences Sociales de Paris, Paris II, 1979, pp. 265 y ss.

posiciones doctrinarias. Destacan en este sentido las aportaciones de VON KRIES, THON y RÜMELIN⁴⁷; pero las preferencias parecen estar con TRAEGER y ENNECCERUS, cuyas formulaciones acercan el juicio de causalidad al criterio de la previsibilidad del perjuicio, al tomar en cuenta únicamente las circunstancias o antecedentes conocidos al momento del hecho ilícito o del incumplimiento⁴⁸. Por lo tanto, para esta versión de la teoría de la adecuación el daño será directo si éste es previsible según el curso normal de las cosas, y si el perjuicio ocurre a consecuencia de un encadenamiento excepcional o bizarro, será calificado de indirecto⁴⁹.

No obstante su éxito inicial, las críticas contra la causalidad adecuada se han ido acentuando en la doctrina alemana, hasta el extremo de calificarla como una fórmula vacía⁵⁰. Por ello, aunque sin abandonar del todo la teoría de la adecuación, se ha ido imponiendo la denominada **Objektive**

⁴⁷ Para VON KRIES sólo se deben tomar en cuenta los antecedentes que el agente conocía al momento del hecho dañoso inicial, lo que significa hacer depender la causalidad de la psicología (y confundirla con la culpa). THON sustituye la previsión subjetiva de VON KRIES por una más objetiva: lo que resulta verosímil al hombre diligente y de conocimiento medio (buen padre de familia). Sin embargo, es RÜMELIN quien realiza el mayor acercamiento a un análisis objetivo de la causalidad, al postular que el examen debe ser realizado *ex post* por el Juez y teniendo en cuenta todos los antecedentes que existían al momento de la comisión del acto mismo y todos los antecedentes posteriores que fueran conocibles de cualquier manera. Este es el **pronóstico objetivo retrospectivo** con el cual se *pretende evitar la confusión entre probabilidad del resultado y previsión del resultado*.

⁴⁸ TRAEGER y ENNECCERUS suministran la fórmula más simple, y, al parecer, la más seguida. El primero considera que un hecho solamente será causa de los daños que puedan considerarse producidos por él según el curso ordinario y normal de las cosas, para lo cual se tomará en cuenta solamente los antecedentes o circunstancias conocidos o conocibles *ex ante*. Sin embargo, para separarse del criterio de la culpa y previsibilidad subjetiva, no se refiere a las condiciones conocidas por el responsable sino por **un ideal sujeto**. La posición de ENNECCERUS es muy similar, con la única diferencia **que introduce una presunción**: toda condición necesaria del daño es presumida causa, a menos que el responsable demuestre que se trata de un hecho que de modo general, normal es indiferente para la producción de daño, de tal suerte que solamente ha devenido como condición del mismo por consecuencia de circunstancias extraordinarias. Es decir, *la diferencia entre la teoría de ENNECCERUS y la de TRAEGER es la inversión de la carga de la prueba*.

⁴⁹ SOLEAU, *La prévisibilité du dommage contractuel*, cit., pp. 265 y ss. ; MARTY, M GABRIEL, «La Relation de Cause a Effet Comme Condition de la Responsabilité Civile (Etude comparative de conceptions allemande, anglaise et française)» En *Revue, trimestrielle de Droit civil*, 1939, pp. 691 y ss, y TRIMARCHI, PIETRO, *Causalità e danno*, cit., pp. 32 y ss.

⁵⁰ VON TUHR, cit., p. 71; SCHÄFER y CLAUS, *Manual*, cit., p. 187, y MEDICUS, *Tratado*, cit., p. 275 y ss. VON TUHR señala que para los casos concretos la causalidad sólo ofrece por regla general un asidero muy superficial y aparente. SCHÄFER y CLAUS, por su parte, indica que recientemente se ha puesto en duda la capacidad y aplicabilidad de la teoría de la adecuación, porque –se dice– no contiene criterio material alguno de delimitación sino que se centra en una previsibilidad de espera mayor, es decir, la del observador óptimo. Se plantea también el problema de como obtener de ella criterios de delimitación objetivos y consentidos y si se quisiera tomar en serio **se convertiría en una fórmula vacía**

Zurechnung. Para esta última, el decidir, entre los distintos perjuicios materialmente ligados al hecho ilícito, los daños que deben ser de cargo del responsable y los que no, es un problema esencialmente valorativo normativo. En consecuencia, se está ante una cuestión de naturaleza claramente jurídica, que debe resolverse con pautas más o menos precisas ofrecidas por el ordenamiento jurídico.

Para comprender la importancia de la elaboración de criterios que limiten el daño indemnizable, debe recordarse que no es necesaria una imputación subjetiva, porque basta que la culpa del agente —en los casos en que ella es exigida—, esté en relación con la infracción (el incumplimiento en el caso de responsabilidad contractual), y no con las consecuencias más lejanas de la misma⁵¹. Lo anterior, determina que en responsabilidad civil es necesario contar con una limitación al *quantum* desde el punto de vista de la imputación objetiva, para así poder prescindir de las consecuencias inadecuadas y extraordinarias en el cálculo de la indemnización; limitación que el legislador alemán no habría expresado, en la creencia equivocada de que no era necesaria por derivar del "concepto de causa"⁵².

Para remediar la situación anterior, la doctrina alemana ha elaborado una serie de principios de imputación objetiva, destinados a ser utilizados como criterios de selección o delimitación del daño. Entre ellos, merece especial referencia el denominado **Schutzzwecklehre** o fin de protección de la norma, cuyo desarrollo se debe al aporte de autores como RABEL⁵³ y VON CAEMMERER⁵⁴. En palabras de ZIMMERMANN⁵⁵, gracias a

porque al observador optimo, más experimentado no se le ocultaría casi nada de lo que pudiera resultar del siniestro.

⁵¹ Como ya se expresó, la situación de la responsabilidad penal es diferente, pues en ella la culpa del agente es exigida también con respecto a las consecuencias posteriores, lográndose de esta forma una limitación de la responsabilidad por vía de imputación subjetiva, lo que en materia civil no ocurre.

⁵² LARENZ, *Derecho de obligaciones*, cit., p. 201.

⁵³ Ver RABEL, E, *Das Recht. des Warenkaufs, reimpresión 1964, vol. I, pp. 491 y ss.*

⁵⁴ Ver VON CAEMMERER, ERNEST, "Das Problem des Kausalzusammenhang im Privatrecht", en *Gesammelte Schriften*, I, 1968, p. 395 y ss.

⁵⁵ ZIMMERMANN, REINHARD, *Estudios de Derecho privado europeo*, traducción de Antoni Vaquer Aloy, primera edición, Madrid, Civitas, 2000, pp. 129 y 130. En su opinión, la idea de base de la *contemplatio rule* no es extraña al Derecho alemán, gracias a la hoy dominante *Schutzzwecklehre*. Volveremos sobre la teoría de la imputación objetiva en la primera parte del presente trabajo.

este principio, criterios como la previsibilidad de los sistemas latinos y la *contemplatio rule* del *common law*, no resultan tan extrañas al derecho alemán.

E.- CONCLUSION.

De lo expuesto, podemos afirmar que el BGB carece de normas que permitan limitar el *quantum* indemnizatorio, circunstancia que unida al sistema de reparación íntegra, calculada según la teoría de la diferencia, determina que la obligación resarcitoria sea excesivamente amplia, sin que exista prácticamente ninguna restricción para los llamados daños consecuenciales o ulteriores. La doctrina alemana ha tenido también que reconocer el fracaso de sus esfuerzos para revertir esta situación⁵⁶, ya que no obstante la elaboración de principios y teorías —como las de la causalidad adecuada y de la imputación objetiva—, no se logrado hasta el momento una adecuada limitación en la extensión del perjuicio⁵⁷.

Las graves deficiencias que en este aspecto presenta el BGB, puestas de manifiesto por autores alemanes y extranjeros, ha determinado hacia él una opinión desfavorable, por lo que no ha sido considerado en la legislación interna de los países, ni tampoco en principios o convenciones internacionales sobre la materia⁵⁸.

⁵⁶ Por todos: MEDICUS, *Tratado*, cit., p. 277

⁵⁷ En palabras de SOLER: “*La carencia de una norma que expresamente limite la responsabilidad del deudor no doloso a los daños que suponga la realización de los riesgos por él asumidos al tiempo de contratar es el motivo fundamental que impide que se resuelva en el citado ordenamiento jurídico y de forma definitiva el problema del (excesivo) resarcimiento de los llamados daños consecutivos o ulteriores. Este desmesurado resarcimiento que los tribunales alemanes conceden por este tipo de pérdida, especialmente cuando se trata de lucros cesantes, no se debe, por tanto, y como posteriormente veremos, al hecho de que la prueba de la probabilidad de su obtención se encuentre convenientemente facilitadas por normas como las recogidas en los §§ 252.II BGB y 287 ZPO; sino a que baste para que proceda la indemnización de pérdidas extraordinarias con que el acreedor no haya podido evitarlas de acuerdo por lo prescrito por el § 254.II BGB; resultando indiferente que el deudor, de hecho, pudiera o debiera haberlas asumido al tiempo de contratar*”. SOLER, cit., p. 54.

⁵⁸ Sin embargo, no podemos dejar de mencionar que un reciente e informado sector doctrinal, en España (YZQUIERDO) y en Chile (DOMÍNGUEZ), siguen considerando el sistema de reparación integral del Derecho alemán preferible al sistema latino, a lo menos respecto a la ausencia del requisito de la previsibilidad, y restan importancia a los problemas prácticos que ha suscitado. Ver, YZQUIERDO, *Sistema*, cit., p. 251, y DOMÍNGUEZ HIDALGO, CARMEN, *El daño moral*, vol. II, primera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000, p. 568.

II.- EL CODIGO DE LAS OBLIGACIONES SUIZO.-

1.- NORMATIVA.

Para nuestro estudio, tienen importancia los artículos 42, 43, 44 y 99 del Código de las Obligaciones, pues estas disposiciones son las que nos permiten apreciar las características relevantes del sistema indemnizatorio Suizo y, en especial, la regulación del *quantum* resarcitorio⁵⁹.

Artículo 42 : *La preuve du dommage incombe au demandeur.*

Lorsque le montant exact du dommage ne peut être établi, le juge le détermine équitablement en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée.

Les frais de traitement pour les animaux qui vivent en milieu domestique et ne sont pas gardés dans un but patrimonial ou de gain font l'objet d'un remboursement approprié, même s'ils sont supérieurs à la valeur de l'animal⁶⁰.

Artículo 43 : *Le juge détermine le mode ainsi que l'étendue de la réparation, d'après les circonstances et la gravité de la faute.*

Lorsqu'un animal qui vit en milieu domestique et n'est pas gardé dans un but patrimonial ou de gain, est blessé ou tué, le juge peut tenir compte dans une mesure appropriée de la valeur affective de l'animal pour son détenteur ou les proches de celui-ci⁶¹.

Des dommages-intérêts ne peuvent être alloués sous forme de rente que si le débiteur est en même temps astreint à fournir des sûretés.

Artículo 44 : *Le juge peut réduire les dommages-intérêts, ou même n'en point allouer, lorsque la partie lésée a consenti à la lésion ou lorsque des faits dont elle est responsable ont contribué à créer le dommage, à l'augmenter, ou qu' ils ont aggravé la situation du débiteur.*

Lorsque le préjudice n'a été causé ni intentionnellement ni par le effet d'une grave négligence ou imprudence, et que sa réparation exposerait le débiteur à la gêne, le juge peut équitablement réduire les dommages-intérêts.

Artículo 99: *En general, le débiteur répond de toute faute.*

⁵⁹ Aunque de menor importancia para el presente análisis, deben también tenerse en cuenta los artículos 45, 46 y 47.

⁶⁰ Inciso tercero fue introducido por ley de fecha 4 octubre de 2002; vigente desde el 1 de abril de 2003

⁶¹ El inciso tercero fue introducido por ley de fecha 4 octubre de 2002; vigente desde el 1 de abril de 2003

Cette responsabilité est plus o moins étendue selon la nature particulière de l'affaire: elle s'apprécie notamment avec moins de rigueur lorsque l'affaire n'est destinée à procurer un avantage au débiteur.

Les règles relatives à la responsabilité dérivant d'actes illicites s'appliquent par analogie aux effets de la faute contractuelle.

2.- REGIMEN INDEMNIZATORIO.

A.- DESCRIPCION GENERAL ⁶²

El régimen indemnizatorio del Código de las obligaciones suizo presenta en muchos aspectos semejanzas con el establecido en el BGB; parecido que también se aprecia en materia de *quantum* resarcitorio, al acoger ambos el principio de la reparación íntegra. Pero no son sistemas idénticos. Así, en materia de extensión del daño, según veremos, el Derecho suizo tiene una fisonomía propia que justifica su análisis independiente.

Partamos por indicar que en la disyuntiva sobre régimen único o dual atendiendo a la fuente generadora de la obligación de indemnizar, el *Código de las Obligaciones* optó por un sólo sistema, aplicable tanto a la responsabilidad extracontractual como contractual. Para lograr esta unidad, el inciso final del artículo 99 reenvía el régimen contractual a las normas establecidas para los actos ilícitos⁶³. De esta forma, el ordenamiento suizo se diferencia de los sistemas latinos, que mantienen una regulación dual, y se acerca, en este aspecto, al BGB. Sin embargo, más que una regulación unitaria propiamente tal, *estamos, en realidad, ante una equiparación del régimen indemnizatorio de la responsabilidad extracontractual a la contractual.* Esta situación no ha pasado inadvertida a la doctrina, que considera mal

⁶² Para mayor información sobre el sistema suizo, puede consultarse: CUENDET, JEAN, *La faute contractuelle et ses effets: étude de l'article 99, alinéa du Code des Obligations*, 2ª edición, Berna, 1970, págs. 234 y ss.; ENGEL, PIERRE, *Traité des Obligations en droit suisse*, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1973, pp. 340 y ss.; DESCHENEUX y TERCIER, *La responsabilité civile*, Berna, 1975, págs. 210 ss. y 236 ss. En idioma alemán: OFTINGER K. *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, I, Zürich, 1958, pp. 232 ss.; y BECKER H., *Obligationenrecht*, 2ª edición, Berna, 1941, pp. 238 ss. Y 503 y ss.

⁶³ ENGEL, *Traité*, cit., p. 485.

redactado el artículo 99 inciso tercero⁶⁴, y ha discutido el alcance, total o parcial, de dicha equiparación. Específicamente, se discute la aplicación en materia contractual de los artículos 44 inciso segundo y 43 apartado primero, según tendremos oportunidad de referirnos.

Respecto a la forma de reparación, y conforme a lo dispuesto en el artículo 43, *el juez tiene la facultad para decidir en cada caso entre la reparación del perjuicio in natura o en dinero*, aunque en la práctica es más frecuente la segunda⁶⁵. Particularidad del Derecho suizo es también lo dispuesto en el apartado segundo de la disposición ya citada, que también permite al magistrado fijar la indemnización dineraria bajo una forma de renta.

Como en todo ordenamiento jurídico, corresponde al acreedor el peso de la prueba de los perjuicios demandados. Sin embargo, en los casos en que el daño es cierto, pero no es posible la prueba estricta de su monto u ocurrencia, el artículo 42 del Código de las Obligaciones confiere al juez la posibilidad de *fijar equitativamente la indemnización*.

En cuanto a la extensión del perjuicio indemnizable, el Código de las Obligaciones prescinde de las limitaciones propias de los sistemas latinos, representadas por las clasificaciones de daños previstos - imprevistos y directos – indirectos⁶⁶. De esta forma, de igual forma que en el derecho alemán, *rige el sistema de reparación íntegra*⁶⁷. Como consecuencia de lo anterior, tanto la doctrina como la jurisprudencia suiza coinciden en que se debe indemnizar la totalidad del perjuicio efectivamente sufrido, calculado según la teoría de la diferencia⁶⁸. Sin perjuicio que lo anterior constituye la

⁶⁴ En este sentido, LEUBA, ALEXANDRE, *L' inexecución du contrat*, en weblaw, (http://www.weblaw.ch/pdf/magister_leuba_71_vii_linexecution.pdf), p. 87.

⁶⁵ ENGEL, *Traité*, cit., p. 341.

⁶⁶ MAZEAUD, HENRI, MAZEAUD, LEÓN y TUNC, ANDRÉ, *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, t. 2º, vol. II y t. 3º, vol. I; traducción de la quinta edición por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires - Argentina, 1961, p. 288 n. 1677-2, donde se califica de extremadamente peligroso el hecho que un sistema carezca de ambas limitaciones a la vez (del daño directo y del daño previsible), como sucede en el Código Suizo de las Obligaciones.

⁶⁷ ENGEL, *Traité*, cit., p. 343; y JEANPRÊTRE, CORINNE, *La responsabilité contractuelle du directeur des travaux de construction*, Thèse, Université de Neuchâtel, faculté de droit et des sciences économiques, staempfli+Cie SA, entreprise d'arts graphiques, Berne, 1996, p. 182

⁶⁸ *Le dommage juridiquement reconnu réside dans la diminution involontaire de la fortune nette; il correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant qu'aurait ce même patrimoine si l'événement dommageable ne s'était pas produit*. Sentencia del Tribunal Federal de fecha 1

regla general, en determinados contratos las partes puedan someterse a normas especiales, que limitan la indemnización exclusivamente a los perjuicios de carácter directo⁶⁹.

Pero lo que resulta más importante es el hecho que el sistema de reparación total no es rígido o absoluto, pues **se concede al juez la facultad para reducir la extensión del daño a indemnizar**. Es precisamente esta última la nota distintiva del Derecho suizo, y a la que nos referiremos a continuación.

B.- LA FACULTAD MODERADORA.-

La gran diferencia con el sistema de reparación total del BGB es que aquí el principio no es absoluto e inderogable, sino que puede ser atenuado en virtud de la facultad concedida al juez para fijar *l'étendue de la réparation, d'après les circonstances et la gravité de la faute*. De este modo, se impide la disyuntiva del todo o nada, aludida por MEDICUS, y a la que debe enfrentarse muchas veces el juez germano. Decimos que esta encrucijada a no la tiene el magistrado suizo, pues no sólo está facultado para conceder la indemnización o denegarla (en caso de no cumplirse con los requisitos legales

de octubre de 2001, ATF 128 III 22, considerando 5 (www.bger.ch). Ver también [ATF 127 III 73](#) considerando 3c y [ATF 120 II 296](#), considerando 3b

⁶⁹ Nos referimos a los artículos 1.6 del Règlement SIA 102 (1984), y 1.6 del Règlement SIA 103 (1984), que establecen, para los contratos de construcción, limitaciones a la responsabilidad del arquitecto y del ingeniero, los que sólo responderán del daño directo. En todo caso, el alcance esta limitación es discutida, pues se considera ambigua la limitación al daño directo, ya que se estima puede ser entendida de diferentes maneras. En este sentido, el considerando 9 letra c del fallo la primera Corte civil del Tribunal Federal, de fecha de 18 de julio de 2000, expresa: *c) L'art. 1.6 du règlement SIA 102 peut être compris de différentes façons. On peut y voir une véritable limitation de la responsabilité de l'architecte ne portant que sur les atteintes causées à la construction, ce qui exclurait, par exemple, le dommage provoqué à des objets se trouvant sur place (HESS, op. cit., no 27 in fine); on peut aussi soutenir que cette disposition ne vise que la perte effective et non le gain manqué, tel celui consécutif à une prise de possession retardée des locaux (JEAN HEIM/HENRI BAUDRAZ, La révision du règlement SIA 102, in JdT 1984 I p. 131) ou le préjudice économique (HANS RUDOLF SUTER/PHILIPPE ABRAVANEL/PHILIPPE JOYE, Les nouveaux Règlements SIA 102 et 103, in Journées du droit de la construction, vol. 2, Fribourg 1985, p. 75). A l'inverse, on peut considérer cette clause comme un simple rappel du droit en vigueur, plus particulièrement du principe de la causalité adéquate, dans le sens où seul le dommage se trouvant dans un tel rapport de causalité avec le manquement de l'architecte peut être mis à la charge de ce dernier (cf. RAINER SCHUMACHER, Die Haftung des Architekten aus Vertrag, in Le droit de l'architecte, 3e éd. Fribourg 1995, no 558; HESS, op. cit., no 25). En ATF 126 III 388 (www.bger.ch). Ver también, JEANPRÉTRE, *La responsabilité*, cit., p. 184*

para su procedencia); sino que también puede decidir concederla, pero atemperarla en cuanto a su extensión, si estima que las circunstancias que se dan en el caso concreto así lo ameritan.

¿Es aconsejable otorgar a los magistrados el poder para reducir el *quantum resarcitorio*? La respuesta a esta interrogante está íntimamente relacionada con el concepto y función de la indemnización, y más genéricamente con la idea de equidad que maneje cada sistema, pues aceptar reducir la carga indemnizatoria significa decidir que el lesionado tendrá que soportar por lo menos en parte con el daño sufrido. Está además también relacionado con la confianza que el legislador manifieste hacia el órgano jurisdiccional respectivo. Veremos más adelante que el codificador francés, a diferencia del suizo, no demostró precisamente gran confianza.

VON THUR defiende el establecimiento de esta facultad moderadora. Reconoce que con ella puede parecer contradicha la idea del resarcimiento de daños, al traer al área civil criterios penales (donde se considera el grado de culpa), lo que no correspondería, pues en el ámbito civil únicamente se debe analizar la situación del perjudicado, siendo indiferente si existió dolo o culpa por parte del responsable, y al no proceder así se cometería una injusticia con la víctima. No obstante, señala que también debe tenerse presente que cuando se peca de negligencia, una responsabilidad muy amplia puede ser muy dura, incluso más que una pena, en especial si se considera la tenue línea que separa la culpa leve de la ausencia de tal y lo difícil de trazar los límites de la causación adecuada. Por lo anterior, concluye que no es injusto autorizar al juez para que trate a los autores del daño por simple negligencia con menor rigor; y tampoco olvidar que en el caso de que la persona lesionada sufra de una mala situación patrimonial, podrá denegar este favor⁷⁰.

a.- Factores de moderación de la responsabilidad.

El ejercicio de la facultad de moderación no puede ser arbitrario ni caprichoso, pues su aplicación significa restringir o limitar la obligación resarcitoria establecida en favor de la víctima. En consecuencia, resulta

⁷⁰ *Tratado*, cit., p. 76.

evidente que su ejercicio debe fundarse en determinadas circunstancias, que la hagan aconsejables; situación que, por lo demás, no escapó al legislador suizo. Corresponde, entonces, referirnos a los factores o circunstancias que posibilitan moderar el *quantum resarcitorio*. Son los artículos 43 y 44 del Código de las Obligaciones, los que se refieren a ello, además del artículo 99 en relación específica a la responsabilidad contractual. Para efectos metodológicos, podemos distinguir, por un lado, los factores de moderación expresamente regulados en la ley y, por otro, la causal genérica entregada a la apreciación del juez según las circunstancias del caso.

1) Factores de moderación expresamente contemplados.-

Se estiman como factores de de esta clase la levedad de la culpa, el consentimiento del lesionado, la culpa del lesionado y la situación económica del responsable. Sin embargo, no todos ellos son en realidad factores de moderación o, por lo menos, no siempre lo son, y sirven más bien para excluir, total o parcialmente, la obligación resarcitoria por parte del demandado, por no ser responsable del perjuicio que se le imputa.

a') La levedad de la culpa del responsable. En su papel de elemento moderador de la responsabilidad, ha sido objeto de diversas interpretaciones. Para DE CUPIS, esta norma permite aumentar o disminuir la cuantía de los daños indemnizables, según aumente o disminuya el grado de culpabilidad del deudor⁷¹. Se replica a esta opinión diciendo que no es el sentido de la norma —aunque su redacción pudiera, en parte, darlo a entender—, pues a lo único que autoriza es a la reducción del daño (y no a su aumento), por razones de equidad y siempre que el deudor haya cometido solamente una culpa leve⁷². En todo caso, tampoco es cuestión de aplicar simplemente el silogismo “culpa leve, reparación mínima”, pues ello significaría que solo la culpa grave

⁷¹ DE CUPIS, ADRIANO, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, traducción de la 2ª edición italiana y estudio preliminar por A Martínez Carrión, Barcelona, Bosch, 1975, p. 310. Señala este autor que para determinar el montante del daño resarcible, “el juez está en condiciones de tomar en consideración sólo la diferencia entre el dolo y la culpa en sentido estricto, sino también la diferencia entre los grados de esta última”.

⁷² LEÓN, *Gravedad de la culpa*, cit., p. 10.

impondría la reparación total, lo que estaría en contradicción con los principios de la responsabilidad civil fundada sobre la idea de la *restitutio in integrum*⁷³.

La facultad moderadora podría operar, por ejemplo, en aquellos casos en que la culpa cometida apenas se diferencia del caso fortuito y resultare contra la equidad, en el caso concreto, hacer cargar al responsable del entero daño. En este sentido, el Tribunal Federal suizo ha estimado que procede la reducción *si la faute n'est pas grave et notamment si elle relève de la négligence*⁷⁴.

Para un sector de la jurisprudencia y doctrina suiza, la levedad de la culpa sería un factor con autonomía propia, es decir, que puede concurrir o no con los demás causales de moderación; pero que por sí sola bastaría sin necesidad de otra circunstancia, y de concurrir otro factor no necesariamente se requeriría que el obligado haya incurrido en una negligencia leve⁷⁵. Somos más bien de la idea que ***se trata de un requisito o supuesto que debe estar siempre presente para que proceda el ejercicio de la facultad judicial de moderación del quantum resarcitorio***. Siguiendo a LEÓN, podemos decir que el Código de las Obligaciones suizo permite la moderación de la responsabilidad «*siempre que la culpa cometida sea de carácter leve y así se justifique, por razones de equidad, en atención a las circunstancias del caso*»⁷⁶. En otras palabras, sin culpa leve no puede haber moderación, con independencia de que concurren otros factores. Por lo demás, así lo deja expresamente establecido el artículo 44 apartado segundo que permite aminorar la responsabilidad en atención a la situación económica del responsable, siempre que éste sea responsable únicamente de negligencia ligera.

b') La culpa del lesionado.- Esta causal se encuentra expresamente regulado en el artículo 44 apartado primero del Código de las

⁷³ ENGEL, *Traité*, cit., p. 344

⁷⁴ (RO 82 II 31). Sigue esta doctrina el fallo de 25 de septiembre de 1963, y sentencia de la 1ª Corte civil de 22 de octubre de 1991. Este último referido específicamente a un caso de responsabilidad contractual del abogado, en *www.bger.ch*.

⁷⁵ En este sentido, ENGEL, *Traité*, cit., pp. 343 y ss.; JEANPRÊTRE, *La responsabilité*, cit., pp. 182 y ss.

⁷⁶ *Gravedad de la culpa*, cit., p. 10. El profesor LEÓN GONZALEZ expresa también la idea anteriormente expuesta en sus *notas mecanografiadas*, que gentilmente proporcionó a este autor.

Obligaciones, al referirse a los casos en que los hechos del lesionado *ont contribué á créer le dommage, à l'augmenter, ou qu' ils ont aggravé la situation du débiteur*. El hecho culpa del lesionado permite al juez reducir e incluso denegar la indemnización, y puede manifestarse tanto en hechos anteriores o coetáneos al acto ilícito, como en hechos posteriores al mismo, lo que sucederá cuando no se toman las medidas necesarias para atenuar los efectos del acto o para limitar el daño.

El primer supuesto —culpa manifestada en hechos anteriores o coetáneos— es más bien un caso de **conurrencia causal**. Por lo mismo, no aborda un problema de la extensión del daño, ni consagra un factor reducción del perjuicio. Su finalidad es otra: precisar o determinar hasta qué punto el daño fue realmente causado por el deudor y hasta qué punto es obra del propio perjudicado. Obviamente, el obligado al resarcimiento solo puede serlo por los perjuicios que efectivamente ocasionó y no por aquellos que son obra del propio lesionado. Es ésta la verdadera razón por la cual el Juez puede reducir el monto de la indemnización, y no porque estemos ante una causal de moderación del perjuicio⁷⁷.

La segunda hipótesis puede estimarse un factor de reducción del daño propiamente tal, pues se orienta al deber de mitigación. Aquí, el juez puede ordenar la moderación de la indemnización, no porque el obligado al resarcimiento no haya causado el perjuicio, sino porque el afectado pudiendo haber impedido en todo o parte su producción, nada hizo⁷⁸.

c') La situación económica del responsable.- Se encuentra regulada en el artículo 44 apartado segundo del Código de las Obligaciones y se funda en la equidad. Tiene por finalidad impedir que el deudor quede sin recursos producto de la obligación de reparar que pesa sobre él.

En cuanto a los requisitos que la hacen procedente, resulta claro que quien desee beneficiarse con su aplicación, tiene que suministrar al juez la

⁷⁷ En este sentido, TRIMARCHI, *Causalita*, cit., p. 182

⁷⁸ Se indica también como factor de moderación *el consentimiento del lesionado*. Este factor tendrá lugar cuando el afectado haya consentido el perjuicio respecto de derechos sobre los cuales no puede disponer libremente. Al no ser derechos de libre disposición, el consentimiento del lesionado no exime de responsabilidad; pero el juez podrá reducir e incluso suprimir la indemnización. Ver ENGEL, *Traité*, cit., p. 344

información necesaria sobre la situación financiera que le afecta. Además el deudor sólo puede haber incurrido en una culpa leve. Pero se ha estimado que no basta considerar únicamente la situación económica del llamado a responder, sino que también debe tenerse en cuenta la del propio perjudicado. En otras palabras, se exige además de los requisitos establecidos en el artículo 44 apartado segundo, que el actor no se encuentra por su parte en una difícil situación económica como consecuencia del hecho dañoso.

Esta causal de moderación nos recuerda el pasaje del DIGESTO que excluye el resarcimiento íntegro en favor del comprador evicto, cuando no era previsible que el bien vendido a un precio bajo alcanzara un valor tan alto (D.19, 1, 43-44). Para ilustrar lo anterior, se da el ejemplo del esclavo que luego se convierte en conductor de cuadrigas o actor de teatro, incrementando, como se supondrá, considerablemente su valor. Se decide limitar la responsabilidad del vendedor, no sólo por lo imprevisible que puede resultar el aumento del precio del bien evicto, sino también por ser el responsable una persona de mediana fortuna. Por lo expuesto, no parece errado pensar que este pasaje del Digesto sea uno de los precedentes más interesantes de la norma en estudio.⁷⁹

Finalmente, la doctrina suiza discute la aplicación de esta causal en materia de responsabilidad contractual, según veremos.

2) Causal genérica de moderación.-

El artículo 43 apartado primero consagra una cláusula de carácter genérico, que permite moderar la responsabilidad, tomando en consideración las circunstancias de cada caso. Obviamente, no es posible fijar de antemano cuando estamos ante un supuesto que hace procedente la moderación, pues todo dependerá de la situación concreta, y la valoración de la circunstancias corresponderá al juez.

No obstante el carácter genérico de esta facultad, que hace imposible una enumeración taxativa, la doctrina y la jurisprudencia menciona

⁷⁹ Ver LEÓN, *Gravedad de la culpa*, cit., p. 19. Del mismo autor, ver también: “De nuevo sobre el art. 1107 del código civil: los daños previstos o previsibles” en *Estudios de derecho de obligaciones*.

algunos supuestos que ilustran la concreción de este genérico factor de moderación. Entre ellos podemos citar: el carácter demasiado lejano e incierto de los daños, esto es, la débil intensidad del nexo causal; haber experimentado el propio deudor un grave daño, a consecuencia del hecho por el cual debe responder; existir una notable desproporción entre la ligera negligencia del deudor y la grave culpa del acreedor; ser responsable el deudor de una culpa ligera que ocasiona un grave daño; La intervención del azar o la fatalidad en la producción del daño; o encontrarse la víctima en mejor situación económica que el deudor⁸⁰; supuestos todos ellos que en mayor o menor medida permiten dar contenido a la causal genérica de moderación.

En lo que dice relación específica con la responsabilidad contractual, se discute si el hecho de fijar una remuneración inferior a la normal por la prestación del servicio contratado, puede incluirse en la causal genérica del artículo 43 apartado primero del Código de las obligaciones. La doctrina se encuentra dividida, y entre los que sí la consideran un factor de reducción podemos mencionar a CUENDET y GAUCH. JEANPRÊTRE también estima que debe tomarse en cuenta para moderar la responsabilidad, pero no por el artículo 43, sino en virtud del artículo 99 apartado primero, cuando expresa: *“...s’ apprécie notamment avec moins de rigueur lorsque l’ affaire n’ est destinée à procurer un avantage au débiteur”*⁸¹.

b.- Campo de aplicación

No existe duda respecto a la aplicación de la facultad moderadora en la responsabilidad aquiliana. En materia contractual, por el contrario, el tema ha sido discutido. Como se sabe, la atribución judicial para reducir el monto indemnizatorio se encuentra regulada en la responsabilidad por actos

Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez, t. II, Madrid, La ley, 2006, p., 143, nota 19.

⁸⁰LEÓN, *Gravedad de la culpa*, cit. pp. 10 y 11; ENGEL, *Traité*, cit., p. 345, y JEANPRÊTRE, *La responsabilité*, cit., pp. 182 y 183. Ver también fallo del Tribunal Federal de fecha 25 de septiembre de 1963 (www.bger.ch).

⁸¹ *La responsabilité*, cit., pp. 184 y 185. En lo que sí parece existir acuerdo, es en el hecho de no poder invocarse la culpa concomitante de un tercero para impetrar la moderación de la responsabilidad establecida en el artículo 43 apartado primero. JEANPRÊTRE, lo refiere específicamente al director de trabajos de construcción, quién no podrá invocar la culpa de un contratista para solicitar reducción de su deber de indemnización frente al dueño de obra. cit., p. 183.

ilícitos (artículos 41 y siguientes) y es por reenvío del artículo 99 que se entiende aplicable a la responsabilidad contractual. Se ha planteado que la redacción de dicha norma es equivocada, y que los factores reductores de responsabilidad no pueden aplicarse en beneficio del deudor contractual, o por lo menos deben recibir una aplicación restrictiva. El argumento para sostener tal afirmación es el hecho que el deudor ha recibido una remuneración que lo obliga a un comportamiento no dañoso, en especial cuando es un deudor especialista o profesional que debe soportar los riesgos de su oficio⁸².

El factor de moderación que más dudas ha suscitado respecto a su aplicación en materia contractual es, sin duda, el establecido en el artículo 44 apartado segundo, esto es, la situación económica del responsable. Los que niegan su aplicación dicen que si el deudor se compromete más allá de sus medios y finalmente no puede ejecutar la prestación prometida, el incumplimiento se debe a su propia culpa, por lo que no resulta adecuado beneficiarlo con una reducción de la obligación indemnizatoria; reducción que terminará siendo a costa del acreedor⁸³.

Pero la jurisprudencia suiza se separa de la opinión doctrinaria expuesta, y aplica sin problema los factores de moderación en el ámbito de la responsabilidad contractual. Así por ejemplo, la primera Corte civil, en sentencia de fecha 18 de julio de 2000, señaló: *“En matière contractuelle, en vertu du renvoi de l'art. 99 al. 3 CO, le juge détermine le mode et l'étendue de la réparation selon l'art. 43 al. 1 CO... c'est-à-dire d'après les circonstances et la gravité de la faute. Le juge dispose à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation...”*, y el fallo de fecha 15 de junio de 1971, sobre un caso de responsabilidad contractual, indicaba: *« Les art. 42 à 44 CO sont également applicables, conférant au juge un large pouvoir d'appréciation... »*⁸⁴.

⁸² JEANPRÊTRE, *La responsabilité* cit., p. 183; LEUBA, *L' inexecución*, cit. p. 87.

⁸³ LEUBA, *L' inexecución*, cit. p. 88.

⁸⁴ 4C.397/1999 y ATF 97 II 142, (www.bger.ch).

C.- INFLUENCIA.

La conveniencia de que el juez goce de facultades para moderar el *quantum* indemnizatorio ha estado presente en los codificadores y en la doctrina. Durante la gestación del *Code*, y siguiendo los postulados de POTHIER, se propuso otorgar a los magistrados atribuciones para reducir la indemnización debida; pero la idea no prosperó por la desconfianza que inspiraba el ejercicio de tal potestad por parte de la magistratura. A nivel doctrinario, también se ha hecho ver la necesidad de una norma que permita al juzgador reducir la indemnización debida. Ilustrativo resulta en este sentido, la posición de los autores alemanes, que han hecho presente la necesidad de incorporar en el BGB la facultad judicial para moderar la indemnización, y si bien es cierto que hasta la fecha la idea no se ha traducido en texto legal, se sigue insistiendo en su necesidad.-

La legislación de los países occidentales, por regla general, no contemplan una facultad semejante a la del Derecho suizo que permita a sus respectivos órganos judiciales moderar la obligación resarcitoria. Y esta parece ser la situación predominante tanto en los países del *Common Law* como en el Derecho continental europeo⁸⁵. Sin embargo, lo anterior no es una regla absoluta, pues el Código de las Obligaciones suizo ha influenciado a diversas legislaciones, que contemplan normas destinadas a que los tribunales, en determinadas circunstancias, puedan decidir la reducción del *quantum* indemnizatorio. De partida, no podemos olvidar al Código de las Obligaciones de Turquía de 1926 —prácticamente una transcripción o copia del texto suizo—, el que consagra la facultad judicial para restringir la extensión de la carga indemnizatoria, en principio íntegra, que pesa sobre el deudor.

Destacable también en este sentido es el Código Civil Portugués, cuyo artículo 562 consagra el sistema de reparación íntegra, semejante al Código Civil Alemán; pero con una diferencia de importancia: su artículo 494 establece la facultad para fijar en forma equitativa la indemnización en un monto inferior a los daños causados, cuando el grado de culpabilidad del

⁸⁵ TUNC, ANDRE: *La responsabilité civile*, 2ª edic., Paris, Económica, 1989, p. 73

agente, su situación económicas u otras circunstancias lo justifiquen. Establece la disposición citada:

Artigo 494 (limitação da indemnização no caso de mera culpa) Quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica desde e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem⁸⁶.

El nuevo Código civil peruano, según se aprecia de su artículo 1.321 (ubicado en el título de inejecución de obligaciones), no adhiere al sistema de reparación íntegra propio del derecho alemán o suizo⁸⁷, sino al sistema latino de extensión del daño. No obstante lo anterior, podemos considerarlo uno de los textos influenciados por Código de las obligaciones suizo, porque establece expresamente la facultad judicial para moderar el daño. Lo anterior se aprecia del artículo 1973 (ubicado en el título de responsabilidad extracontractual), que expresa: *Si la imprudencia sólo hubiere concurrido en la producción del daño, la indemnización será reducida por el Juez, según las circunstancias⁸⁸*. En consecuencia, el Código civil peruano, de forma semejante al Suizo, permite reducir el monto de la indemnización, cuando al responsable de la indemnización sólo se le puede imputar imprudencia.

Entre los últimos textos legislativos que recogen la influencia helvética, debe mencionarse al nuevo Código civil neerlandés. En los artículos 95 a 110, sección 10^o del libro sexto se regulan las obligaciones legales para la indemnización de daños, y en su artículo 109 señala:

1.- Si la concesión de una indemnización completa de daños en las circunstancias dadas entre ellas la naturaleza de la responsabilidad, la relación jurídica

⁸⁶ Es digno de hacer notar que, al igual que en Suiza, se discute en Portugal si la facultad moderadora tiene lugar a cualquier clase de daños o se encuentra limitada para los casos de responsabilidad extracontractual. Por la aplicación amplia de la norma se pronuncia PESSOA JORGE, A. Por una aplicación restringida, ALMEIDA COSTA, MJ y ANTUNES VARELA, J. Información obtenida en *notas mecanografiadas* de LEÓN, facilitadas por el autor.

⁸⁷ Artículo situado en el Libro VI (Las Obligaciones), título IX, (Inejecución de Obligaciones).

⁸⁸ Art. 1.973 ubicado en el libro VII (Fuentes de las Obligaciones), Sección VI (Responsabilidad Extracontractual). Información obtenida del Código Civil, segunda edición a cargo de MALPARTIDA CASTILLO, VICTOR, Editorial San Marcos, Perú, 1997.

*existente entre las partes y su capacidad económica de ambas, condujera a efectos manifiestamente inaceptables, puede moderar el juez una obligación legal para la indemnización de daños*⁸⁹.

Sin dudar la importancia y trascendencia de los anteriores textos legales, han sido, en verdad, los Códigos civiles de los países socialistas, China popular incluida, los que con mayor fuerza han adherido a la idea de la facultad de los tribunales para limitar o reducir la obligación indemnizatoria que carga el deudor o responsable⁹⁰. Así, el *Zivilgesetzbuch* de la República Democrática Alemana, del año 1976, al igual que el BGB adhería al principio de reparación íntegra; pero en su párrafo 340, permitía en forma excepcional al juez reducir el quantum indemnizatorio⁹¹.

De igual forma, los Códigos civiles de Polonia de 1964 (artículo 440), Hungría de 1954 (artículo 339,2º y 318 in fine) y Checoslovaquia de 1964 (artículo 450) recogen la idea de otorgar a los tribunales la potestad para limitar la extensión del resarcimiento. Pero las normas presentes en estos códigos no pueden considerarse una copia fiel de la legislación Suiza. Decimos lo anterior, porque si bien es cierto que tales cuerpos legales recogen la facultad judicial de moderación del *quantum*, su regulación resulta un tanto diferente.

En efecto, en Polonia y Hungría el *ius moderandi* no tiene cabida en la responsabilidad contractual⁹²; situación que ha sido justificada por la fuerza vinculante del contrato y el peligro de entregar la estabilidad de los pactos al arbitrio judicial⁹³. Pero donde se aprecia la mayor diferencia con la solución suiza es respecto a los factores que autorizan la limitación de la indemnización debida: una norma flexible como lo es el artículo 43 del Código

⁸⁹ *Derecho patrimonial neerlandés*, traducción de los libros 1,3,5,6 y 7 del nuevo código civil por VAN REIGERSBERG VERSLUYS, Málaga, 1996. Este cuerpo legal parece adoptar la idea que no es necesario una culpa leve para ejercitar la facultad moderadora.

⁹⁰ TUNC, *La responsabilidad*, p. 73; y LEÓN, *notas mecanografiadas*.

⁹¹ El ZGB fue derogado el 3 de octubre de 1990, con el establecimiento formal de la reunificación.

⁹² Hemos visto que en Suiza algunos autores son de la idea que la moderación solo puede tener lugar en responsabilidad extracontractual. Sin embargo, la jurisprudencia hace aplicación de ella sin distinguir la fuente de la obligación indemnizatoria.

⁹³ Tema discutido en la doctrina polaca, donde coexiste posiciones partidarias de extender la facultad judicial a ciertos supuestos de responsabilidad contractual, CZACHORSKI, entre otros, junto a defensores de un sistema restrictivo de moderación, como es el caso de SPUZGAR. Información obtenida en *notas*

de las Obligaciones suizo (“las circunstancias del caso”), da lugar en los países socialistas a una regulación rígida, donde el factor o causal de moderación de la responsabilidad queda restringida a la situación económica del responsable o de las partes en conflicto⁹⁴.

Para concluir, recordemos el Código de civil de Cuba de 1987⁹⁵, también de inspiración socialista, cuyo el artículo 89, 1º establece:

Las personas naturales están obligadas a reparar los daños o perjuicios que causen o sean causados por las personas por quienes deben responder, pero el tribunal, a su prudente arbitrio, si el responsable es un trabajador o pensionado sin bienes propios conocidos para satisfacer totalmente el importe del daño o perjuicio, puede adecuar la cuantía de la indemnización a un veinte por ciento del salario o cualquier otro ingreso periódico que perciba, sin que pueda exceder del termino de diez años. Esta limitación puede disponerse cualquiera que sea el contenido económico de la responsabilidad.

Sólo dos observaciones a este último texto: primero, la norma cubana resulta aplicable también en materia de responsabilidad contractual, en virtud de lo dispuesto en el artículo 294, y en segundo lugar, la limitación de la extensión del daño no está restringida a los casos en que el responsable haya incurrido con culpa leve⁹⁶.

III.- SISTEMA LATINO.-

Con esta denominación nos referimos a la regulación del *quantum resarcitorio* elaborada por el Código civil francés, que sirvió de inspiración a un sinnúmero de ordenamientos jurídicos en Europa y América, entre ellos, España, Italia y Chile, por mencionar sólo algunos.

mecanografiadas de LEÓN.

⁹⁴ LEÓN, *notas mecanografiadas*. Así resulta de los Códigos civiles de Polonia de 1964, Hungría de 1954, de la República de Rusia del año 1964. El Código civil de Checoslovaquia de 1964, contempla sí otras circunstancias aparte de la situación económica de las partes: *la repercusión social del daño causado, la forma en que se ha producido el daño y la situación personal del dañado* (artículo 450)

⁹⁵ Aprobado por la ley N° 59 de fecha 16 de julio de 1987 y cuya vigencia se fijó a partir del 12 de abril de 1988.

Los antecedentes del sistema latino o francés de extensión del perjuicio pueden incluso remontarse al Derecho romano; pero en verdad es el largo y paciente trabajo desarrollado por los autores del Derecho intermedio, en especial el realizado por MOLINEAUS, DOMAT y POTHIER, el que permitió estructurar y dar forma definitiva a los distintos criterios jurídicos de valoración del *quantum*; criterios que finalmente fueron plasmados en el *Code*, en sus artículos 1.550 y 1.551, que señalan:

Artículo 1.150

Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée.

Artículo 1151

Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention.

A riesgo de parecer un poco aventurados, podemos desde ya afirmar que, a pesar de su apariencia, nuestro sistema es uno de los más perfectos y completos en materia de extensión del perjuicio, y los criterios jurídicos que contempla superan con creces las de otros ordenamientos. No por nada, el autorreferente sistema anglosajón debió acudir a las enseñanzas de POTHIER para la elaboración de su conocida *contemplatio rule*.

En efecto, la regulación francesa establece dos regímenes diferentes de valoración del daño: uno general, aplicable a todo deudor no doloso y otro especial, agravado, destinados a quienes incumplen de mala fe. A los primeros, se les hace responder únicamente de aquellos perjuicios que eran **previstos o previsibles** al momento de constituirse la obligación. A los segundos, esto es a los dolosos, se les obliga indemnizar todos los daños — previstos o no previstos—, que sean **consecuencia inmediata y directa** de su

⁹⁶ LEÓN, *notas mecanografiadas*

incumplimiento. De esta forma, se establece una evidente mayor carga resarcitoria para el infractor de mala fe, y la razón es simple: se trata de un deudor que pudiendo cumplir optó por no hacerlo. Sin embargo, se toma la precaución de no hacerlo responder hasta el infinito, y se establece en su beneficio un criterio —*la suite immédiate et directe*—, que da las pautas para limitar su obligación indemnizatoria.

En suma, son dos las clásicas reglas o principios de valoración del perjuicio en el sistema latino: la previsibilidad y las consecuencias inmediatas y directas del incumplimiento, los que a su vez que dan origen, respectivamente, a los conceptos de *daños previsibles* y *daños directos o necesarios*.

A lo señalado, podemos agregar como observación general que, si bien en la concepción de los autores del Derecho precodificado estuvo la idea de limitar la responsabilidad del negligente exclusivamente con la exigencia de la *previsibilidad*, mientras que al doloso le reservaron la regla de las *consecuencias inmediatas y directas* —pensamiento por lo demás corroborada por la propia redacción de los textos—, en verdad tanto la jurisprudencia como la doctrina de los distintos países han interpretado que los incumplidores culposos son beneficiados con ambos criterios de extensión del perjuicio y no solamente con el la previsibilidad.

Como indicamos, entre varios otros ordenamientos jurídicos, siguen al texto francés, el Código civil italiano, cuyo sistema de extensión del daño se encuentra recogido en los artículos 1.223, 1.225 y 1227 apartado segundo, que expresan:

Art. 1223: *Risarcimento del danno. Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta.*

Art. 1225: *Prevedibilità del danno. Se l'inadempimento o il ritardo non dipende da dolo del debitore, il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione.*

Art. 1227: *Concorso del fatto colposo del creditore. Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate.*

Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza.

Si bien el anterior Código civil italiano de 1865 también se inspiró en el Code en materia de valoración del *quantum*, el actual *Codice civile* de 1942 tuvo, entre otros aciertos, la virtud de regular en forma independiente la regla de la evitación del perjuicio y en señalar, expresamente, que eran aplicables a la responsabilidad por hecho ilícito las reglas contenidas en los artículos 1223 y 1227, según la remisión efectuada por el artículo 2056.

El Código Civil Chileno es otro decidido seguidor del sistema latino de extensión del perjuicio, como lo demuestra el inciso primero de su **artículo 1558**, al establecer:

"Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata y directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento".

Se aprecia claramente la influencia del Code, al punto de ser prácticamente una transcripción del mismo. De hecho, aparte de indicar en forma expresa que la normativa es aplicable tanto para el incumplimiento propiamente tal como para su retardo, la única originalidad del texto chileno fue consagrar en un sólo párrafo las reglas que el francés debió distribuir en dos artículos diferentes.

En cuanto a la regulación del *quantum* resarcitorio en el Derecho español, se deben tener presente básicamente dos disposiciones del Código civil.

Artículo 1.103: *"La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los tribunales según los casos"*

Artículo 1.107: “Los Daños y Perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo del constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento.

En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación”.

La lectura de las normas recién transcritas permite —y obliga— a dos observaciones básicas y previas. La primera, es que el legislador español, si bien no en la letra si en su espíritu adhiera a los ordenamientos que siguen el sistema latino de extensión del perjuicio y, en cierto sentido, tal vez es el más fiel exponente del mismo. Como segunda y evidente observación, podemos decir que no estamos ante una mera traducción al español del texto francés. Por el contrario, desde la terminología utilizada —deudor de buena fe, consecuencia necesaria—, hasta la elección de los criterios limitativos que se aplican a cada tipo de deudor, demuestran que se trata de un sistema que recibió diversas influencias; situación corroborada por la variaciones que fue sufriendo, en especial el artículo 1107, en los diversos proyectos y anteproyectos. A todo lo anterior, se une la adopción expresa facultad moderadora de la responsabilidad por parte de los tribunales, prerrogativa judicial que en un primer momento Francia también contempló, pero que finalmente fue desechada.

No obstante poseer el sistema latino o francés de extensión del perjuicio una regulación completa para la valoración del *quantum*, con específicos criterios de valoración jurídica o normativa, que son el fruto de largos años de evolución, y haber sido adoptada por numerosos ordenamientos jurídico internos y por las principales convenciones y principios internacionales sobre la materia, lo cierto es que **han surgido innumerables dudas interpretativas y equívocos en su aplicación, con nefastas consecuencias prácticas**.

Sin dudas las mayores dificultades que ha presentado el sistema ha sido la inadecuada o deficiente comprensión de los criterios que ella contempla. Lo anterior es especialmente evidente en el caso de la *previsibilidad* del perjuicio, pues los autores al intentar descifrar su sentido

aluden simplemente a la idea que serán tales los daños que un deudor, considerado como sujeto concreto o abstracto, pudo anticipar como consecuencia de su incumplimiento. No sigue mejor suerte, en todo caso, la regla *consecuencia inmediata y directa*, la que simplemente es “dejada de lado” y se acude en su reemplazo a teorías elaboradas en otros ordenamientos, en especial las conocidas como la equivalencia de las condiciones y la causalidad adecuada; y, lo que optan por esta última, terminan afirmando que previsibilidad y causalidad son dos criterios casi idénticos, por lo cual uno sobraría. A este problema interpretativo básico, se unen otros varios como son el fundamentar la existencia de dos regulaciones diferentes atendiendo al tipo de deudor; su aplicabilidad fuera de la órbita contractual; su configuración como cuestión de hecho o de derecho, con la consiguiente posibilidad de su control por parte de los tribunales de casación; y, en fin, la conveniencia o no de la mantención de un sistema que —se dice—, pugna con la idea de la reparación íntegra y ocasiona diferencias injustificables con la responsabilidad extracontractual.

A todos estos problemas, el Derecho español agrega otros propios, debido a la particular redacción del 1107. Entre ellos, la comprensión de los conceptos específicos que él maneja, como son *deudor de buena fe* y *consecuencia necesaria*; el carácter objetivo o subjetivo de la responsabilidad; y, no menos controvertible, atendido el tenor literal de la norma, la decisión sobre el criterio que finalmente beneficiará al deudor doloso, esto es, si se equipara su carga resarcitoria a la que se establece en otros ordenamientos para este tipo de incumplidores o, en definitiva, se le deja sin regla jurídica que delimite los daños que debe indemnizar.

El estudio pormenorizado del sistema latino, con especial referencia al Derecho español y chileno, y los variados problemas interpretativos que presentan se realizará en la primera y segunda parte del presente trabajo, razón por la cual, en este momento simplemente los dejamos esbozados.

VI.- SISTEMA DEL COMMON LAW.

1.- EXPLICACION PREVIA.-

Como se sabe, el *Common law* nace en Inglaterra⁹⁷ y se instaura en todas las naciones que un día fueron sus colonias, las cuales una vez independizadas mantienen su adhesión a él. En principio, se le considera un sistema jurídico unitario, extraño a la idea de la nacionalidad del Derecho. Sin embargo, resulta innegable que en los distintos países que integran el *common law*, dentro del modo común que tienen de concebir el derecho, se han ido produciendo diferencias. Resulta, entonces, conveniente aclarar que la presente exposición se realiza tomando como base el ordenamiento jurídico inglés, país donde se originó el *leading case* más importante en materia de limitación a la responsabilidad contractual, conocida como la regla *HADLEY v. BAXENDALE*. Lo anterior, sin perjuicio de algunas referencias al derecho norteamericano.

Antes de avanzar en el presente análisis, conviene recordar que la doctrina del *common law* —de modo semejante a la del *civil law*, según veremos—, distingue los conceptos de ***causation in fact*** y ***causation in law***. El primero aborda el problema de la existencia o no del nexo de causalidad entre la conducta del posible responsable y el resultado dañoso. El segundo, conocido también como *legal causation* o *remoteness of damages*, una vez determinados los perjuicios causalmente ligado a la conducta del responsable, tiene por función decidir cuales serán objeto de indemnización y cuáles no. En otras palabras, fija los criterios de extensión del daño. Nuestro estudio está orientado precisamente a la *causation in law*.

⁹⁷ Para una exposición de la evolución del Derecho inglés en idioma castellano, puede consultarse a DELL'AQUILA, ENRICO, *Introducción al estudio del Derecho inglés*, Valladolid, Secretariado de publicaciones, Universidad de Valladolid, 1992. En especial, pp. 57 y ss., donde trata la evolución del *common law*.

2.- LOS CRITERIOS DE DELIMITACION DEL DAÑO.

BURROWS⁹⁸ indica cinco límites a la indemnización del daño aplicable a los *breach of contract* y a los *torts*, y dos exclusivos de la responsabilidad contractual. Entre los primeros menciona los *Remoteness*, *Impecuniosity*, *Duty of mitigate*, *Contributory negligente*, e *Intervening cause*. Como privativos del ámbito contractual, se señala el límite de que el perjuicio no puede ir más allá de lo que habría significado el cumplimiento en la forma más favorable para el demandado (*no damages beyond de defendant's minimum contractual obligation*), y la limitación para el caso particular que la obligación incumplida consiste únicamente en el pago de una suma de dinero (*the only obligation broken is to pay money*).

Para nuestro análisis, abocado a la *causation in law*, sólo tiene importancia el análisis de los *Remoteness*, *Impecuniosity*, *Duty of mitigate* y el límite *no damages beyond de defendant's minimum contractual obligation*⁹⁹.

⁹⁸ BURROWS, ANDREW, *Remedies for torts and breach of contract*, 2a edición, London, Butterworths, 1994, pp. 36 y ss.

⁹⁹ La *Intervening cause* se refiere a la intervención de una causa que rompe la cadena de causación entre el incumplimiento del deber y las pérdidas. Es lo que en el sistema continental se estudia como la intervención de una causa ajena, y se refiere más a un problema del *an respondeatur* o de la *causation in fact* que a un problema de delimitación del daño resarcible.

La *Contributory negligence*, señala que los daños son reducidos cuando la negligencia del demandante ha contribuido a ellos, siendo una causa parcial de sus pérdidas. Es lo que en el sistema continental se estudia como la culpa del perjudicado. Vale lo dicho anteriormente y además se encuentra en el *common law* la circunstancia particular de que este principio es solo aplicable a algunos torts y es, en principio, inaplicable para el incumplimiento Contractual, pues *la Law Reform (contributory negligence) Act 1945* no rige, por regla general, en materia Contractual. Sin perjuicio de ser esta la regla general, en el caso *Forsikringsaktiezeskapet Vesta v Butcher* (1989) la *Court of Appeal* estimó que la *contributory negligente* puede aplicarse en materia contractual. Se trata de un *obiter* de la *Law Reform (contributory Negligence), Act 1945*, según el cual cuando concurre responsabilidad en *tort* y contrato, esto es, cuando el incumplimiento se da en una situación donde existía también un *tortious duty of care* es aplicable la *contributory negligente*. Esto fue también aceptado como correcto por la *House of Lords* en *Platform Home Loans Ltd v Oyston Shipways* (2000). Por otro lado, en los contratos basados en responsabilidad objetiva no se aplica la contribución a la negligencia y el acta de 1945 es irrelevante, lo que fue confirmado por la *Court of Appeal* en *Barclays Bank plc v Faircolough Building Ltd*. Ante esta situación, *The Law Comisión* ha recomendado que la *contributory of negligence* pueda estar disponible donde ha existido el incumplimiento contractual de un deber de razonable cuidado, exista o no coincidencia con un *tort*. Ver STONE, RICHARD, *The modern law of contract*, 5a ed., London, Cavendish publishing limited, 2002, p. 451.

Finalmente, repetimos la opinión de CATTANEO indicada en nota anterior, en el sentido de que en la regulación de la culpa del perjudicado como reducción de la responsabilidad, el *civil law* ha sido pionero, mencionando como ejemplo los códigos civiles austríaco, suizo e italiano. Por el contrario, en Inglaterra

A.- REMOTENESS.

Es una institución de antiguo origen —es posible encontrarla en los *years books* a partir del año 1471¹⁰⁰—, y hoy en día se le considera la principal restricción de la indemnización de daños en la doctrina del *common law*. Se dice que **en los contratos**, por regla general, su objetivo es determinar si las pérdidas han sido razonablemente contempladas (*reasonable contemplation*), y en lo que respecta a los **torts** su finalidad es establecer si los perjuicios han sido razonablemente previsibles por el demandado (*reasonable foreseeability of harm*)¹⁰¹.

El fundamento de esta regla es la injusticia que significaría imponer al demandado una gran responsabilidad, haciéndolo soportar pérdidas que no pudo razonablemente haber contemplado o previsto. Pero no se crea que es única y exclusivamente un sentido de justicia lo que determina su existencia en el *common law*. En el caso específico de los contratos, su aplicación es también justificada por la necesidad de contar con una racional eficiencia económica, ya que él alienta la divulgación de información sobre inusuales potenciales pérdidas, y al tener el demandado total conocimiento de los riesgos, puede actuar en consecuencia.¹⁰² En los *torts* también existe una razón de índole económica para justificar su aplicación. Se dice que el notable incremento de los accidentes debido a la revolución industrial, las máquinas y

solo se estableció en el Act. de 1945, ya referida, y en Norteamérica fue pionero el Estado de Mississippi en 1910. Ver también YZQUIERDO, *Sistema*, cit., p. 206.

Respecto a la regla *The only obligation broken is to pay money* se considera que se estableció en la causa *London, Chatham and Dover Rly Co v South Eastern Rly*, según la cual cuando la obligación incumplida es pagar una suma de dinero, no se conceden daños y el remedio es únicamente el otorgar la suma acordada. Esta regla tiene dos sentidos: primero, no se pueden obtener intereses, y segundo, no se puede pedir compensación por otras pérdidas causadas por la falta de recepción del dinero acordado. Sin embargo, esta regla se ha restringido o reducido. Así, en lo que respecta a su primer sentido, se ha reconocido el pago de intereses (*s 35 A of the suprema Court, Act. 1981*), pero conforme a *Tehno-Impex v Gebr Van Weelde Scheepvaartkantoor BV* no se extiende a las sumas pagadas antes de iniciarse el procedimiento. Sin embargo, en *President of India v La Pintada Compania Navigacion* se anuló el fallo *Tehno-Impex*. El segundo sentido de la regla ha sido total o casi totalmente eliminada por la decisión *Wadsworth v Lidia*. Ver BURROWS, *Remedies*, cit., pp. 97 y 98.

¹⁰⁰ MARTY, «La relation de cause a effet comme condition de la responsabilité civile», cit., p. 696.

¹⁰¹ BURROWS, *Remedies*, cit., p. 39.

¹⁰² *Ibid.*, p. 40.

los trenes, determinó la necesidad de limitar los daños resarcibles para, de esta forma, no sofocar el naciente desarrollo del capitalismo¹⁰³.

Aunque nuestro estudio versa sobre la extensión del daño contractual, creemos convenientes referirnos a los principales casos de *remoteness* dictados en materia de *torts*, por las innegables relaciones entre ambas responsabilidades, según se apreciará al ver la aplicación del criterio en estudio en uno y otro ámbito.

a.- Torts.

Resulta evidente la importancia que tiene precisar y uniformar el criterio con que se aplicará el *remoteness*, pues sólo así se podrá determinar con certeza los perjuicios que merecen ser indemnizados y los que no. Lamentablemente, hasta el momento no parece haberse llegado a buen puerto en este aspecto. Más bien da la impresión que los tribunales se han debatido entre dos tendencias: una que permite dar amplitud al resarcimiento y otra que tiende a su restricción.

Para ilustrar lo anterior, nada mejor que recordar una decisión extrema, como lo fue el caso **Scott v. Shepherd**, juzgado en 1773 por la **Court of Common Pleas**, donde se aplicó un criterio de proximidad estricto¹⁰⁴. Lentamente las decisiones son orientadas hacia uno de carácter más flexible y de esta forma, se llega a un **dictum** del año 1850, dictado en el caso **Rigby v. Hewitt**, donde se indica que es causa próxima toda circunstancia de naturaleza apta para provocar un daño según la previsión de un hombre razonable (The foresight of a reasonable man). Este criterio se consagra en el caso **Lynch v. Knight**, (1861), aunque no han dejado de existir dudas o retrocesos¹⁰⁵.

¹⁰³ GALLO, PAOLO, *L' elemento oggettivo del tort of negligence. Indagine sui limiti della responsabilità delittuale per negligence nei paesi di common law*, Milano, Dott. A Giuffrè Editore, 1988, p. 29

¹⁰⁴ El caso consistió en que una persona tira un objeto inflamable en la calle de un mercado que cae en un *box* de un comerciante que lo rechaza enseguida hacia su vecino y éste, a su vez, hace lo mismo y así sucesivamente, hasta que finalmente lesiona y quema a una persona. **Se decide que la causa próxima del daño es el acto del último que ha lanzado el objeto inflamable**, recayendo la responsabilidad sobre él y no sobre el primero que había lanzado el objeto inflamable. Citado por MARTY «La relation de cause a effet comme condition de la responsabilité civile», cit., p. 696.

¹⁰⁵ Como lo prueba el caso **Smith v. London and southwestern Railway** (1870), decidido por la corte de *Echiquier*: los obreros de una empresa cortaron la hierba y talaron los árboles durante el verano, pero no la retiraron. Al cabo de dos semanas se prendió fuego y el viento los llevó por el aire hasta quemar a 200 metros la casa del demandante. **La corte resuelve que la compañía era responsable, aunque las consecuencias de la negligencia no fueran normalmente previsibles**, y agrega que la cuestión de la

En el año 1931, se produce un cambio en la jurisprudencia con el famoso caso ***Polemis v. Furness, Withy and Co***, juzgado por la ***Court of Appeal***. Los hechos son los siguientes.

El demandante era el propietario de un barco que arrendó a una sociedad. Los trabajadores de la arrendataria, mientras efectuaba un cargamento, dejaron caer una bandeja o placa metálica en el dique donde se encontraban los toneles de petróleo que, producto de un pequeño escape, liberaban vapores inflamables. El golpe de la placa provoca una chispa que inflama los vapores y la nave se incendia. El propietario demanda a su arrendataria y ésta funda su defensa en el hecho que el daño no podía ser considerado como la natural y probable consecuencia de la negligencia cometida por sus trabajadores.

La ***Court of Appeal*** descarta la objeción de la previsibilidad del daño; señala que la única cuestión a decidir, por el examen de los hechos, es el relativo a la existencia de un nexo de causalidad suficientemente directo entre la negligencia y el daño; y, en definitiva, decide que el nexo directo ha existido en el caso concreto. **En resumen**, según la regla del caso ***Polemis***, *el demandado es responsable por todas las consecuencias directas de su negligencias, sin imputar que pueda o no haberlas previstas un hombre razonable*¹⁰⁶.

Si bien el fallo en estudio no emanó de la cámara de los *Lores*, se estimó que establecía la nueva regla de derecho aplicable. Pero, como podrá suponerse, esta decisión fue objeto de numerosas críticas y los Tribunales se esforzaron en ignorarla por la vía de la restricción o distinción. Es así que en el año 1961 se produce un nuevo vuelco en la jurisprudencia, y la regla del ***Polemis*** fue desautorizada o anulada en ***Overseas Tankship (UK) Ltd. V.***

previsibilidad solo tiene importancia para la culpa, es decir, para determinar si han sido negligentes y en la afirmativa no puede restringirse su responsabilidad. MARTY «La relation de cause a effet...», cit., pp. 696 y 697. Ver también TUNC, ANDRE, «Les recents developpements des droits anglais et americain sur la relation de causalite entre la faute et le dommage dont on doit reparation» En *Revue internationale de Droit comparé*, Paris, 1953, p. 10

¹⁰⁶ BURROWS, *Remedies* cit., p. 40; MARTY «La relation de cause a effet...», cit., pp. 697 y 698; TUNC, «Les recents developpements...», cit., pp. 10 y 11, y PANTALEÓN, FERNANDO: «Causalidad

Morts Dock & Engineering Co Ltd, The Wagon Mound. Los hechos son los siguientes.

Los demandados descargaron negligentemente una gran cantidad de petróleo sobre la bahía, extendiéndose el derrame hasta el muelle perteneciente a los demandantes, los que se encontraban reparando un barco. Estos últimos vieron la sustancia sobre el agua, pero no creyeron que fuera inflamable y continuaron sus faenas. No podían estar más equivocados, pues el metal incandescente, producto de los trabajos de reparación, cayó sobre el agua, hizo arder el petróleo y causó graves daños en el muelle de los demandantes.

El **Privy Council** estableció que los demandados no fueron responsables de los daños causados por el incendio, pues mientras ellos pudieron razonablemente prever daños para el muelle por ensuciar, no pudieron conocer o razonablemente prever que el muelle pudiera ser dañado por un incendio, cuando descuidadamente descargaron petróleo. El vizconde SIMONDS expresa la regla en los siguientes terminos: *It is the foresight of the reasonable man wich alone can determine responsibility*¹⁰⁷.

De esta forma, se substituye el criterio *direct* del *Polemis* por el de *reasonable foreseeable*, contenido en *The Wagon Mound Test*¹⁰⁸. En todo caso, y aunque continúa siendo la regla vigente, ha ido perdiendo adherencia debido a que las cortes han decidido no limitar la responsabilidad del demandado hasta el grado indicado en él, por lo que ya no resulta tan importante la diferencia con el anterior *test*. Cinco son las razones que, en opinión de la doctrina, han restringido la aplicación de este *case law*¹⁰⁹.

e imputación objetiva: criterios de imputación », en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, t. II, Madrid, 1990, p. 1590.

¹⁰⁷ BURROWS, *Remedies* cit., pp. 40 y 41, y PANTALEÓN, «*Causalidad e imputación objetiva...* », cit., pp. 1590, 1591.

¹⁰⁸ GALLO, *L' elemento*, cit., pp. 32 y 91, señala que, en los países del *common law*, la previsibilidad tiene 3 diferentes funciones: en el juicio de culpabilidad (*Breach of de Duty*); para constatar la existencia de un deber de cuidado (*Duty of Care*); y en materia de causalidad jurídica.

¹⁰⁹ **1.- Si el tipo de daño físico es razonablemente previsible, no importa la previbilidad de su extensión.** Así en *Hughes v. Lord Advocate*, nada se dijo porque las heridas fueron más serias de las que habrían sido razonablemente previsibles. También en *Vacwell Engineering Co ltd v. BDH Chemicals ltd*, el daño fue razonable, pero no su magnitud ni la extensión del daño.

2.- La noción sobre el tipo de daños físico que necesita ser razonablemente previsible, permite a la corte discreción para determinar hasta cuándo puede extenderse la responsabilidad del demandado.

Según GALLO en materia de *legal cause* — *legal causation* o *causation in law* como también se le conoce—, se contraponen dos criterios: el de las consecuencias directas (*direct causation*), desarrollado en el ámbito de la responsabilidad por dolo, y el de las consecuencias previsibles (*foreseeability*), propio de la responsabilidad por culpa. Ejemplo de la aplicación del primer criterio sería el *trespass*, y del segundo el *tort of negligence*¹¹⁰. En base a lo anterior, es posible concluir que en el *common law*, de forma semejante a los sistemas latinos, la extensión de la indemnización es diversa según el elemento subjetivo que concurra —dolo o culpa—; pero existe una diferencia entre ambos sistemas: aquí la distinción se da en la responsabilidad extracontractual, mientras que en la regulación del *Code* es propia de la contractual.

Por último, resulta útil consignar que la regla del *remoteness* es de general aplicación en materia de *tort*, y únicamente no es aplicable a los casos de *tort of deceit* y *remedy for negligent misrepresentationn under s 2 (1) of the misrepresentation act 1967*, donde se declaran indemnizables todas las consecuencias sin considerar la limitación en estudio¹¹¹.

b.- Breach of contract.

Se dice que el sistema de la extensión del daño del *common Law*, en materia contractual, fue importado de Francia, y ello no se debió a mera casualidad, sino a la influencia que POTHIER ejerció en determinados sectores de la sociedad norteamericana e inglesa. Prueba de ello es el artículo 1928 del

3.- Sigue vigente el principio *thin skull* y el demandado toma a su víctima en las condiciones físicas que la encuentra. Así se decidió en *Smith v. Leech Brain & Co Ltd.*, donde se resolvió la responsabilidad por la muerte por cáncer de una paciente, por no haberle facilitado un mascarilla ante una herida en un labio que fue el agente promotor del cáncer.

4.- El *Wagon Mound Test* no afecta el principio de que no es necesario la previsión del quantum (puede injuriarse a un millonario o dañarse una valiosa obra de arte). Este principio es visto como una decisión política de que tales pérdidas no deben ser consideradas remotas aunque sean imprevisibles. Es incierto si el principio se extiende a los beneficios consiguientes (*profits consequences*) de daños físicos o a otras pérdidas financieras.

5.- El grado de probabilidad de las pérdidas requerida, no ha sido discutido en los casos de torts, con la excepción del *Wagon Mound 2*, donde se exige un bajo grado de probabilidad para ser previsible. Ver BURROWS, *Remedies* cit., pp. 41 a 44. Ver también la crítica al caso *Smith v. Leech Brain & Co Ltd.*, en PANTALEÓN, «Causalidad e imputación objetiva...», cit., p. 1568.

¹¹⁰ GALLO, *L' elemento*, cit., pp. 92 y sgts.

¹¹¹ STONE, *The modern law*, cit., p. 446.

Código de Luisiana, que siguió de modelo al artículo 1.150 del Código Civil francés. Otro antecedente es la temprana traducción a lengua inglesa de su obra: en Norteamérica, ya en el año 1802, apareció la traducción de FRANCIS-XAVIER MARTÍN, bajo el título de *A treatise on obligations considered in a moral and legal view*, y en Inglaterra, en el año 1806, el *Traité des obligations* fue traducido por W. D. EVANS, bajo el nombre de *A treatise on the law of obligations or contracts*. Manifiesta también esta influencia las obras de autores norteamericanos que comentaban las normas sobre previsibilidad de daños contractuales. Es el caso, entre otros, de THEODOR SEDGWICK en su *Treatise on the measure of damages*¹¹².

Todo lo anterior si bien demuestra el influjo de POTHIER en el derecho anglosajón, no habría sido suficiente para provocar la recepción de la regla de la previsibilidad, sino hubiesen existido además razones políticas y económicas de fondo para ello. En efecto, la actividad industrial y comercial requería reglas claras respecto a la distribución de los riesgos en materia contractual. La nueva clase empresarial exigía un derecho cierto y previsible, que estuviere libre del arbitrio de los jurados y que le permitiera calcular, con la mayor exactitud posible, las consecuencias jurídicas de sus decisiones para, de esa manera, efectuar un análisis de coste-beneficio. Además, se necesitaba que dichas reglas "*subsidasen*" la naciente actividad económica, impidiendo que se la gravase con altos costos derivados de su responsabilidad contractual¹¹³.

Analizado el contexto histórico de la admisión del sistema latino de extensión del daño por parte del *common law*, pasaremos a estudiar las decisiones judiciales que perfilaron el requisito de la previsibilidad del daño.

1) Caso *Hadley v. Baxendale* (1.854)

Resulta conveniente aclarar que no fue el primero en la materia (antes de él existieron otros), y se trata más bien un caso de *torts* y no de

¹¹² IBBETSON, D.J, *A historical introduction to the law of obligations*, Oxford University Press, Gran Bretaña, 2001, p. 220 y nota 4, y PANTALEÓN, "El sistema de responsabilidad contractual", *cit.*, pp. 1081 y 1082.

¹¹³PANTALEÓN, "El sistema de responsabilidad contractual", *cit.*, pp. 1081 y 1082.

contracts, pues el actor se desistió de la pretensión contractual que contenía su demanda¹¹⁴. No obstante lo anterior, nadie puede dudar que nos encontramos ante un *leading case* —sin duda uno de los más comentados y estudiados en la literatura inglesa—, que marco la pauta para todos los fallos siguientes en materia de previsibilidad del daño contractual. Los hechos fueron más o menos los siguientes.

La demandante era propietaria de un molino en Gloucester, cuya producción había quedado paralizada como consecuencia de la rotura de un eje. Ante esta situación, encargó a la demandada el transporte de dicho eje roto hasta la fábrica de Greenwich, donde debía construirse otro nuevo, utilizando como modelo la pieza rota. Este encargo fue incumplido por la demandada, al demorar negligentemente el envío durante varios días.

La actora entabló demanda de indemnización de perjuicios, y solicitó como resarcimiento los beneficios que la paralización del molino había frustrado durante los días de demora en la entrega, ascendente a la suma de 300 libras. En primera instancia el juez dejó la cuestión al arbitrio del jurado, que estimó en parte la pretensión. Sin embargo, los demandados apelaron reclamando un nuevo juicio por falta de adecuadas instrucciones al jurado. La apelación tuvo éxito, y al juez ALDERSON B., miembro de la corte de Exchequer, le correspondió indicar los criterios o principios en los que el nuevo juez debía instruir al jurado que se pronunciaría por los daños debidos en este incumplimiento contractual. Estos se fijaron los siguientes términos¹¹⁵:

¹¹⁴ DOMÍNGUEZ HIDALGO, *El daño moral*, cit., p. 503, y notas 27 y 28 de la misma página. Esta autora indica que algunos pronunciamientos habían apuntado en el mismo sentido con anterioridad al caso *Hadley v. Baxendale*. La regla de la previsibilidad había sido invocada expresamente en *Williams v. Barton* [1839], en *Blanchard v. Ely* [1839], y en *Watts v. Towers* [1853], donde la propia Corte de Exchequer denegó una demanda por lucro cesante, citando en apoyo de esta decisión la regla de la previsibilidad francesa. Agrega que el caso no era propiamente de *contracts*, sino de *torts*, pues si bien la demanda contenía inicialmente dos pretensiones —una contractual y otra de *Torts*—, *Hadley* se desistió de la acción contractual. Ver también IBBETSON, *A historical introduction to the law of obligations*, cit., p. 230 y nota 70 de la misma página.

¹¹⁵ *Where two parties have made a contract which one of them has broken, the damages which the other party ought to receive in respect of such of breach of contract, should be such as may fairly and reasonably be considered, either arising naturally, ie according to the usual course of things from such breach of contract itself, or such as may reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties, at the time they made the contract as the probable result of the breach of it. Now, if the special circumstances under which the contract was actually made were communicated by the plaintiffs*

- Sólo se responde de aquellos daños que puedan considerarse en abstracto equitativa y razonablemente **consecuencia natural** —esto es, **conforme al usual curso de las cosas**—, **de tal incumplimiento contractual**; o bien de aquellos que razonablemente pueda considerarse que fueron **contemplados por ambas partes al tiempo de contratar** como probable resultado del incumplimiento contractual.

- Si **las especiales circunstancias** bajo las que el contrato efectivamente fue celebrado **fueron comunicadas** por la parte demandante a la parte demandada, y conocidas de esa manera por ambas partes, los daños derivados del incumplimiento de tal contrato y que las partes razonablemente contemplaron, **sería la cantidad de perjuicio que ordinariamente se derivaría de un incumplimiento de contrato, bajo esas especiales circunstancias así comunicadas y conocidas.**

- Por el contrario, **si las circunstancias especiales** del contrato fueron absolutamente **desconocidas** por la parte incumplidora, sólo puede suponerse que como máximo ha contemplado **la cantidad de perjuicio que se derivaría generalmente de un contrato de dicha naturaleza, no caracterizado por circunstancias especiales.**

En concreto, **se falló en este caso que ninguna de las dos reglas fue satisfecha.** En efecto, se estimó que las pérdidas por la falta de funcionamiento del molino, no pudo considerarse una natural consecuencia del incumplimiento, pues en una gran cantidad de casos la ausencia de un eje no habría causado tal paralización, ya que usualmente el dueño del molino habría tenido otra pieza en reserva o se habría conseguido una; tampoco estuvo esta

*to the defendants and thus known to both parties, the damages resulting from the breach of such a contract, which they would reasonably contemplate, would be the amount of injury which would ordinarily follow from a breach of contract under these special circumstances so known and communicated. But, on the other hand, if these special circumstances were wholly unknown to the party breaking the contract, he, at the most, would only be supposed to have had in his contemplation the amount of injury which would arise generally, **Hadley v. Baxendale** (1854), 9 Ex 341, citado en BURROWS, *Remedies*, cit., p. 45 y NAVAS NAVARRO, SUSANA, “El Resarcimiento de Daños en los Principios Europeos de Derecho de los Contratos (con Especial Referencia al Derecho Español)”, en *Revista Actualidad Civil*, tomo 2000-4, Nro. 34, La Ley, Madrid, p. 1244. Para la traducción al español, que figura en el cuerpo del escrito, se tuvo presente las que figuran en las obras de PANTALEÓN, “*El sistema de responsabilidad contractual*” cit., pp. 1080 y 1081 y SOLER, *La valoración del daño*, cit., pp. 46 y 47.*

pérdida en la contemplación de ambas partes, porque el demandado desconocía la especial circunstancia de no poder reiniciarse el molino hasta que no volviera la pieza¹¹⁶.

Para nuestro estudio, el caso *Hadley v. Baxendale* es importante por dos aspectos. El primero, es la relevancia que se da al **knowledge**. Se indica que **la regla del remoteness es evaluada atendiendo al conocimiento que las partes tenían al tiempo en que el contrato fue celebrado**. La razón o fundamento de ello es que la conciencia de un particular riesgo puede afectar los términos del contrato. Si el conocimiento se adquiere después de la formación del contrato es irrelevante para la regla de *remoteness*. Además, se exige algo más que la mera conciencia, pues deber ser claro que la información relevante se suministra con la intención que la otra parte asuma el riesgo dado a conocer por medio de dicha información. Por lo mismo, la mención casual de un particular hecho no sería suficiente¹¹⁷.

El otro aspecto por el cual es importante es el **test de la reasonable contemplation**. Se dice que en *Hadley* se expresan dos reglas o, si se prefiere, una formulación bipartita de la regla. La primera se refiere a las **naturales consecuencias del incumplimiento** y la segunda está referida a **la contemplación de las partes**. Estas reglas fueron reformuladas en una sola a partir de *Victoria Laundry*, que veremos a continuación.

2) Caso Victoria Laundry (Windsor) Ltd. v. Newman Industries Ltd. (1949).-

La regla de la previsibilidad establecida en *Hadley v. Baxendale*, fue reformulada y precisada por el presente caso, cuyos supuestos de hecho son los siguientes: Los demandantes, dueños de una lavandería y de una tintorería, decidieron extender sus negocios y obtuvieron unos contratos extraordinariamente beneficiosos con la Administración; pero para cumplir con

¹¹⁶ BURROWS, *Remedies*, cit., p. 46. Se estimó que ninguna de las dos reglas estaba satisfecha, a pesar de que un empleado del demandante afirmó haber informado a los demandados sobre el riesgo extraordinario en caso de incumplimiento; testimonio que, al parecer, no convenció al juez ALDERSON. Ver SOLER, *La valoración del daño*, cit., nota 79, p. 47.

¹¹⁷ STONE, *The modern law*, cit, p. 447, y SOLER, *La valoración del daño*, cit., p. 49.

estos nuevos convenios necesitaban una caldera nueva de mayor capacidad que la existente. La demandada, una firma de ingenieros, se obligó a entregar la caldera solicitada el día 5 de Junio. Sin embargo, por daños en el traslado, recién el día 8 de Noviembre pudo cumplir su obligación. La empresa incumplidora conocía el rubro de la actora y que esta pensaba extender sus negocios, pero ignoraba los acuerdos extraordinariamente beneficiosos que tenía en perspectiva con el Estado¹¹⁸.

Ante el incumplimiento, se demandó una indemnización de perjuicios por las ganancias dejadas de obtener a causa del retraso en la extensión del negocio, y otra indemnización por la pérdida de los extraordinarios beneficios que le habrían reportado los contratos con la Administración. La primera pretensión fue estimada. La segunda, sólo hasta la cuantía de los beneficios que de haberse entregado la caldera a tiempo, se habrían podido obtener con contratos ordinarios, y no se indemnizaron las extraordinarias pérdidas de provecho, pues fueron consideradas muy remotas, por no surgir naturalmente y no estar en la contemplación de las partes al momento de contratar, desde el momento que el demandado desconocía el contrato de suministro con el Estado.

Para llegar a esta conclusión, se utilizaron los mismos argumentos que en *Hadley v. Baxendale*, pero expuestos en forma más ordenada, correspondiendo al juez ASQUITH L.J. su reelaboración. Los fundamentos principales de la sentencia fueron los siguientes:

- En caso de incumplimiento de contrato, **la indemnización debe limitarse al daño efectivamente sufrido que era razonablemente previsible, al tiempo de contratar**, como susceptible de derivarse del incumplimiento.

- Lo "**razonablemente previsible**" depende de la información entonces poseída por las partes, o, en todo caso, por la parte que posteriormente incumple

¹¹⁸ En la exposición del presente caso, se ha seguido a PANTALEÓN en su artículo "*El sistema de responsabilidad contractual...*", cit., pp. 1083 y ss.

- **Debe distinguirse entre un conocimiento imputado y otro efectivo:** son de los primeros, aquellas circunstancias cuyo conocimiento, por ser general o común, debe presuponerse que el deudor posee, tanto si efectivamente es así como si no lo es. Se considera que cualquiera conoce el “ordinario discurrir de las cosas” y, consecuentemente, que perjuicio es susceptible de derivarse de un incumplimiento de contrato, conforme a ese ordinario discurrir. Esta es la materia objeto de la “**primera regla**” de *Hadley v. Baxendale*. A este conocimiento, puede tener que añadirse en un caso concreto, *la información que realmente se posea sobre circunstancias especiales*, que en un incumplimiento puedan producir un mayor perjuicio. Aquí ya estamos en presencia de la “**segunda regla**”, a fin de que también se indemnice el perjuicio adicional¹¹⁹.

¹¹⁹ El fragmento más interesantes del fallo en su traducción al español, que se transcribe a continuación, se extrae del artículo de PANTALEÓN, tantas veces citado en este capítulo, p. 1083.

“1.- Está bien establecido que **la finalidad que gobierna a la indemnización de daños es la de poner a la parte cuyos derechos han sido violados en la misma situación, en la medida en que el dinero puede hacerlo, que si sus derechos hubiesen sido respetados [...]. Esta finalidad, si implacablemente perseguida, le proporcionaría un completo resarcimiento de todo perjuicio derivado de facto de un concreto incumplimiento, por más que improbable, por más que impredecible. Esto, al menos en materia de contratos, es considerado una regla demasiado dura. Por ello:**

“2.- En los casos de incumplimiento de contrato, la parte dañada solo tiene derecho al resarcimiento de aquella parte del perjuicio efectivamente causado que era **razonablemente previsible**, al tiempo de contratar, como susceptible de derivarse del incumplimiento.

“3.- **Qué era, en ese momento, razonablemente previsible, depende de la información entonces poseída por las partes**, o, en todo caso, por la parte que posteriormente incumple.

“4.- A estos efectos, **la información “poseída” es de dos clases: una imputada; la otra efectiva**. Se considera que cualquiera, como persona razonable, **conoce el “ordinario discurrir de las cosas”** y, consecuentemente, que perjuicio es susceptible de derivarse de un incumplimiento de contrato, conforme a ese ordinario discurrir. Esta es la materia objeto de la “primera regla” de *Hadley v. Baxendale*. Pero a esta información, que quien incumple un contrato se entiende que posee, tanto si efectivamente es así como si no, puede tener que añadirse en un caso concreto **la información que aquél realmente posea sobre circunstancias especiales** fuera del “ordinario discurrir de las cosas”, de tal clase, que un incumplimiento en esas especiales circunstancias sería susceptible de producir un perjuicio mayor. Esa hipótesis hace que entre en juego “la segunda regla”, a fin de hacer también indemnizable el perjuicio adicional.

“5.- Al efecto de que quien incumple el contrato sea responsable bajo cualquiera de las reglas, no es necesario que efectivamente se haya preguntado qué perjuicio es susceptible de derivarse de un incumplimiento. Como con frecuencia se ha hecho notar, en el momento de contratar las partes no contemplan el incumplimiento del contrato, sino su cumplimiento. Basta que, si hubieran considerado la cuestión, hubiese concluido, como una persona razonable, que el perjuicio en cuestión era susceptible de producirse [...].

“6.- Ni, finalmente, para hacer un concreto perjuicio resarcible, necesita ser demostrado que, dado un nivel de información, la parte demandada, actuando como una persona razonable, pudiera prever que un incumplimiento conduciría necesariamente a ese perjuicio. Basta [...] con que el perjuicio (o algún factor sin el cual no habría ocurrido) sea una “seria posibilidad” o un “riesgo real”

En *Victoria Laundry* se considera particularmente interesante la reformulación de las dos reglas contenidas en el caso *Hadley*. STONE indica que la regla de *Hadley* tiene dos partes: la primera relativa a las naturales consecuencias del incumplimiento y la segunda referida a la contemplación de las partes. No obstante, en los casos posteriores (*Victoria Laundry. v. Newman Industries Ltd.* y *Koufos v c Czarnikow Ltd, The Heron II*), se interpretó que ellas son en realidad dos aspectos de un mismo principio. La situación debe ser mirada a través de los ojos de un razonable demandado que habría presumiblemente contemplado las normales clases de pérdidas que se siguen del incumplimiento. Para que se indemnicen los daños provenientes de circunstancias inusuales, debe comprobarse que el particular demandado ha tenido suficiente conocimiento, ser consciente de los riesgos que provocaron los excepcionales perjuicios. De lo expuesto, concluye este autor que el *test* es simple, y consiste en lo que razonablemente el demandado pueda esperar como posible consecuencia de su incumplimiento, considerando su estado de conocimiento¹²⁰.

Por nuestra parte, entendemos la reformulación de la siguiente manera. **En el caso *Hadley***, se dieron cuatro orientaciones para determinar el daño resarcible: **dos reglas de *reasonable contemplation*** (las consecuencias de un incumplimiento según el usual curso de las cosas y la razonable contemplación de ambas partes como resultado probable del incumplimiento), y **dos reglas de *knowledge*** (conocimiento o no de las especiales circunstancias del contrato incumplido). **En *Victoria Laundry* se indica una sola regla de *contemplation*, y dos de conocimiento o *knowledge*** (información imputada y efectiva)¹²¹. De esta forma, las cuatro orientaciones de *Hadley* quedan a reducida a tres.

Para lograr esta reducción, el Juez ASQUITH, en el número 2 del fallo, **formuló una única regla de *contemplation*** (la razonable previsibilidad del perjuicio al tiempo de contratar como susceptible de derivarse del

¹²⁰ STONE, *The modern law*, cit., p. 447.

¹²¹ Ver número 2 y 4 del fallo en nota 119.

incumplimiento)¹²²; y la otra regla de *contemplación* en *Hadley* —el *curso usual de las cosas* (*ordinary course of things*)—, deja de ser tal y pasa a integrar una de las reglas de *knowledge*, específicamente, la denominada *información imputada* (número 4 del fallo). Esto último se aprecia claramente al recordar lo señalado por la sentencia, en el sentido que se considera que cualquier persona conoce el *ordinario discurrir de las cosas* y, consecuentemente, conoce los perjuicios susceptibles de derivarse de un incumplimiento de contrato, conforme a ese ordinario discurrir¹²³.

Finalmente, podemos indicar que en *Victoria Laundry*, lo razonablemente previsible depende de las circunstancias conocidas por la parte incumplidora al contratar, distinguiendo entre la ***información imputada***, donde se integra el *ordinario discurrir de las cosas* según ya vimos, y la denominada ***información efectiva***, que individualiza aquellas circunstancias especiales que no tiene porqué conocer el deudor y cuyas consecuencias sólo se tomarán en cuenta si efectivamente las conoció¹²⁴.

3) Caso “Czarnikow V Koufos, the Heron II”. (1969).

Los hechos del caso son los siguientes: Un barco fue contratado para trasladar azúcar de Constanza a Basrah. Al tiempo de acordar el transporte, el demandante tenía la intención de vender el azúcar tan pronto se llegara a puerto. El dueño del barco desconocía esto último, pero sabía que existía un mercado de azúcar en Basrah. Se incumplió el contrato, pues se llegó nueve días tarde. Durante estos nueve días el mercado de precios del azúcar se fue a la baja y el actor demandó daños por la pérdida de provechos en razón del menor valor experimentado por su mercancía.

Aquí se presentó el problema de determinar si el demandado podía ser declarado responsable por las pérdidas derivadas de la baja en el precio del azúcar, desde el momento en que no tenía conciencia explícita que la finalidad del traslado era la venta de la mercancía. Se estimó que es

¹²² *was at the time of the contract reasonably foreseeable as liable to result from the breach*

¹²³ Compárese la expresión utilizada en *Hadley*: “*usual course of things*” y la expresión “*ordinary course of things*” utilizado en *Victoria Laundry*.

¹²⁴ BURROWS, *Remedies*, cit., p. 47, y SOLER, *La valoración del daño*, cit., pp. 47 y 48.

*innecesaria la existencia de una cláusula contractual expresa, si las partes contratantes conocían las especiales circunstancias del caso y es razonable inferir de las mismas que podría resultar un perjuicio particular*¹²⁵.

Tema central para el tribunal fue dar respuesta a la siguientes preguntas: para que las pérdidas se estimen razonablemente contempladas por el demandado al tiempo del contrato, ¿qué grado de probabilidad de su ocurrencia se exige?, y ¿se requiere el mismo grado de probabilidad de perdida indicado para los torts en el *Wagon Mound test*? En lo esencial, **se acordó que en los contratos se requiere un mayor grado de probabilidad de ocurrir las pérdidas.**

Recordemos que en *torts*, en general, no se ha discutido el grado de probabilidad de las perdidas requerida, salvo en el *Wagon Mound II*, donde se indicó que era suficiente un bajo grado de probabilidad para ser previsible. En cambio, del *test* de *Heron II*, analizando en su conjunto, se concluye que en los contratos el criterio es más estricto, y las perdidas deben estimarse muy remotas cuando el demandado puede no haberlas contemplado como una seria posibilidad, si él hubiese reflexionado sobre el incumplimiento al tiempo de contratar. Lamentablemente, no existió un nítido consenso sobre que tan alto grado de probabilidad debe existir, y la mejor síntesis del problema es, quizás, la efectuada por lord DENNING en la interpretación de *Parsons v. Uttley Inham*, donde señaló que *mientras una baja posibilidad de pérdidas ocurridas es requerida en los torts, una seria posibilidad es exigida en contratos*¹²⁶.

En todo caso, y en lo que dice relación con el caso concreto, la *House of Lord* sostuvo que se debía la indemnización, pues no era improbable que el azúcar fuera vendido apenas llegara a destino, y, por lo mismo, el grado de riesgo que ha debido ser contemplado ante la pérdida demandada, no puede estimarse remoto¹²⁷.

¹²⁵ SOLER, *La valoración del daño*, cit., p. 48, nota 85.

¹²⁶ BURROWS, *Remedies*, cit., p. 47

¹²⁷ STONE, *The modern law*, cit, pp. 447 y 448; y BURROWS, *Remedies*, cit., p. 47.

De lo expuesto, resulta también interesante hacer presente que la previsibilidad del perjuicio es elemento esencial para que nazca la responsabilidad, pero no es suficiente, pues se requiere, además, la probabilidad de que se realice el evento dañoso. Con ello, podríamos concluir que *la probabilidad no es un elemento de la previsibilidad, sino un factor independiente a ella*. Así, se dice que un daño puede ser previsto, pero altamente improbable.¹²⁸

4) El caso *Parsons v. Uttley Inham* (1979).

Los hechos de este caso los podemos resumir de la forma siguiente: el demandado suministró al actor una tolva destinada a almacenar comida para sus cerdos. Pero este receptáculo no fue proveído de una adecuada ventilación, por lo que la comida se enmoheció y mucho de los animales contrajeron una rara enfermedad intestinal. El demandante reclamó daños por la pérdida sufridas. Los tres jueces de la *Court of Appeal*, aunque no tuvieron un razonamiento uniforme, concluyeron que los perjuicios alegados no eran remotos y, en consecuencia, dieron lugar a la demanda¹²⁹.

Para el tema de la extensión del daño, el caso *Parsons* no solo es importante por reiterar la doctrina del caso *Heron II*, en el sentido de estimar que el *test* para los contratos debe ser más estricto que en los *torts*¹³⁰; sino también porque hace hincapié en que se debe atender al tipo o clase de daño antes que a su extensión o a la precisa forma en que se produce u ocurre. Esto último nos lleva al viejo problema de si la previsibilidad se refiere sólo al tipo de daños o también incluye a su cuantía. Según *Victoria Laundry* se refiere a ambos. En el mismo sentido se pronuncian fallos anteriores que le habrían servido de precedente, como por ejemplo *Cory v. Thames Ironworks and Shipbuilding Co. Ltd.*" (1868)¹³¹. Sin embargo decisiones posteriores a *Victoria*

¹²⁸ GALLO, *L'elemento*, p. 21

¹²⁹ Ver BURROWS, *Remedies*, cit., pp. 47 y 48; y STONE, *The modern law*, cit, p. 448

¹³⁰ Es interesante tener presente lo expresado por Lord DENNING, uno de los jueces del caso *Parsons*, en el sentido de que **existen dos tests, dependiendo del tipo de daños**: en el caso de pérdidas de provecho, se aplica un *test* estricto denominado ***contract test***, y en el caso de los daños físicos como las lesiones personales, los daños a la propiedad y los gastos incurridos se aplica el *test* menos estricto, propio de los *torts* y conocido como *the Wagon mound test*.

¹³¹ La demandante entregó un casco de una determinada embarcación con 6 meses de retraso. En atención

Laundry —*Wroth v. Tyler* (1974) y *Vacwell Engineering Co. Ltd. v. BDH Chemicals Ltd.* (1971), entre otros—, al igual que *Parsons*, han indicado que se exige sólo la previsibilidad de la clase de daños¹³². En todo caso, se han evitado los juicios categóricos, al señalar que la distinción carece de contornos precisos.

De todo lo expuesto en materia de *Remoteness*, podemos indicar las siguientes observaciones finales. En primer lugar, **existe actualmente una clara diferenciación entre la responsabilidad por torts y por breach of contract**, siendo más estricto el *test* en estos últimos y, por tanto, más restringida su responsabilidad¹³³. Una segunda observación, es el hecho que **en materia de torts no siempre recibe aplicación este criterio delimitativo**: por regla general sí; pero existen casos excepcionales en que no se considera (*trespass*, v. gr.). Como tercera y final observación, señalemos que **no es del todo claro que este criterio deba identificarse necesariamente con nuestro criterio de la previsibilidad**, y resulta perfectamente posible estimar que es más bien equiparable a la exigencia de la adecuación causal; idea que cobra especial fuerza si nos situamos en la responsabilidad por *torts*¹³⁴.

a la actividad profesional del demandante se esperaba que lo utilizase para almacenar carbón y en ese caso, la ganancia dejada de obtener habría sido de 420 libras. Sin embargo, el actor proyectaba utilizarlo como un método revolucionario de transferir carbón de los barcos carboneros a las gabarras, y las ganancias que dejó de obtener se elevaron a 4.000 libras. La indemnización se fijó sólo en 420 libras. En opinión de PANTALEÓN, “*El sistema de responsabilidad contractual...*”, cit., pp. 1038 y 1039, al igual que *Victoria Laundry*, aquí la previsibilidad no solamente sería del tipo o clase de daño sino también su cuantía.

¹³² *Idem.*, pp. 1039 y sgts.

¹³³ DOMINGUEZ HIDALGO —*El daño moral*, cit., p. 504—, señala que en los *torts* los daños a indemnizar son mayores, puesto que se resarcen todos los perjuicios próximos al acto dañoso, “*incluso si no han podido ser previstos por el deudor*”. Agrega que la distinción se encuentra claramente recogida en los *Restatements*. Así el *Restatements of torts* dispone: “*El hecho de que la conducta del actor fuera sustancial en las lesiones de otro es suficiente para su responsabilidad, independientemente de si el perjuicio fue previsto o era previsible por el actor*” (art. 465), y el *Restatements of contracts*, por su parte, expresa: “*los daños no son resarcibles cuando la parte infractora no los previó como un resultado razonable del incumplimiento en el tiempo en que el contrato se celebró*” (art. 351).

¹³⁴ Para MARTY el criterio de la previsibilidad por un hombre razonable está mucho más cercano con la teoría de la causalidad adecuada, «*La relation de cause a effet...*», cit., p. 696. CARRASCO indica que no se puede determinar con precisión si el criterio de la previsibilidad en el ámbito contractual, según las *remoteness rule*, traduce la concepción original de POTHIER o se inclina hacia la previsibilidad propia de la doctrina de la adecuación, *Comentario*, cit., p. 719. SOLER, *La valoración del daño*, cit., p. 50, por su parte, califica de bizantina la diferenciación del grado de previsibilidad entre responsabilidad contractual y extracontractual, porque son dos criterios esencialmente distintos: La *foreseeability* equivale más bien al criterio de adecuación de nuestro sistema y la *contemplation* sería la previsibilidad en materia contractual.

B. - IMPECUNIORITY.

Este criterio delimitativo surge con el famoso fallo ***Owners of Dredger Liesbosch v. Owners of Steamship Edison, The Liesbosch*** (1933). En él la *House of Lords* excluyó de la indemnización aquellos perjuicios que no se habrían producido si la situación económica del actor hubiese sido diferente, esto es, si no estuviere éste afectado por una mala situación financiera.

Correspondió su redacción a Lord WRIGHT, y los hechos, en forma resumida, son más o menos los siguientes: debido a la negligente maniobra de navegación del vapor *Edison*, la draga *Liesbosch* se estropeó y hundió. Los propietarios de la máquina siniestrada estaban obligados por contrato a ejecutar un trabajo dentro de cierto tiempo. Aunque una draga substituta pudo ser comprada y rápidamente adaptada para su uso, los actores no tenían los medios económicos para adquirirla inmediatamente y tuvieron que arrendar una de reemplazo; solución que resultó más cara que haber comprado una nueva. La *House of Lords* declaró que los propietarios del vapor debían el precio de mercado de una draga, los gastos para adaptarla al uso requerido y las pérdidas de los contratos entre la fechas del estropeo y aquella en que la substituta pudo razonablemente ser puesta en funciones; pero no acogió la indemnización solicitada por los gastos más elevados causados por la imposibilidad de adquirir una nueva draga antes de recibir la indemnización, incluyendo los costos de arrendamientos y de embarcación de la substituta. La razón para su rechazo: se estimó que fueron una consecuencia de la *impecuniosity* de los demandantes¹³⁵.

Por último, según DOMÍNGUEZ HIDALGO, *El daño moral*, cit., p. 588, en el *common law*, producto del desplazamiento de la previsibilidad al *duty of care*, la determinación de los daños ha quedado sujeta a las mismas reglas tanto en los *torts* como en los contratos, y el límite de los *remoteness*, equivalente a la causalidad, es aplicado de modo muy semejante en ambas sedes.

¹³⁵ BURROWS, *Remedies*, cit., pp. 87 y ss., y TUNC, «Les recents developpements des droits anglais et americain sur la relation de causalite entre la faute et le dommage dont on doit reparation», cit., pp. 15 y ss.

Como observación previa, podemos indicar que el parecido del *Liesbosch* con el ejemplo de las vacas de POTHIER resulta evidente. Coincidencia que también se da en los argumentos para fundar el rechazo a la indemnización. En efecto, de manera similar al autor francés, Lord WRIGHT justifica su decisión en el hecho de que la mala situación económica del actor le parece una causa del daño diferente y ajena a la culpa del demandado. Por tanto, esta falta de medios no deriva de la culpa del propietario del vapor. Cree además que este perjuicio es muy remoto y prefiere estimar que proviene de una causa independiente¹³⁶. En verdad, la coincidencia está en la inadecuada justificación dada en ambos casos. Decimos lo anterior, porque no estamos ante un problema de intervención de causa o de daños muy remotos, como parece deducirse de las explicaciones del caso y del ejemplo; aunque tampoco creemos que realmente se haya pensado de esa forma.

El fallo ha sido objeto de numerosas críticas, dirigidas al fundamento escogido y al fondo de la decisión. Respecto a las primeras, se señala que es incorrecto rechazar la indemnización alegando causa extraña o daño muy remoto, porque según los principios de la causación, estas pérdidas debieron resarcirse. Si bien el perjuicio en cuestión pudo ser bastante lejano, es evidente que no se habría producido sin el accidente y que la víctima no pudo impedirlo a pesar de toda su diligencia. Además, de aplicar el criterio de la causalidad, de la forma en que se pretende en este fallo, se llegarían a resultados excesivos, pues no se indemnizarían los menoscabos que deriven, a la vez, de la culpa del demandado y de una causa extraña, y la reparación quedaría reservada para los que tengan por única causa la culpa del demandado.

Además, con un criterio tan restringido, el fallo fue contra la doctrina imperante, específicamente contra el *Polemis* y el *dictum* del caso ***Clippens Oil Co Ltd v Edimburgh an District Water Trustees***, que establecían, básicamente, que se debe tomar a la víctima tal cual es y si por su situación

¹³⁶ *Impecuniosity as a separate an concurrent cause extraneous to and distinct in character from the tort*, and, "...If the financial embarrassment is to be regarded as a consequence of the tort, I think it is too remote, but I prefer to regard as an independent cause".

particular después se agrava, porque no tiene los medios para mitigar daño, tanto peor para el responsable¹³⁷.

Se ha visto en el *Liesbosch* un caso de *remoteness* y desde esa perspectiva las críticas reseñadas se justifican. Sin embargo, **lo cierto es que la impecuniosity es en realidad un criterio en sí mismo de delimitación de daños**. Por ende, no debe argumentarse con criterios de causa extraña o de ser el daño alejado, sino que debe estimarse una **policy considerations**, en virtud de la cual no se indemnizan los perjuicios producidos por la mala situación económica del demandante.

A partir del trabajo de GREEN en 1928 —*The negligence issue*—, se ha puesto en duda que la previsibilidad sea un buen criterio para delimitar los perjuicios a indemnizar y que realmente sea el aplicable en los distintos casos. Se dice que son otras las razones que están en la base de las decisiones judiciales: filosóficas, morales, económicas, de justicia, etc. La mayoría de los autores no llegan a la decisión extrema de rechazar la previsibilidad, sino que la mantienen; pero atribuyen a las **policy considerations**, entre las cuales está la *impecuniosity*, la función de limitar la indemnización de los daños que según la previsibilidad deberían resarcirse¹³⁸.

Esto nos lleva a las críticas de fondo del caso en estudio, pues hay quienes lo consideran también inadecuado en términos políticos. Las críticas apuntan básicamente a la injusticia de la solución. Así, Sir PATRICK BENNETT, en la primera instancia del caso ***Perry v Sydney Phillips & Son***, manifiesta no poder entender que si alguien lesiona a un millonario o las manos de un talentoso músico, y por esas razones se incrementan los daños, debe pagarse este mayor daño; pero cuando la víctima está en *impecuniosity* se usa la vía del *Liesbosch* para reducir el resarcimiento. Lo que está en juego

¹³⁷ Para superar estos precedentes, Lord WRIGHT limita el campo de aplicación del caso *Polemis*, indicando que la falta de medios económicos no puede compararse con una debilidad física susceptible de agravar el daño, pues las predisposiciones síquicas como el valor profesional de la víctima son elementos del daño, a diferencia de la falta de medios económicos que son extrínsecos. A su vez, reduce el alcance del *dictum Clippens Oil co*, ya que si bien afirma el principio que establece el deber de la víctima de impedir que se desenvuelvan las consecuencias dañosas, excluye el principio recíproco consistente en la obligación del responsable de reparar todas las consecuencias dañosas no evitables por el deber de mitigación, deber en el cual la víctima se considera tal cual es. TUNC, «Les recents developpements...», cit., pp. 16 y ss.

aquí es la decisión de quien debe soportar la carga del perjuicio causado: si el actor a quien nada se le puede reprochar o el demandado que ha cometido una culpa. Desde el punto de vista lógico —se señala—, la respuesta parece clara¹³⁹.

De acuerdo a la información que se maneja, el *Liesboch* no ha sido anulado; pero las cortes, al parecer producto de las críticas que ha recibido, buscan diversas vías para eludir su aplicación. Así en *Issa El Sheik Ahmed v Ali* y en *Trans Trust SPRL v Da nubiang Trading Co Ltd*, fue ignorado. En casos, como *Robbins of Putney Ltd v MeeK*, se consideró en términos de mitigación daño, que el actor había dado cumplimiento a dicho deber, y por tanto procedía acoger la indemnización solicitada¹⁴⁰. Por último, podemos indicar que el *Liesbosch* ha sido también objeto de *distinguished*¹⁴¹, como sucedió en *Dodd Proprietes v Canterbury city Council*¹⁴²

C.- DUTY TO MITIGATE¹⁴³

El deber de mitigar o evitar el daño se explica coloquialmente diciendo que la víctima no debe quedarse sentada y no hacer nada para minimizar las pérdidas que fluyen de un mal, sino muy por el contrario, debe hacer todo lo

¹³⁸ GALLO, *L'elemento*, cit., pp. 9, 41, 42 y 245 y sgts.

¹³⁹ BURROWS, *Remedies*, cit., pp. 88 y ss.

¹⁴⁰ El demandado, incumpliendo el contrato, se rehusó a recibir un vehículo usado y el actor tuvo que venderlo a un tercero a bajo precio, porque estaba corto de fondos y no podía esperar por un precio más alto. Se concedió al demandante los daños por la diferencia entre los dos precios, pues se consideró que en términos de *duty of mitigation* el actor actuó razonablemente. Ver BURROWS, *Remedies*, cit., p. 89

¹⁴¹ Como se sabe, el *distinguished* consiste básicamente en argumentar en un tribunal de apelación que la decisión no se aplica a un caso particular, aunque exista una aparente similitud. (<http://dictionary.law.com>).

¹⁴² El edificio del actor fue seriamente dañado por operaciones de Martinete del demandado, y la controversia surgió acerca de si se debía el costo de la reparación a la fecha en que ocurrieron los daños o a la fecha de la vista, donde los costos se triplicaron. La Corte de apelaciones distinguió el *Liesbosch* al señalar que la *impecuniosity* del actor no fue la única razón para retrasar la reparación, pues no tenía sentido comercial realizarla, sin saber si sería indemnizado de estos gastos, debido a que los provechos del edificio no cubrían los costos de reparación. Se ha señalado también, como argumento de distinción, que el *Liesbosch* debe ser restringido a sus particulares hechos y no darle una aplicación general, o que las pérdidas en el *Liesbosch* fueron además muy remotas, lo que no sucede en otros casos. Ver BURROWS, *Remedies*, cit., p. 87 y ss., TUNC, , «Les recents developpements...», cit., pp. 15 y sgts., y SOLEAU, *La prévisibilité du dommage contractuel*, cit., pp. 318 y 319.

¹⁴³ Para el desarrollo del presente tema, ver BURROWS, *Remedies*, cit., pp. 69 y ss; STONE, *The modern law*, cit, pp. 448 y ss., y SOLER, *La valoración del daño*, cit., pp. 61 y ss.

necesario para colocarse en la misma situación que estaría si el contrato se hubiese cumplido o el *tort* no se hubiese producido. Pero en el cumplimiento de la *mitigation* tampoco se debe incurrir en gastos irracionales. Se comprenden, en consecuencia, dos principios: uno enfocado a una *unreasonable inaction* y otro a una *unreasonable action*.

a.- *unreasonable action*

Consiste en la carga por parte del actor de tomar todos los pasos que se consideran razonables para minimizar las pérdidas. Su formulación clásica se encuentra en ***British Westinghouse Electric v. Underground electric Railways co of London Ltd*** (1912) y su autoría es del vizconde HALDANE¹⁴⁴. En síntesis, se impone al acreedor el deber de adoptar las medidas razonables para mitigar las pérdidas provenientes de un incumplimiento contractual. Si desatiende este deber y decide no hacer nada, se le negará el resarcimiento de todos los perjuicios que se deban al incumplimiento del *Duty to mitigate*.

En todo caso, como no podría ser de otra forma, resulta lógico que no se pueda imponer al actor un rigor excesivo en el cumplimiento de tal deber. Por el contrario, la actuación de la víctima del incumplimiento o del *tort* debe ser juzgada con suficiente flexibilidad. En este sentido, se ha fallado en ***Wroth v Tyler*** que la falta de recursos financiero es un motivo razonable para no ir al mercado y hacer una compra alternativa.

b.- *unreasonable inaction*

Como señalamos, el acreedor no debe incurrir en gastos irracionales para impedir las consecuencias perjudiciales de un incumplimiento contractual. En otras palabras, debe evitar aquellos gastos que supusieren un despilfarro. Generalmente las actuaciones irracionales se estiman un caso de intervención de causa; pero cuando ella consiste en gastos en los que se incurren después

¹⁴⁴ *Impose on a plaintiff the duty of taking all reasonable steps to mitigate the loss consequent on the breach and debars him from claiming any part of the damage which is due to his neglect to take such steps.*

del incumplimiento, se considera que se está ante el incumplimiento de uno de los aspectos del deber de mitigar el perjuicio.

Al igual que el principio anterior, el determinar lo irracional de la actuación del actor, depende de los hechos concretos de la causa. En todo caso, corresponde siempre indemnizar el costo de aquellas medidas que son objetivamente ruinosas, pero que al ser juzgadas *ex-ante* por el acreedor, esto es, al momento de adoptarlas, ellas aparecían como racionales.

*D.- NO DAMAGES BEYOND THE DEFENDANT'S MINIMUM CONTRACTUAL OBLIGATION*¹⁴⁵.-

Estamos ante una limitación exclusiva de la responsabilidad contractual, y consiste básicamente en que si hay varias formas de cumplir un contrato, los daños se medirán de acuerdo a la forma más favorable para el demandado. En *Cockburn v Alexander* (1848) se indica que donde hay muchas formas de dar cumplimiento a un contrato, el modo o manera que se debe adoptar es aquél que resulta menos provechoso para el demandante.

En fecha más reciente se dictó el caso *Thornett & Fehr and Yuills Ltd* (1967). Se trataba del incumplimiento de una compraventa de mercaderías, en que debía entregarse doscientas toneladas con un margen del cinco por ciento. El contrato resultó incumplido, y al momento de decidir el monto de los perjuicios, se indicó que estos se fijaran según la menor entrega posible, de acuerdo al margen del contrato del cinco por ciento. En consecuencia, para la evaluación de los daños, se consideró que la obligación era de entregar únicamente ciento noventa toneladas¹⁴⁶.

¹⁴⁵ En idioma español podríamos traducirlo como la irresarcibilidad de los daños más allá de la obligación mínima contractual del demandado.

¹⁴⁶ BURROWS, *Remedies*, cit., pp. 92 y 93.

CAPITULO III.-

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y EL DERECHO COMUNITARIO.-

Para finalizar la exposición del *quantum* resarcitorio en el Derecho comparado, nos referiremos brevemente al sistema de extensión del daño acogido en la Compraventa Internacional de Mercaderías (Convención de Viena del año 1980), en los Principios Europeos del Derecho de Contratos (PECL), y en los Principios de UNIDROIT. Si bien difieren en cuanto a la naturaleza de su regulación (norma jurídica imperativa la primera, y principios informadores los segundos), al objeto de su regulación (contrato específico versus regulación general de los contratos) y a su ámbito de aplicación (normas de vocación internacional, en el caso de la convención de Viena y los principios de UNIDROIT, y aspiración de ser la *lex mercatoria* europea, en los PECL), la verdad es que estos tres textos, desde sus diferentes perspectivas —producto en parte de la influencia que la Convención ha ejercido sobre los otros dos—, comparten principios y regulaciones semejantes, tienen por finalidad lograr un acercamiento entre los dos grandes sistemas del Derecho occidental, y, sin duda, tendrán una influencia decisiva en las modificaciones al Derecho de obligaciones que los diferentes países emprendan a nivel interno, como ya sucedió con las reciente reforma al Derecho alemán; influencia que muy probablemente se apreciará también en las próximas regulaciones a nivel europeo y mundial¹⁴⁷.

¹⁴⁷ Podrían haberse incluida otras interesantes iniciativas sobre la materia. Es el caso del *Anteproyecto de Código Europeo de contratos (AvCode)*, elaborado bajo la dirección de GANDOLFI por la “Academia de Privatistas Europeos”. Resulta también interesante el denominado “Proyecto de Trento” o *Common Core of European Private Law*, que se diferencia de los anteriores porque no pretende obtener un elenco de reglas o principios, sino que busca determinar la convergencia o divergencia entre los distintos ordenamientos jurídicos existentes en la UE. Incluso, fuera del Derecho contractual, se puede mencionar también los Principios de *Derecho Europeo de Trust*. Sin embargo, atendida la finalidad del presente trabajo, se ha optado por limitar el análisis de los textos ya indicados.

Como característica común de los tres textos, podemos señalar la influencia tanto del sistema anglosajón como del latino en materia de *quantum resarcitorio*, lo que se manifiesta en la adopción del criterio de la previsibilidad o *contemplatio rule* y en el deber de mitigar el daño o *Duty of mitigation*. Y si bien se puede dudar o discutir sobre cuál es el sistema que ha predominado (*comon law* o *civil law*), lo claro es el abandono del sistema integral de reparación,¹⁴⁸ la exclusión del límite al daño *necesario* o *directo* y el rechazo a la facultad judicial de moderación de la responsabilidad, propia del Derecho suizo.

I.- LA CONVENCION DE VIENA.

Desde los años veinte del siglo pasado existieron esfuerzos por uniformar la regulación del que ha sido calificado como “el contrato mercantil por excelencia”. Sin embargo, no fue hasta después de la segunda guerra mundial que esta aspiración se vio concretada en dos convenciones: *La ley uniforme sobre el contrato de compraventa internacional de bienes muebles corporales* (LUVI) y la *Ley uniforme sobre la formación de los contratos de compraventa internacional de bienes muebles corporales* (LUFC). Lamentablemente estas leyes no tuvieron el éxito esperado y sólo entraron en vigor en nueve estados; normativa que fue rechazada por los países socialistas y los en vía de desarrollo. Ante esta situación, la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional (UNCITRAL), elaboró diversos proyectos sobre la materia, el último de los cuales fue aprobado en la Conferencia diplomática celebrada en Viena en el año 1980¹⁴⁹.

Se dice que la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, en adelante la

¹⁴⁸ Aunque en los principios de UNIDROIT se indique que se consagra la reparación integral (artículo 7.4.2), parecen más bien referido a indicar que se indemniza todo tipo de daños patrimoniales y también los morales. Ver MORÁN BOVIO, DAVID: “Incumplimiento”, En obra colectiva *Comentario a los principios de Unidroit para los contratos del comercio internacional*, Thomson – Aranzadi, 2ª edic., Navarra, 2003, pp. 356 y ss.

¹⁴⁹ FERRARI, FRANCO, *La compraventa internacional. Aplicabilidad y aplicaciones de la convención*

Convención de Viena, es “*el convenio más escrupulosamente preparado y significativo para la unificación del derecho privado*”¹⁵⁰. Por lo mismo, a diferencia de sus antecesores, ha sido ratificado por múltiples naciones, y algunas de sus normas han sido trasladadas a los principios de UNIDROIT y por esta vía han influenciado también los PECL¹⁵¹.

Señala PANTALEÓN que el sistema resarcitorio de la Convención de Viena está diseñado con función exclusivamente indemnizatorio o compensatorio, lo que excluye una función meramente declarativa, propia de los *nominal damages* y una función preventiva-punitiva, como sucede con los *punitive damages* o *exemplary damages* propios del *common law*. Tampoco es su finalidad privar al contratante incumplidor del beneficio obtenido por la falta de cumplimiento. En cuanto a su alcance, la responsabilidad contractual en la Convención de Viena es un remedio de carácter general, aplicable a cualquier falta de cumplimiento, sea o no esencial, que incida sobre cualquier obligación que cause daño al acreedor, y respecto del cual no concorra una causa de exoneración. Además, es perfectamente acumulable con los demás remedios que la Convención contempla a favor de la víctima del incumplimiento (resolución del contrato y reducción o rebaja del precio)¹⁵².

En lo relativo a las contrapuestas posiciones del *civil* y *common law* sobre la pretensión de específico cumplimiento (*specific performance*), la Convención se ubicó en un punto equidistante. Prueba de ello es que su artículo 28 establece que no ella será procedente en los casos en que el Tribunal competente, según su derecho nacional, no pueda condenar al cumplimiento *in natura*¹⁵³.

Adentrándonos ya en el tema de la extensión del perjuicio indemnizable, partamos por indicar que la normativa encargada de su regulación son los artículos 74 y 77 de la Convención, que señalan:

de Viena de 1980, traducción de Albert Lamarca I. Marquès, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pp. 21 y ss.

¹⁵⁰ ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho privado europeo*, cit., p. 119

¹⁵¹ DÍEZ-PICAZO, LUIS; ROCA TRIAS, ENCARNA; y MORALES, ANTONIO MANUEL, *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Madrid, Civitas, 1999, p. 84.

¹⁵² PANTALEÓN, FERNANDO, “Comentario al artículo 74”, en obra colectiva *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la convención de Viena*, Madrid, Civitas, 1998, pp. 580 y ss.

¹⁵³ ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho privado europeo*, cit., p. 127.

Art. 74. *La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato.*

Art. 77. *La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida¹⁵⁴.*

Al igual que en la contratación interna, las pérdidas por el incumplimiento de una obligación —en especial, la entrega conforme de mercaderías en el caso de la Convención—, puede causar múltiples perjuicios, los que no pueden ser especificados mediante reglas detalladas. Luego, lo único prudente es establecer una norma que fije los principios básicos para regular la indemnización. Esta es, precisamente, la finalidad del artículo 74 de la Convención¹⁵⁵, según el cual sólo serán indemnizables los daños que siendo *consecuencia del incumplimiento*, el incumplidor *hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato*.

¹⁵⁴ Article 74. *Damages for breach of contract by one party consist of a sum equal to the loss, including loss of profit, suffered by the other party as a consequence of the breach. Such damages may not exceed the loss which the party in breach foresaw or ought to have foreseen at the time of the conclusion of the contract, in the light of the facts and matters of which he then knew or ought to have known, as a possible consequence of the breach of contract.*

Article 77. *A party who relies on the breach of contract must take such measures as are reasonable in the circumstances to mitigate the loss, including loss of profit, resulting from the breach. If he fails to take such measures, the party in breach may claim a reduction in the damages in the amount by which the loss should have been mitigated.*

¹⁵⁵ HONNOLD, JOHN, *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*, Revista de Derecho privada, Madrid, 1987, pp. 446 y ss. En su versión inglesa, *Uniform law international sales under the 1980 United Nations Convention*, 2ª edic., Kluwer law, 1991, n 403 y ss.

De esta forma, **emerge la previsibilidad como el gran criterio delimitador del perjuicio resarcible en la Convención de Viena**. En el *civil law* él tiene su origen en la construcción dogmática que a partir de los textos romanos realizaron los autores del Derecho común, recibiendo consagración legal en el artículo 1150 del *Code*, que a su vez sirvió como vehículo de difusión para su adopción por numerosos países. Sabemos también que no es en absoluto un criterio desconocido para el *common law*, donde a partir del caso HADLEY v. BAXENDALE se desarrolló la regla de la *contemplatio rule*. De hecho, una de las discusiones de la doctrina es el grado de influencia que tuvo el sistema latino en la elaboración de la regla de la previsibilidad en el derecho inglés y estadounidense, y en especial en la redacción del artículo 74 de la Convención. Así, mientras autores como FERRARI señalan que las enseñanzas de POTHIER influyeron no solamente en el área romanista, sino también en los ordenamientos del *common law*, razón por la cual no es correcto afirmar que la disposición en estudio es un principio del derecho anglo-americano —o al menos no en forma exclusiva¹⁵⁶—; autores como HONNOLD restan importancia al influjo latino, al indicar que en el caso *Hadley* “la medida con que el Tribunal inglés se apoyó en la idea francesa ha sido objeto de interesantes pero cuestionables especulaciones”¹⁵⁷.

En verdad, *la norma de la previsibilidad establecida en el artículo 74 de la Convención muestra la influencia de ambos sistemas*. Por un lado, parece preferir la clásica expresión típicamente latina *daño previsto* o que se debiera haber previsto (*foresaw* o *have foreseen*), en desmedro de la expresión anglosajona *reasonably foreseeable*. Demostrativo también la ascendencia latina es el exigir simplemente que el perjuicio se prevea como consecuencia meramente posible del incumplimiento y no es necesario que sea probable o muy posible, como sí se requiere en el derecho anglosajón a partir del caso *Heron II*; exigencia que significa una mayor restricción al daño indemnizable,

¹⁵⁶ “Prevedibilità del danno e *contemplation rule*”, en *Contratto e Impresa*, 1992, p. 764 y 768. En similar sentido, MARSAL GUILLAMET, JOAN y LAUROBA LACASA, ELENA, “*Mecanismos de protección en caso de incumplimiento contractual. Cumplimiento específico e indemnización por daños y perjuicios*”, en *Bases de un Derecho contractual europeo*, Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy editores, Tirant lo blanc, Valencia, 2003, p. 467.

¹⁵⁷ *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales*, cit., p. 449.

pues un perjuicio puede ser posible, pero no probable¹⁵⁸. Pero, por otro lado, abandona la clásica distinción del sistema del *Code* entre deudor doloso y los que no lo son, estableciendo que el límite de la previsibilidad se aplica por igual a toda clase de deudor, acercándose en este aspecto al sistema del *common law*.

La norma se preocupa de señalar expresamente que **el momento del juicio de previsibilidad es el de la celebración del contrato** y no el incumplimiento. Las informaciones entre uno y otro tiempo que pudieran hacer variar la previsión del deudor incumplidor no pueden tomarse en cuenta para incrementar su responsabilidad, porque prestación y contraprestación se fijan a la luz de los riesgos que cada parte entiende asumir a ese momento. En todo caso, el juicio de previsibilidad no consiste en determinar lo que el incumplidor efectivamente previó o pudo prever al momento de celebrar el contrato, **sino lo que debió prever** atendiendo al conocimiento que tuvo o debió tener a ese momento. En otras palabras, **no estamos ante un juicio subjetivo empírico, sino normativo**. Por lo mismo, y adelantando lo que se dirá más adelante, para formular el juicio de previsibilidad no basta cualquier conocimiento, sino que *únicamente* se tomará en cuenta el conocimiento que el deudor incumplidor haya obtenido por intermedio del contrato, entendido en sentido amplio, circunstancia que permite determinar también que asumió los riesgos asociados a su incumplimiento¹⁵⁹.

La previsibilidad en la convención se predica tanto de la causa del daño, su tipo o clase, como de su entidad cuantitativa. No obstante, se precisa que las variaciones de los precios de mercado, aunque extraordinaria, deben ser estimadas típicamente previsibles. Con ello —creemos—, se abre paso a la distinción realizada por la doctrina francesa entre la *quotité intrínseca*, y la expresión monetaria del perjuicio¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Más bien parece seguir el *Wagon Mound Test*, propio del sistema de los Torts. Ver PANTALEÓN, “Comentario al artículo 74”, cit., pp. 603 y ss.

¹⁵⁹ Ibid., p. 606 y ss.

¹⁶⁰ PANTALEÓN, “Comentario al artículo 74”, cit., pp. 606 y SOLEAU, *La prévisibilité du dommage contractuel*, cit., pp. 88 y ss.

Exige además el artículo 74 de la Convención que **el perjuicio sea consecuencia del incumplimiento**. Se entiende que un daño no lo será cuando el resultado dañoso se habría producido igualmente, *en su configuración totalmente concreta*, aunque no hubiese existido incumplimiento¹⁶¹.

En los Códigos latinos, junto a la *previsibilidad* del daño, se establece la exigencia de la *necesariedad* del mismo, o si se prefiere, que el perjuicio sea *consecuencia inmediata y directa* de la falta de cumplimiento. **La Convención no establece el límite del daño directo y una alternativa sería entenderlo comprendido bajo la expresión consecuencia del incumplimiento**; sin embargo, estimamos que tal opción debe rechazarse, pues significaría cargarlo de un contenido netamente jurídico, ajeno a la causalidad material a que se hace referencia con dicho concepto¹⁶². Por lo demás, su ausencia no tiene la trascendencia que en un primer momento pudiera parecer, pues, como intentaremos demostrar durante el presente trabajo, uno de los criterios de imputación que se incluyen en la exigencia *consecuencia inmediata y directa* es el deber de mitigar el daño, regla que sí encuentra claro y expreso reconocimiento en el artículo 77 de la Convención.

Los Códigos de inspiración latina —con la notable excepción del italiano—, no acostumbran a establecer expresamente el *duty of mitigation*, lo que ha suscitado discusiones doctrinarias sobre su procedencia, naturaleza y fundamento. **En la convención, por el contrario, se recoge expresamente este deber o carga de mitigar el daño**; pero ello no la libera de ciertas dudas en su aplicación, como veremos. Partamos por aclarar que el artículo 77 no está destinado a regular la cuestión de la participación en el incumplimiento contractual, esto es, no es un problema de concurrencia de culpas. Por lo tanto, aunque la parte insatisfecha no haya contribuido al incumplimiento o a sus efectos, no puede obtener el resarcimiento de los perjuicios que de un

¹⁶¹ Por no existir esta *configuración totalmente concreta*, se deberá responder en los casos de *causas hipotéticas del daño* cuando las mercaderías se hubiese destruido en otro momento y por causas distintas del suceso imputable al vendedor que efectivamente las destruyó. De igual forma, no se negará la indemnización en casos de *causalidad concurrente*. Ver PANTALEÓN, “Comentario al artículo 74”, pp. 603 y 604.

¹⁶² Ibid., p. 605.

modo razonable hubiera podido evitar¹⁶³. En el cumplimiento de este deber, **el acreedor insatisfecho debe adecuar su conducta al estándar objetivo de la razonabilidad (reasonable steps)**, propio del Derecho angloamericano, a diferencia de los sistemas latinos que acuden más bien al estándar de la ordinaria diligencia o del buen padre de familia.

Una de las dudas interpretativas que ha planteado el artículo 77 es el relativo al alcance del deber de mitigación; específicamente, si el acreedor podría estar obligado a la aceptación de una proposición abusiva por parte del deudor, como es la modificación de los términos contractuales, e incluso tener que “aceptar” rechazos injustificados e inmediatamente resolver el contrato. La duda surge por la redacción de la disposición, pues de su primera parte parece indicar en términos amplios el deber por parte del acreedor de adoptar *todas* las medidas para reducir la pérdida. En cambio, la segunda parte de la norma parece restringirlo únicamente a los casos en que se interponga una acción indemnizatoria¹⁶⁴.

Por último, **la Convención no contempla entre sus normas la facultad judicial de moderación del quantum resarcitorio**, como lo recomendaba POTHIER y como sí lo establecen algunos Derechos nacionales, el suizo y el español dentro de ellos.

II.- PRINCIPIOS EUROPEOS DE DERECHO DE LOS CONTRATOS.

Su elaboración es obra de la denominada “*Comisión sobre derecho contractual europeo*”, cuyos antecedentes si bien se remonta a mediados de los años setenta del siglo pasado, es sólo partir del año 1980 que comienza oficialmente sus actividades¹⁶⁵. Esta comisión estaba integrada por unos

¹⁶³ ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho privado europeo*, cit., p. 130, y DÍEZ-PICAZO y otros, *Los principios del Derecho europeo de contratos*, p. 383.

¹⁶⁴ Para más antecedentes, ver HONNOLD, *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales*, cit., p. 461, y SOLER, *Comentario al artículo 77*, cit., pp. 625 y 626.

¹⁶⁵ Para los antecedentes históricos de la comisión, ver ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho privado*, cit., p. 113 y ss.; DÍEZ-PICAZO y otros, *Los principios del Derecho europeo de contratos*, cit., pp. 75 y

veinte profesores de los Estados miembros de la Unión Europea, y surgió como una iniciativa netamente privada con la finalidad de dar forma codificada a los principios europeos de Derecho de los contratos (PECL en su sigla inglesa).

Los PECL no tienen por finalidad convertirse en derecho vigente en forma inmediata, y, concordante con lo anterior, se aprecia en su elaboración una clara influencia e inspiración de los *Restatement* norteamericanos; aunque también es posible ver claras diferencias entre ellos debido a que estos últimos son integrados por el derecho actualmente vigente, mientras que los PECL aspiran a una reforma y evolución jurídica de los derechos nacionales, con el fin de lograr la ansiada unificación jurídica europea. Adentrándonos en su finalidades, podemos decir que los objetivos de los PECL son realizar una función de mediación o puente entre el *common law* y el *civil law*, que sirva de fuente de inspiración a los tribunales y legisladores nacionales en el desarrollo de sus respectivos derechos contractuales, de modo de facilitar el comercio transfronterizo en Europa, concretando la moderna *lex mercatoria* europea, y, en definitiva, permitir el camino hacia la codificación del derecho contractual europeo¹⁶⁶.

La Convención de Viena ha sido una fuente inspiradora en la elaboración de los PECL, circunstancia que se aprecia en la intención de este último de armonizar el civil law con el common law. Ejemplo de lo anterior es el concepto de incumplimiento, al que denomina *non performance*, apartándose así de la clásica expresión anglosajona *breach of contract*, diferencia que no es sólo semántica, porque al contrario del sistema angloamericano, en los PECL el incumplimiento no solamente permite la acción indemnizatoria, sino una pluralidad de medidas o remedios. Pero sería

76, y MARTÍNEZ SANZ, FERNANDO: “*Principios de Derecho europeo de los contratos (comisión Lando)*”, en *Derecho privado europeo*, Sergio Cámara Lapuente, coordinador, Colex, 2003, Madrid, pp 193 y ss.

¹⁶⁶ ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho privado*, cit., p. 114 y ss.; DÍEZ-PICAZO y otros, *Los principios del Derecho europeo*, cit., pp. 76 y ss. Para una exposición detallada de los objetivos de los PECL, ver a estos mismos autores, pp. 115 y ss. y 76 y ss., respectivamente. Hacemos presente también que si bien los PECL vienen redactados en inglés y francés, esta última es simplemente una traducción libre de la primera.

errado pensar que se sigue el modelo continental, pues estamos ante una construcción unitaria del incumplimiento, de naturaleza objetiva, en el que no tiene cabida la culpa, y donde se establecen límites al derecho del acreedor de insistir en el cumplimiento¹⁶⁷.

Respecto a la noción propiamente tal de incumplimiento, y contrariamente a lo que parece creer NAVAS¹⁶⁸, él es definido en el artículo 1.301 letra b), al indicar que debe entenderse por tal *cualquier incumplimiento de la obligación contractual, tanto si es excusable como si no lo es, e incluye el cumplimiento retrasado, el cumplimiento defectuoso y la infracción a los deberes de cooperación para alcanzar la plena efectividad del contrato.*

Conforme a lo dicho, **se maneja un concepto unitario de incumplimiento para los cinco remedios contemplados en los PECL**, que son el derecho a cumplimiento, la suspensión del propio cumplimiento por el acreedor insatisfecho, la resolución, la reducción del precio y la indemnización. **Pero esta noción unitaria no impide, que se establezcan ciertas distinciones, atendiendo al carácter excusable y esencial del incumplimiento¹⁶⁹**; distinciones que tendrán importancia para decidir la aplicación de determinados remedios. Así por ejemplo, sólo el incumplimiento esencial posibilita la resolución del contrato y **únicamente el incumplimiento inexcusable permite el remedio indemnización de perjuicios.**

El remedio indemnización presenta como sus características más sobresalientes el surgir a consecuencia del incumplimiento inexcusable que produzca efectivamente perjuicios, rechazándose los *nominal* y *punitive damages*; ser compatible con los remedios resolución y con la pretensión de cumplimiento, donde los daños serán por el incumplimiento inicial o por su retraso; atender al llamado interés positivo, incluso ante la resolución; declarar expresamente resarcible tanto los perjuicios patrimoniales como

¹⁶⁷ DÍEZ-PICAZO y otros, *Los principios del Derecho europeo*, cit., pp. 321 y ss. ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho privado*, cit., p. 122 y ss., y VAQUER ALOY, ANTONI, “*Incumplimiento del contrato y remedios*” en *Derecho privado europeo*, cit., pp. 525 y ss.

¹⁶⁸ NAVAS, “*El Resarcimiento de Daños...*”, cit., p. 1236.

¹⁶⁹ Los artículos 8.108 y 8.103 tratan respectivamente de las causales de justificación y de los casos de incumplimiento esencial. En términos generales la justificación y por tanto la excusabilidad del incumplimiento dice relación con la existencia de fuerza mayor o caso fortuito, VAQUER ALOY,

extrapatrimoniales, marcando en este sentido una clara diferencia con la convención; y en principio, al decir de los comentaristas, adscribir a la reparación íntegra del daño¹⁷⁰.

Entrando al tema específico de *quantum* resarcitorio, y si bien se indica que en principio rige el sistema de reparación íntegra, inmediatamente los autores toman el cuidado de precisar que **la extensión del perjuicio indemnizable se encuentra limitada por dos factores: la previsibilidad y el deber de mitigar el daño**, contemplados en los artículos 9:503 y 9:505, que disponen:

Artículo 9:503: “*La parte incumplidora es responsable solamente del daño previsto o que razonablemente podría haber previsto al momento de la celebración del Contrato, como consecuencia probable de su incumplimiento, salvo en caso de incumplimiento doloso o gravemente culposo*”.

Artículo 9:505: “*La parte incumplidora no es responsable del daño sufrido por la parte perjudicada en tanto que el daño pudo haber sido reducido si esa parte hubiera adoptado medidas razonables.*

La parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualquier gasto razonablemente efectuado en un intento por reducir el daño”¹⁷¹.

De manera similar a la Convención de Viena, **el gran criterio delimitador de la responsabilidad es la previsibilidad del daño, y en su regulación, sin duda, está presente el modelo angloamericano**, lo que se aprecia en la exigencia de la *razonable previsibilidad (reasonably have foreseen)*; expresión que alude al estándar de conducta típico de la *contemplatio rule*. Pero muy especialmente se manifiesta la influencia del

ANTONI, en “*Incumplimiento del contrato y remedios*”, cit., pp. 527 y ss

¹⁷⁰ Para más antecedentes, ver DÍEZ-PICAZO y otros, *Los principios del Derecho europeo*, cit., pp. 367 y ss.; ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho privado*, cit., p. 128 y ss.; VAQUER, “*Incumplimiento del contrato y remedios*”, cit., pp. 543 y ss. y NAVAS, “*El Resarcimiento de Daños...*”, cit., pp. 1241 y ss.

¹⁷¹ Artículo 9:503: *The non-performing party is liable only for loss which it foresaw or could reasonably have foreseen at the time of conclusion of the contract as a likely result of its non-performance, unless the non-performance was intentional or grossly negligent.*”

Artículo 9:505: *The non-performing party is not liable for loss suffered by the aggrieved party to the extent that the aggrieved party could have reduced the loss by taking reasonable steps.*

The aggrieved party is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the loss.

common law en la exigencia de que el daño se prevea como consecuencia probable del incumplimiento (*likely result of its non-performance*), no bastando la mera posibilidad de su acaecimiento. Respecto a la discusión acerca de si la previsibilidad se predica sólo de su causa o también del monto, parece comprenderse a ambas, como lo demuestra el ejemplo que se da a propósito de la regla¹⁷².

Sin embargo, sería un error pensar que estamos ante una transcripción fiel del criterio anglosajón, pues en su regulación también existe un acercamiento al sistema latino¹⁷³. Prueba de ello es que los PECL se apartan de la regulación unitaria propia de la Convención de Viena y de los principios de UNIDROIT, y *excluyen al deudor doloso o gravemente culposo del límite de la previsibilidad*. En todo caso, y aunque la redacción del texto no es del todo claro, se estima que para este tipo de deudores si bien no rige la limitación propia del criterio de la previsibilidad, de todas maneras sólo responden de los perjuicios que sean consecuencia de su incumplimiento¹⁷⁴.

Junto a la previsibilidad, ***aparece como segundo criterio limitativo el deber de mitigar el daño o duty of mitigation***. Antes que nada, debemos decir que aprecia en los PECL el esfuerzo por distinguir la carga impuesta al acreedor para reducir los perjuicios causados por un incumplimiento en el que no ha tenido ninguna responsabilidad, del problema totalmente diverso de establecer o no su participación en el mencionado incumplimiento o en las pérdidas que éste ocasiona. Vale decir, se intenta diferenciar lo que es el deber de mitigación de los problemas de concurrencia causal.

De esto último se ocupa artículo 9:504, al expresar: “*La parte incumplidora no es responsable de la pérdida sufrida por la parte perjudicada en la medida que ella misma hubiera contribuido al incumplimiento o a sus efectos*”. De la disposición recién citada se aprecia claramente que ella

¹⁷² Ver DÍEZ-PICAZO y otros, *Los principios del Derecho europeo*, cit., pp. 377 y 378.

¹⁷³ MARSAL y LAUROBA, discrepan que la norma de la previsibilidad establecida en los principios de Derecho Europeo derive únicamente del *common law*, ya que si bien la figura aparece en el Derecho inglés, no es menos cierto su consagración también en los ordenamientos continentales. Ver MARSAL GUILLAMTE, JOAN y LAUROBA LACASA, ELENA: “*Mecanismos de Protección en caso de Incumplimiento contractual. cumplimiento específico e indemnización por daños y perjuicios*” En *Bases de un derecho contractual europeo*, cit., p. 469.

comprende dos supuestos diferentes, los que deben considerarse al momento de establecer la responsabilidad de la parte incumplidora, y que son: la conducta del acreedor ha contribuido efectivamente al incumplimiento, o sin tener esta influencia, si la ha tenido en las pérdidas producidas por dicho incumplimiento¹⁷⁵.

El deber de mitigación encuentra su mayor desarrollo y expresión en el *common law*, y en ese sentido resulta comprensible que los PECL se inspiren en él para su regulación, como lo demuestra el acogimiento del estándar típico del derecho angloamericano: los *reasonable steps*. En conformidad a este criterio, se excluyen del resarcimiento aquellos daños que pudieron ser aminorados tomando las razonables medidas pertinentes. Como contrapartida de esta reducción, se estiman indemnizables los gastos en que incurre el acreedor para la minoración del perjuicio, aunque en la práctica no hayan producido el resultado esperado de minimizar los daños, siempre y cuando, atendidas las circunstancias del caso concreto, al momento de ser efectuados tales desembolsos por la víctima del incumplimiento, aparecían ellos como razonables¹⁷⁶.

Se señala que en cumplimiento de este deber, el acreedor insatisfecho debe acudir a un negocio de cobertura, siendo el artículo 9:506 un supuesto específico de su cumplimiento. Incluso se indica como manifestación del mismo el tener que aceptar propuesta de modificaciones en las condiciones del contrato originalmente pactadas. Finalmente, en atención a que la infracción de este deber trae como consecuencia la reducción del *quantum*, corresponderá su prueba al contratante incumplidor¹⁷⁷.

¹⁷⁴ Así lo entiende también NAVAS, “*El Resarcimiento de Daños...*”, cit., p. 1246.

¹⁷⁵ LANDO, OLE y BEALE, HUGH, *Principles of European contract law. Parts I and II*, Kluwer law, Netherlands, 2000, p. 446. Sin embargo, somos de la opinión que el último de los supuestos descritos en el artículo 9:504 es más bien un caso de deber de mitigación antes que de concurrencia causal propiamente tal. Volveremos sobre el punto en la segunda parte de este trabajo

¹⁷⁶ Idem., pp. 445 y ss. Entre los distintos supuestos que mencionan estos autores incluyen incluso el caso que las razonables medidas de mitigación, en los hechos, hayan *incrementado* las pérdidas

¹⁷⁷ Para más antecedentes, puede consultarse DÍEZ-PICAZO y otros, *Los principios del Derecho europeo*, cit., pp. 382 y 383. ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho privado*, cit., p. 130; VAQUER, “*Incumplimiento del contrato y remedios*”, cit., pp. 544 y 545; NAVAS, “*El Resarcimiento de Daños...*”, cit., pp. 1242 y 1243, y MARSAL y LAUROBA, “*Mecanismos de Protección en caso de Incumplimiento contractual...*”, cit., p. 469.

Lo que viene a constituir una característica común de los textos estudiados es la exclusión del criterio de la *necesidad* del perjuicio, apareciendo de este modo la previsibilidad como el gran factor de moderación en la regulación del *quantum*. En los PECL esta situación es de mayor trascendencia, pues el incumplidor doloso y gravemente negligente quedan prácticamente sin criterio de delimitación jurídica en la cuantificación del perjuicio a indemnizar. Sin embargo, la exclusión del requisito de ser el daño consecuencia necesaria del incumplimiento no es total, pues como veremos uno de los criterios que dicha expresión comprende es el del deber de mitigación, que sí es aplicable para los deudores de mala fe¹⁷⁸.

III.- PRINCIPIOS DE UNIDROIT.

En el año 1994, aparecen en Roma la primera versión de los “*Principles of international commercial contracts*” obra del *International institute for the unification of private law*, conocidos comúnmente como los principios de UNIDROIT¹⁷⁹. Elaborados en forma de *Restatements*, su estructura es muy similar a los PECL; sin embargo, se diferencian de estos últimos en al menos dos aspectos fundamentales: primero, por su carácter global, no circunscrito a los países miembros de la Unión Europea, y además por abarcar la totalidad del derecho contractual y no sólo una parte del mismo, como sucede en el caso de los PECL¹⁸⁰.

No obstante estas diferencias, se considera a los principios de UNIDROIT una expresión del denominado *soft law* europeo, pues pese a su vocación mundial, sirvieron de inspiración a la comisión LANDO en la

¹⁷⁸ Quedaría excluido en consecuencia el otro criterio comprendido en la expresión daño *necesario* o *inmediato* y *directo*, estos es, el de la anormalidad del perjuicio.

¹⁷⁹ Actualmente se encuentran disponibles en sus cinco idiomas oficiales (Inglés, francés, español, alemán, italiano) la versión 2004 de los principios de UNIDROIT en (<http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/main.htm>).

¹⁸⁰ ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho privado*, cit., pp. 120 y 121, y SCHULZE, REINE, “*El derecho contractual europeo y sus textos básicos*”, en *Bases de un derecho contractual europeo*, cit., p. 632.

elaboración de los principios europeos de derecho de los contratos. Incluso más: la coordinación de los dos grupos de trabajo se manifestó en la duplicidad de algunos de sus miembros¹⁸¹.

De forma similar a los PECL, los principios de UNIDROIT regulan el incumplimiento bajo la denominación inglesa de *non-performance* —y no la expresión *breach of contract*, propia del *common law*—, definiéndolo el artículo 7.1.1 como *la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío*¹⁸². Se trata de un concepto genérico, de carácter objetivo y aplicable en general para el ejercicio de cualquier derecho o mecanismo de tutela (*remedies*). Sin embargo, y al igual que en la convención de Viena y en los PECL, e inspirado sin duda en la *fundamental breach* y *non-fundamental breach* del derecho angloamericano, se distingue entre incumplimiento esencial y no esencial, que tiene importancia para decidir la procedencia o no de la resolución del contrato. Además, y no obstante manejar un concepto objetivo de incumplimiento, se establece la fuerza mayor como causal justificante del incumplimiento, que impide demandar perjuicios, aunque no la aplicación de otros remedios¹⁸³.

En la regulación de los mecanismos de tutela o remedios ante el incumplimiento, prácticamente no existen diferencias con la regulación de los PECL, y las existentes son más bien de matices. Así por ejemplo, apartándose del sistema tradicionalmente imperante en los países del *common law*, se permite al acreedor persistir en el cumplimiento específico; pretensión que en todo caso encuentra limitaciones muy parecidas a las establecidas en los principios europeos del derecho de los contratos, caso en el cual el acreedor deberá optar por la indemnización de perjuicios¹⁸⁴. El remedio resolución, por

¹⁸¹ VAQUER, “*Incumplimiento del contrato y remedios*”, cit., p. 526 y nota 6 misma página, y ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho privado europeo*, cit., p. 120

¹⁸² *Non-performance is failure by a party to perform any of its obligations under the contract, including defective performance or late performance.*

¹⁸³ ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho privado*, cit., pp. 122 y ss.; VAQUER, “*Incumplimiento del contrato y remedios*”, cit., pp. 530 y 531; NAVAS, “*El Resarcimiento de Daños...*”, cit., pp. 1237 y ss., y MARSAL y LAUROBA, “*Mecanismos de Protección en caso de Incumplimiento contractual...*”, cit., pp. 459 y ss.

¹⁸⁴ Ver artículo 7.2.2.

su parte, al igual que en PECL, y como ya indicamos, sólo se permite cuando estamos ante un incumplimiento calificable como esencial¹⁸⁵.

Respecto a la indemnización de perjuicios, se pueden indicar como sus características más relevantes las siguientes: es compatible con los demás remedios; procede ante cualquier incumplimiento no excusable¹⁸⁶; exige que el daño se establezca con un razonable grado de certeza¹⁸⁷; comprende tanto el perjuicio patrimonial (daño emergente y lucro cesante), como el extrapatrimonial; y, en fin, se acoge en principio el llamado sistema íntegro o total de reparación¹⁸⁸. Pero esta última característica no es absoluta, sino que se encuentra morigerada o limitada por los criterios de la previsibilidad y el deber de mitigación, establecidos en los artículos 7.4.4. y 7.4.8.

Artículo 7.4.4. *“La parte incumplidora es responsable solamente del daño previsto, o que razonablemente podría haber previsto, como consecuencia probable de su incumplimiento, al momento de celebrarse el contrato.”*

Artículo 7.4.8. *“La parte incumplidora no es responsable del daño sufrido por la parte perjudicada en tanto que el daño pudo haber sido reducido si esa parte hubiera adoptado medidas razonables.*

*La parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualquier gasto razonablemente efectuado en un intento por reducir el daño”*¹⁸⁹

Al igual que en los PECL y en la convención de Viena, se opta por estos dos criterios de limitación del *quantum* resarcitorio, en desmedro del requisito de ser el perjuicio consecuencia *necesaria* o *directa* del

¹⁸⁵ Ver artículo 7.3.1.

¹⁸⁶ Artículo 7.4.1 *Cualquier incumplimiento otorga a la parte perjudicada derecho al resarcimiento, bien exclusivamente o en concurrencia con otros remedios, salvo que el incumplimiento sea excusable conforme a estos Principios.*

¹⁸⁷ Ver artículo 7.4.3

¹⁸⁸ Ver artículo 7.4.2

¹⁸⁹ Artículo 7.4.4. *“The non-performing party is liable only for harm which it foresaw or could reasonably have foreseen at the time of the conclusion of the contract as being likely to result from its non-performance.”*

Artículo 7.4.8. *The non-performing party is not liable for harm suffered by the aggrieved party to the extent that the harm could have been reduced by the later party’s taking reasonable steps.*

The aggrieved party is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the harm.

incumplimiento. En la Previsibilidad se adopta también el estándar de conducta propio del *common law*, y se atiende al perjuicio previsto o al que el *reasonable man* pudo prever. A diferencia de la convención y en sintonía con los PECL se exige que el daño se haya anticipado como una consecuencia *probable* y no simplemente posible del incumplimiento; pero se acerca a la regulación de la Convención en el hecho que hace aplicable este criterio también a los deudores que han incumplido con dolo o culpa grave. Es decir, no establece diferencias en la extensión de la responsabilidad, según el grado de culpa del deudor.

Se tiene aquí también el cuidado de diferenciar el deber de mitigación, regulado en el artículo 7.4.8 ya transcrito, de la llamada concurrencia de culpa, contemplada en el artículo 7.4.7, que expresa: *Cuando el daño se deba en parte a un acto u omisión de la parte perjudicada o a otro acontecimiento por el que esa parte asume el riesgo, la cuantía del resarcimiento se reducirá en la medida en que tales factores hayan contribuido al daño, tomando en consideración la conducta de cada una de las partes.*

En lo demás, este criterio se encuentra estructurado en forma casi idéntica a lo establecido en los PECL, razón por la cual valgan los mismos comentarios ya realizados al referirse a él en los principios europeos de derecho de los contratos¹⁹⁰.

¹⁹⁰ Para mayores antecedentes, ver ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho privado*, cit., pp. 122 y ss.; VAQUER, “*Incumplimiento del contrato y remedios*”, cit., pp. 530 y ss; NAVAS, “*El Resarcimiento de Daños...*”, cit., pp. 1237 y ss.; MARSAL y LAUROBA, “*Mecanismos de Protección en caso de Incumplimiento contractual...*”, cit., pp. 459 y ss., y LETE ACHIRICA, JAVIER, “Los principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales”, En Revista: *Actualidad Civil*, n. 6, (t. 1996-1), La Ley, Madrid, pp. 134 y ss.

Primera Parte
EL DERECHO ESPAÑOL.-

CAPITULO I.

EL DEUDOR DE BUENA FE Y SU RESPONSABILIDAD.-

I.- LA ORIGINAL EXPRESION DEL DERECHO ESPAÑOL.

En la regulación del *quantum resarcitorio*, nadie discute que España sigue al sistema latino de extensión del daño. En este sentido, basta recordar que el artículo 1107 del Código civil establece la *previsibilidad* y *necesidad* del perjuicio, que son precisamente los criterios delimitadores instaurados por el Code en sus artículos 1150 y 1151. Pero el legislador español no se limitó a copiar el texto de su homólogo francés. Muy por el contrario, ***la norma hispana fue objeto de diversas influencias, que terminaron por darle una fisonomía muy particular.***

Lo anterior trajo como consecuencia que junto a los problemas interpretativos propios del sistema latino, surgieran para la doctrina dudas respecto al sentido y alcance de algunas originales expresiones utilizadas en el texto español. Circunstancias todas estas que han determinado que al 1107 se le califique de enigmático,¹⁹¹ o como un auténtico rompecabezas.¹⁹² Por lo mismo, un autor, no sin cierto sentido del humor, ha señalado que la disposición en comento tiene muy mala prensa y de él no se han dicho precisamente lindezas¹⁹³.

¹⁹¹ En este sentido, CRISTÓBAL MONTES, ANGEL: “El enigmático artículo 1.107 del Código civil español”, en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, t. II, Madrid, 1990, p. 559.

¹⁹² YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO: “Comentario del artículo 1.107 del Código civil”, en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, v. 1, Bosch, Barcelona, 1992, p. 848.

¹⁹³ ALBALADEJO GARCIA, MANUEL: “Los daños indemnizables en la responsabilidad contractual y en la extracontractual o aquiliana”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, t. II, 1ª ed., Thomson-Civitas, España, 2003, p. 1251.

Entre las innovaciones de la norma española se encuentra el abandono de la fórmula negativa “no dolo” por la expresión “buena fe”.

De esta forma, se deja de lado la clásica contraposición del sistema latino, ausencia de dolo - dolo, y se reemplaza por el binomio “buena fe – dolo”. Decimos que el legislador español innovó en este aspecto, porque ni el *Code* ni ninguno de los textos que le siguen utilizan la expresión *buena fe* al regular el *quantum resarcitorio* de la responsabilidad contractual. Tampoco se contempla en los proyectos españoles de 1836 y 1851. Aparece por primera vez la expresión en el Art. 1.124 del proyecto de 1882-1888, la que se mantiene en artículo 1107 de la disposición definitivamente promulgada en 1899.

Aclaremos que la originalidad del Código civil español es respecto al término utilizado; pero esta circunstancia no significa desconocer la tradicional distinción del sistema latino entre una regla general de responsabilidad y una especial agravada; característica que se mantiene¹⁹⁴. Sólo que mientras en el *Code* la primera regla tiene por destinatarios a los incumplidores no dolosos y en el caso del 1107 está dirigida a los llamados deudores de buena fe, y en ambos códigos deben soportar una responsabilidad más estricta los responsables por dolo. Pero este cambio de redacción en ningún caso ha resultado intrascendente o meramente formal, y la doctrina ha debido plantearse el alcance de la modificación, en cuanto a quiénes son realmente los destinatarios de la regla general de responsabilidad. En otras palabras, se ha suscitado la interrogante acerca de si hay un cambio respecto a los deudores que el sistema latino tradicionalmente incluye bajo la expresión no dolo. Como sabemos, se ha interpretado que dicha fórmula negativa hace referencia a los responsables de culpa; pero sin duda resulta un tanto contraproducente calificar como deudores de buena fe a quienes son negligentes en el cumplimiento de sus obligaciones. Estas y otras cuestionamientos son las que se intentará dar respuesta en los apartados siguientes.

II.- SIGNIFICADO Y ALCANCE DEL TERMINO DEUDOR DE BUENA FE.

1.- ANTECEDENTES.-

Ni el *Code* ni la generalidad de los textos que lo siguieron utilizó la expresión buena fe para referirse a los deudores a los que se aplica la regla general de responsabilidad. Donde sí la encontramos utilizada es en el **Anteproyecto belga de Laurent**, específicamente en su artículo 1.154, al señalar: *Quand le débiteur est de **bonne foi**, il n'est tenu que des dommages et intérêts dont la cause a été prévenue ou qu' on a pu prévoir lors du contrat.* Se afirma, casi con toda seguridad, que el legislador español en la decisión de incorporar el término *buena fe* se inspiró en este anteproyecto¹⁹⁵, por lo que vendría a constituir su antecedente inmediato. De la simple lectura del *Avant-projet* se aprecia que se tomó como modelo el artículo 1150 del Código Civil francés, y la única innovación fue el reemplazo de la expresión ausencia de dolo por *bonne foi*; modificación que, según las palabras del propio LAURENT, obedece más a un simple cambio de redacción¹⁹⁶. Esta afirmación se ve también corroborada por los comentarios que el autor citado efectúa al artículo 1147 del *Code*, donde expresa que el deudor debe responder aunque esté de buena fe, siempre que incurra mora o culpa, y también en los comentarios que efectúa al artículo 1150 del *Code*, donde indica que la buena fe del deudor no excluye la culpa¹⁹⁷.

¹⁹⁴ Ello por supuesto, sin perjuicio de otras peculiaridades respecto a la configuración de los criterios de delimitación del daño que veremos oportunamente.

¹⁹⁵ SALVADOR CODERCH, PABLO y SANTDIUMENGE, JOSEPH, “*La influencia del avant-projet de revisión du Code civil belga de François Laurent en el Código civil español de 1889*”, en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, t. II, 1990, pp. 1937 y 1938.

¹⁹⁶ PANTALEÓN, “El sistema de responsabilidad contractual”, cit., p. 1025.

¹⁹⁷ Notas mecanografiadas de LEÓN GONZALEZ.

El texto del *Avant-projet* nos descifra el más probable antecedente inmediato de la expresión en estudio. Pero, para intentar comprender su verdadero significado, resulta útil tener presente que la limitación de la responsabilidad del deudor al daño previsible fue elaborada pensando, fundamentalmente, en los casos de evicción y de vicios redhibitorios, en los cuales los deudores responden con independencia de que hayan incurrido en culpa, y es precisamente esta circunstancia la que también parece justificar en algunos textos del Digesto un trato más favorable en materia indemnizatoria¹⁹⁸.

Al llegar el siglo XVI, la famosa CONSTITUCIÓN de JUSTINIANO (C, 7, 47), era interpretada por los juristas medievales en el sentido de que se aplicaba únicamente a la responsabilidad contractual (se excluía la extracontractual), y, al menos en los supuesto de incumplimiento defectuoso o inexacto, la moderación de la responsabilidad (limitación al doble de los casos *certi*), sólo debía beneficiar a los deudores de buena fe¹⁹⁹. Sobre la base de esta CONSTITUCION, DUMOULIN elabora la teoría de la previsibilidad, como una forma de explicar el límite al doble de la obligación de indemnizar que dicho texto establece para los casos *certi*. Se estima que esta limitación no aprovecha al doloso, pues ella está dirigida a los que no han incurrido en una *machinatio studiosa*. Pero sí es aplicable a los incumplen debido a su culpa y a los deudores a los cuales ni siquiera se les puede reprochar culpa. En consecuencia, estos últimos incumplidores también están obligados a indemnizar, aunque con la limitación vista.

La afirmación de que para DUMOULIN la previsibilidad también está destinada a fijar el *quantum resarcitorio* de los deudores que incumplen incluso sin culpa, se puede deducir de diversos antecedentes. En primer lugar, tenemos los motivos que este autor da para justificar la limitación al doble establecida en la Constitución. Específicamente, en el motivo cuarto se indican los argumentos de analogía suministrados por el Derecho romano, y entre ellos se hace referencia a la ley *cum et forte* (D., 19, 1, 44), que trata la

¹⁹⁸ Ver RATTI, HUMBERTO, “*Il risarcimento del danno nel diritto gustiniano*”, en *BIDR*, (40), 1932., p. 191.

¹⁹⁹ LEÓN, *Gravedad de la culpa*, Cit., pp. 66 y 67.

responsabilidad del vendedor en caso de evicción²⁰⁰, es decir, el caso de un incumplidor que responde sin culpa. En segundo lugar, podemos indicar que la idea de DUMOULIN, consistente en que la tasación al doble es el resultado de una previsión de las partes, parece estar inspirada ni más ni menos que en la ley *Titius* combinada con la ley *quum et forte* (D 19, 1, 43-44), y no sería aventurado pensar que nuestro autor tenía ante sus ojos estos textos del Digesto al momento de redactar su *Tractatus*, según se puede deducir de la comparación de los pasajes de ambos²⁰¹. En otras palabras, su idea del límite de la previsibilidad del daño se encontraría inspirada, consciente o inconscientemente, a propósito de la responsabilidad por evicción, de naturaleza típicamente objetiva. Por último, en el número 73 del *Tractatus*, el autor compara el espíritu de la CONSTITUCION con el de la ley *Titius* (D. 19, 1, 43)²⁰².

En suma, y aunque la teoría de la previsibilidad fue elaborada con pretensiones de generalidad, estimamos que en su formulación DUMOULIN tuvo en mente fundamentalmente supuestos de responsabilidad objetiva, como es el caso del vendedor evicto²⁰³.

DOMAT, por su parte, contrapone los conceptos de deudor de buena fe y mala fe. Pudiera pensarse que con la primera se alude a todo incumplidor que no está de mala fe, pero la verdad es que con los ejemplos dado lo restringe a la responsabilidad por evicción y por vicios redhibitorios, es decir, casos de responsabilidad objetiva en que el deudor ni siquiera se encuentra en culpa o negligencia²⁰⁴. En *Les loix civiles* la distinción entre ambos deudores es importante, porque en principio la responsabilidad del deudor de mala fe tiene una mayor extensión, pues ella encierra la voluntad de todo el mal que ella pueda causar. Sin embargo, como veremos, las pautas

²⁰⁰ DUMAS, *Les origines romaines de l'article 1150 du Code civil*, p. 113, y *Tractatus* Nros. 58 y 59.

²⁰¹ Como se aprecia de comparar algunos pasajes del texto del Digesto (*non cogitatum de tanta summa*) con el N° 60 del *Tractatus* (*nec cogitatum suscipiendo maiori damno*).

²⁰² LEÓN, *De nuevo sobre el art. 1107 del código civil*, cit., p. 139.

²⁰³ LEÓN *De nuevo sobre el art. 1107 del código civil*, cit., pp. 143 y ss.; RATTI, *Il risarcimento del danno nel diritto gustiniano*, cit., p. 191. DUMAS, *Les origines romaines de l'article 1150 du Code civil*, pp. 113 y ss.,

²⁰⁴ Así, en el caso de la venta de una cosa evicta se considera vendedor de buena fe al que ha creído que era dueño de lo que vendía, y en el caso de la venta de ganado infectado se considera de buena fe al

para determinar esta mayor extensión indemnizatoria resultan sumamente imprecisas²⁰⁵.

POTHIER distingue entre el deudor doloso, el culposo y el de buena fe. A este último hace referencia en los supuestos de responsabilidad por evicción y por vicios redhibitorios. Es tal el vendedor que desconoce la causal de evicción, y en el caso de los vicios redhibitorios, aparte de ignorar los mismos, no debe estar obligado por su profesión u oficio a conocerlo²⁰⁶. De esta forma, bajo la denominación deudor de buena fe se instaura en el *Traité* la responsabilidad de naturaleza objetiva. Pero no siempre el deudor no culposo tiene la misma responsabilidad que el culposo, y a este respecto es necesario distinguir. En la evicción, la responsabilidad del deudor de buena fe se equipara a la del culposo, esto es, ambos responden hasta el daño previsto y previsible, según se dirá. En materia de vicios redhibitorios, por el contrario, esta similitud se rompe y el deudor de buena fe responde de menos que el culposo (solo es obligado a la diferencia de precio entre la suma que fue vendido el producto y en la que habría sido comprada de saberse el vicio).

En los párrafos precedentes, se ha indicado el que se considera el antecedente histórico inmediato de la de la singular expresión deudor de buena fe adoptada por el Código civil español al regular el *quantum resarcitorio*. También se ha querido hacer referencia a algunos antecedentes del derecho común, que puedan ayudar en parte a desentrañar su significado. Efectuada esta labor, corresponde analizar las respuestas que la doctrina ha dado para intentar explicar su real significado.

2.- LAS POSICIONES DOCTRINALES.

Hemos señalado que la expresión deudor de buena fe no es utilizada en las restantes codificaciones del sistema latino, y sí lo fue en la norma

vendedor que ignoraba esta circunstancia. Ver *Traité*, VIII y X pp. 269 y 270.

²⁰⁵ LUPOI, *Il dolo del debitore*, cit., p. 65 y DUMAS, *Les origines romaines de l'article 1150 du Code civil*, p. 27

²⁰⁶ POTHIER, R. J., *Traite des obligations*, Barcelona, Banchs, 1974, n° 161, 163 y 164.

española, donde varios cuestionamientos ha suscitado; pero en lo que no existe duda es en el hecho que ella no excluye la responsabilidad del deudor, sino que simplemente la limita.

Ante la ambigüedad y, en cierta medida, equivocidad del término, los autores se preocuparon de precisar su alcance; específicamente, si con él se quiso referir únicamente a los deudores culposos o a todos los deudores no dolosos, incluyendo a los que ni siquiera incurrieron en culpa. La respuesta más sencilla y obvia fue decir que como simple cambio gramatical, y teniendo el deudor doloso una regulación separada, se refería al otro fundamento de la responsabilidad, vale decir, alude únicamente a los deudores que incurren en culpa en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Sin embargo, aquí surge la duda o la extrañeza y luego la dificultad para conciliar los términos buena fe y negligencia. También se la ha interpretado como una expresión que intenta abarcar no sólo a los deudores negligentes, sino a todo incumplidor que deba responder, aunque no haya incurrido en culpa. Finalmente, el análisis de la expresión deriva otra cuestión más de fondo, relacionada con nuestro tema, pero que sin duda escapa al marco del presente estudio; nos referimos al cuestionamiento de la culpa como fundamento de la responsabilidad contractual, y el tránsito hacia una visión objetiva de la misma.

GUILARTE, en un intento de sistematización, nos indica que las posturas doctrinales sobre quién o quiénes son los deudores de buena fe, pueden agruparse en tres: 1) La tesis mayoritaria, que contrapone deudor de buena fe y deudor que incumple dolosamente; 2) La doctrina de DÍEZ-PICAZO, para quien deudor de buena fe es alguien que se ha comportado de un modo correcto y diligente, y 3) La noción defendida por CRISTÓBAL MONTES, según la cual comprende únicamente al deudor negligente y sólo a éste²⁰⁷.

En una posición hoy en día casi solitaria, CRISTÓBAL MONTÉS expresa que la fórmula franco-italiana “*no dolo*” ha sido entendida por la

²⁰⁷ GUILARTE MARTIN-CALERO, CRISTINA, *La moderación de la culpa por los tribunales (estudio doctrina y jurisprudencial)*, Edit. Lex Nova, Valladolid - España, 1999, pp. 70 y 71.

generalidad de la doctrina y jurisprudencia como culpa en sentido estricto. En dicha expresión no tienen porqué encontrar acomodo todos los supuestos que hacen procedente la obligación de indemnizar, sino que debe limitarse a desarrollar la extensión del daño resarcible dentro de las pautas genéricas de responsabilidad contractual, que según el artículo 1.101 del Código Civil son el dolo, negligencia o morosidad²⁰⁸. Si el deudor de buena fe responde de los perjuicios previstos o previsibles –continúa CRISTÓBAL MONTES–, significa que bajo dicha expresión no puede abarcarse el caso en que se responde del caso fortuito, donde los daños son imprevisibles. El sistema de responsabilidad español se basa en la culpa, por más que existan supuestos excepcionales. Concluye de todo lo expuesto, que el artículo 1.107 del Código civil español debe interpretarse igual que el 1.150 del Código Civil francés y 1225 del Código Civil Italiano, porque responde a los mismos planteamientos y supuestos²⁰⁹.

No obstante, la mayoría de la doctrina y la Jurisprudencia que actualmente se ha pronunciado sobre el punto, está de acuerdo que ***con la expresión deudor de buena fe se incluyen los deudores culposos, pero no solamente a ellos, sino también a todos aquellos que, pese a no haber incurrido en culpa, se encuentran sometidos a responsabilidad.*** En otras palabras, que la expresión deudor de buena fe es más amplia que la expresión deudor culposo.

LEÓN nos indica como dato fundamental para entender el término utilizado, la circunstancia de que la teoría de la previsibilidad se construyó sobre la base de la responsabilidad por evicción y por vicios ocultos, en que se respondía con independencia de la culpa del vendedor, y, precisamente, este trasfondo histórico explicaría el significado de la

²⁰⁸ Parece compartir esta posición el profesor DE LOS MOZOS (*El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español*, Barcelona, Bosch, 1965, p. 197), cuando expresa que el 1107 utiliza un concepto de buena fe “*que contrapone al de dolus malus, de manera que el deudor moroso y el que culpablemente incluso no ha cumplido su obligación, viene considerado como deudor de buena fe*”.

²⁰⁹ CRISTÓBAL, *El enigmático artículo 1.107*, cit., pp. 561 a 565.

expresión deudor de buena fe, que no es otro que el vendedor que ignora que la cosa tiene un vicio o es ajena²¹⁰.

Es también la opinión de DELGADO ECHEVERRÍA, quien señala que deudor de buena fe en el artículo 1107 es el que no ha incurrido en dolo; pero aclara que no se puede identificar buena fe con culpa, ya que también comprende el caso fortuito del que se responde excepcionalmente y a los deudores de cosas genéricas o de dinero incumplidas, aunque ninguna culpa pueda reprochársele²¹¹. En igual sentido, CARRASCO para quien el deudor de buena fe es aquel que no incumple por dolo y comprende al negligente, al que asumió el caso fortuito y al que responde *ex lege* con carácter objetivo²¹².

En verdad, son varios los autores que estiman que debe incluirse en la expresión *buena fe* no solo al incumplidor negligente, sino también otros supuestos de incumplimiento no doloso a cuyo detalle sería infructuoso abocarse. Entre otros, podemos mencionar a DE ANGEL²¹³, NAVAS²¹⁴ y GÓMEZ²¹⁵.

En PANTALEÓN se aprecia un giro respecto a la preocupación sobre el alcance de la norma. Para los anteriores autores la preocupación era comprender en la expresión buena fe a otros incumplidores distintos del negligente. Para este autor, en cambio, lo importante parece ser justificar la

²¹⁰ LEÓN, *Gravedad de la culpa*, cit., pp. 80 a 83.

²¹¹ El autor nos indica que el anteproyecto de 1882-1888 recoge confesadamente la redacción del anteproyecto de LAURENT y las explicaciones del mismo, en el sentido de que se trató de un simple cambio de redacción, con relación al modelo del *Code*, sin que existiera intención de cambiar su sentido y que deudor de buena fe es el no doloso. DELGADO y otros, *Derecho de obligaciones*, cit., p. pp. 212 y 213.

²¹² CARRASCO, *Comentario al artículo 1.107*, cit. p. 724

²¹³ Este autor, después de pasar revista a la doctrina más relevante y de numerosas disquisiciones sobre el tema, termina concluyendo que la buena fe del artículo 1.107 quedaría definida en último término por un rasgo negativo, esto es, la ausencia de dolo. Agrega que la Jurisprudencia frecuentemente acude a la idea de que el deudor de buena fe es el que incumple por negligencia, pero que en el último tiempo, el Tribunal Supremo parece objetivar la responsabilidad del deudor, desvinculándola de la falta de diligencia y basándola en el riesgo propio de incumplir. DE ANGEL YAGUEZ, RICARDO, "*Análisis del artículo 1.107 del Código civil*", en *Comentario del código civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, pp. 56 y 57.

²¹⁴ La autora se remonta a DOMAT y advierte que existe un supuesto en que a pesar de no haber culpa el deudor responde, concretamente el vendedor de buena fe en caso de evicción. Concluye, en consecuencia, que **la buena fe implica ausencia de dolo, y comprende a la culpa pero no se limita a ella, pues comprende supuestos en los que se responde del caso fortuito**, como cualquier otro que no pueda reconducirse al dolo, independiente de que sea o no imputable al deudor. NAVAS, *El resarcimiento de daños* cit., pp. 1254 y 1257

²¹⁵ GÓMEZ, *Previsión de daños*, cit., p. 201 nota 17.

inclusión del propio negligente. Señala que en la expresión deudor de buena fe, se incluye no sólo al negligente, pero también a él, y da como argumentos una razón histórica —el Anteproyecto Belga fue un simple cambio de redacción del modelo francés—, y una lógica: de no ser así, surgiría la pregunta de donde se regula la responsabilidad de este deudor culposo²¹⁶.

Ante lo expresado por PANTALEÓN, surge la interrogante: ¿por qué preocuparse de justificar la inclusión del deudor negligente o culpable en el término buena fe? Si bien autores como BADOSA²¹⁷, en principio, parecen no tener inconvenientes en entremezclar los conceptos de culpa y buena fe, al punto de definir la primera como *la buena fe cualificada por la ilicitud*, la respuesta parece encontrarse en el hecho de que ***un sector doctrinal ha vislumbrado un problema en la conciliación de ambos términos***.

Como bien señala MONTÉS PENADÉS, si se entiende la culpa

²¹⁶PANTALEÓN, “El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)”, pp. 1025 y 1026.

²¹⁷ BADOSA, en su muy interesante y completa obra —aunque no siempre de fácil lectura y comprensión—, sobre la diligencia y la culpa del deudor, nos indica que la culpa es el fundamento de responsabilidad opuesta al dolo, es decir, la ausencia de una voluntad dirigida a contradecir y negar el vínculo jurídico. Situación que se confirma cuando se ve que el 1107 designa al deudor culposo como deudor de buena fe, lo que continúa siendo un calificativo de carácter subjetivo: la negación del dolo. En la tercera parte de su obra reitera que con esta expresión se subraya la nota psicológica esencial a la culpa que es la ausencia de dolo. Sin embargo, aquí aclara que **la expresión buena fe no coincide totalmente con la culpa, sino que tiene un significado más amplio ya que solo indica negación de dolo, sin ulterior caracterización, y la culpa es además ilicitud**. Luego, **la culpa es una buena fe cualificada por la ilicitud**. Añade que la expresión buena fe es sustancialmente equivalente a la regla general del Code y del proyecto de 1851 y ello nos indica la latitud con que debe ser interpretada. Por ello, el artículo 1107 párrafo primero no puede concebirse como un complemento o continuación del 1101, sino que tiene una función independiente y un ámbito de aplicación más extenso: El artículo 1101 se ocupa de los fundamentos normales de la obligación de indemnizar al deudor, dejando fuera los excepcionales sean pactados o legales (caso fortuito, evicción con buena fe). El 1107, por su parte, determina la extensión de la obligación de indemnizar y está redactado de modo que encuentren acomodo todos los posibles fundamentos de responsabilidad, por lo que su criterio de clasificación debe ser más simplificado, constituido sólo por dos apartados, según haya estado presente o ausente el dolo. **La buena fe describe esta ausencia de dolo en el hecho determinante del daño indemnizable con lo que abarca no solo la culpa negligencia, sino cualquier otro supuesto que no pueda reconducirse al dolo, independiente de que sea o no imputable al deudor**. “La culpa negligencia es pues, buena fe, en cuanto que siendo un fundamento de responsabilidad no es reconducible al dolo. Se diferencia de los otros que tampoco lo son: por su imputabilidad al deudor, se separa del caso fortuito y por su ilicitud (infracción de un deber jurídico) del artículo 1478, párrafo 5º pr.

Reitera que la utilización de la buena fe solo hace hincapié en un dato: la ausencia de dolo, que está implícito en la culpa del 1101 y 1103. Es la ambigüedad de la definición de culpa del 1104, lo que lleva a utilizar la buena fe para definir la culpa específicamente diferenciada del dolo. “*El término buena fe en materia de obligación y referida al deudor carece de contenido positivo en base al cual definirse*”. Ver. BADOSA COLL, FERRÁN, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real colegio de España, Bolonia, 1987, pp. 69 y 711 y ss.

como falta de diligencia, “*los conceptos de buena fe y culpa se repelen*”. Para su armonización, quedarían las siguientes tres vías de solución: entender la buena fe del 1107 como un mero estado psicológico o ignorancia de dañar un interés ajeno tutelado por el derecho, es decir, la llamada “*buena fe subjetiva*”; podría también superarse esta aparente antinomia concibiendo a la culpa en un sentido diferente al que normalmente se le da; y, finalmente, como última vía, estaría admitir que el deudor de buena fe del 1107 no puede ser culposo. MONTÉS rechaza la posibilidad de entenderla como un mero estado psicológico, porque la buena fe del 1107 solamente tiene el efecto de limitar la responsabilidad y no de liberar al deudor, que es el efecto propio de la buena fe subjetiva. Luego, en su opinión sólo quedarían las otras dos vías de solución antedichas²¹⁸.

Entre los que se inclinan por la vía de entender la culpa en un sentido diferente al que maneja la doctrina tradicional y, por ende, más conciliable con la expresión buena fe, encontramos a PANTALEÓN. Ya expresamos su opinión, manifestada en *El sistema*, en el sentido que en artículo 1107 párrafo primero comprende a todos los deudores no dolosos, e hicimos presente que su preocupación, a diferencia de los otros autores, es justificar la inclusión de los negligentes más que la de los otros deudores no dolosos en el mencionado párrafo. La parte de su argumentación que no expresó en dicho artículo se encuentra en su tesis doctoral, donde aclara que el deudor culposo que se comprende en el término buena fe del 1107 es el culposo en el sentido del Código civil, que no es igual al sentido subjetivo de la doctrina dominante.

Como cuestión previa a determinar el sentido de culpa que manejaría el Código civil, resulta útil consignar lo señalado también por PANTALEÓN sobre el fundamento de la responsabilidad contractual y extracontractual. En su opinión, el requisito de la previsibilidad de los perjuicios ocasionados por un incumplimiento contractual —limitación existente en todos los códigos seguidores del sistema latino—, presupone la

²¹⁸ MONTÉS PENADÉS, VICENTE, “*Sobre la responsabilidad del deudor de buena fe en el artículo 1.107 cc*”, en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Manujel Broseta Pont*, t. II, Tirant

idea de que ***el fundamento de la responsabilidad contractual es el contrato mismo***. En cambio, en la aquiliana —y en el caso de Alemania, en ambas responsabilidades—, sería la conducta dolosa o culposa del responsable ²¹⁹. Agrega que la diferencia de fundamento en el sistema francés —conducta dolosa o culposa en la extracontractual y el contrato mismo en la contractual—, determina que en los textos latinos la culpa no sea el presupuesto constitutivo de la obligación de indemnizar, sino el caso fortuito el presupuesto extintivo de dicha obligación²²⁰.

Volviendo a la concepción de la culpa, y la opinión que el Código civil, a lo menos en materia contractual, maneja una noción diferente al que la doctrina le atribuye tradicionalmente, debemos decir que tal afirmación, de ser cierta, plantea la necesidad de dar respuesta acerca de cuál sería el particular sentido en que ella está tomada. Como primer avance a esta interrogante, podemos decir que la noción que se tenga de culpa se encuentra íntimamente conectada con la concepción del caso fortuito.

Para explicar su planteamiento, PANTALEÓN parte formulando la siguiente pregunta: ¿es la no culpa del deudor el presupuesto extintivo de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual? “*En otras palabras, ¿es el caso fortuito establecido en el artículo 1105 del Código civil exactamente equivalente a no-culpa?*” Indica que la respuesta afirmativa es sin duda dominante en la doctrina, y también es evidente que el Código equipara caso fortuito a no culpa, como lo demuestra el artículo 1183. De lo anterior no manifiesta duda; pero aclara que el problema se centra en determinar si es la culpa del Código la culpa de la doctrina dominante, y si es el caso fortuito del Código el caso fortuito de la doctrina dominante.

Lo Blanch, Valencia, 1995, p. 2449

²¹⁹ PANTALEÓN en su exposición contraponen la responsabilidad contractual del los Código latinos, donde el fundamento —como se ha dicho—, es el contrato mismo, con el sistema alemán, donde la responsabilidad contractual se encuentra parificada con la aquiliana, y en ambas el fundamento es la conducta dolosa o culposa del responsable. En el desarrollo de estas ideas, hemos tomado base lo expresado por este autor en *Del concepto de daño*, cit., pp. 566 y ss.

²²⁰ En las páginas siguientes y a modo de conclusión, vuelve a reiterar sus postulados en el sentido que en la responsabilidad contractual, a diferencia de la extracontractual, la fuente de la obligación resarcitoria es el contrato mismo, y el acreedor no tiene que probar la culpa del deudor, sino que éste debe probar su no-

El artículo 1105 del código civil, en opinión del autor ya citado, sería susceptible de dos interpretaciones totalmente diferentes, según el momento al que la imprevisibilidad e inevitabilidad se refieran. Para la doctrina mayoritaria, es caso fortuito todo suceso que en el momento del acaecimiento se presenta como imprevisible y/o inevitable, es decir, el deudor solo responde cuando el suceso se presenta en el momento de su acaecimiento como previsible y evitable. Dicho de otra forma, “*el deudor sólo responde cuando es “culpable” en el sentido tradicional del término*”. La otra posición, es considerar al caso fortuito como el suceso que en el momento de la conclusión del contrato era imprevisible y/o inevitable. En este caso, el deudor responde del incumplimiento debido a sucesos que en el momento de contratar eran previsible y evitables²²¹.

Para PANTALEON, la segunda interpretación es la correcta, y lo funda en el hecho de que la fuente de la indemnización reside en el contrato mismo y es al momento de su conclusión al que hay que acudir no sólo para la determinación del *quantum respondeatur*, sino también para determinar los límites del *an respondeatur*. Agrega que es al momento del contrato en que las partes distribuyen los riesgos del incumplimiento y esta distribución no puede modificarse por el mero hecho de que en el momento de su acaecimiento el deudor no fuese buenamente capaz de prever o evitar un suceso inicialmente puesto de su cargo. Para reforzar esta última idea, formula la siguiente pregunta: “*¿por qué el cambio sobrevenido de circunstancias que hace imprevisible o inevitable lo que en el momento de contratar no lo era tiene que perjudicar al acreedor en contra del pacta sunt Servanda?*”²²².

culpa que equivale a caso fortuito. Ver *Del concepto de daño*, cit., pp. 616 y 617.

²²¹ Ibid., pp. 577 y 578.

²²² Se cuida de aclarar que lo anterior no significa una asunción ilimitada de riesgos, sino que se limita a los que atendido los fines y naturaleza del negocio debe soportar el deudor como riesgo normal del contrato.

Agrega también que la fórmula “*circunstancias que el deudor según las intenciones de las partes en el momento de conclusión del contrato estaba obligado a tomar en consideración o a evitar o superar*”, no debe ser malinterpretada en el sentido de considerarla equivalente a culpa. “*Es claro que debe afirmarse la responsabilidad por riesgo del vendedor, cuando, en el momento de la conclusión del contrato, ha sobrestimado sus posibilidades de realizar la entrega, lo que dicho sea de paso no sería culpa en la ejecución del contrato*”. De igual forma, debe afirmarse su responsabilidad cuando pueda

Resume nuestro autor todo lo anterior, indicando que existe culpa en el sentido del código civil —distinto de la doctrina—, y no caso fortuito, cuando el incumplimiento se debe a sucesos que eran previsibles y evitables al momento de celebración del contrato, y “le era exigible impedir o superar”. Por tanto, **“el hecho de que el deudor haya empleado todo el cuidado en la ejecución del contrato no basta para exonerarle de aquellos contratiempos que estaba a su cargo evitar o superar”**²²³.

Si hemos entendido bien a PANTALEÓN, podemos decir que en su opinión sólo se estiman casos fortuitos los sucesos que al momento de la celebrar el contrato aparecían como imprevisibles e inevitables. A la inversa, existirá culpa, a lo menos según el Código civil, en aquellos sucesos que sólo con posterioridad a la conclusión del contrato se vuelven imprevisibles o inevitables. Luego, se puede ser todo lo diligente que se quiera y de todas maneras estar en culpa por incumplimiento mientras no concorra un hecho que conforme a lo ya dicho pueda ser calificado de caso fortuito. De esta forma, **la culpa es plenamente conciliable con diligencia y con buena fe, porque en el incumplimiento contractual el obrar diligentemente no exonera de culpa al deudor**²²⁴.

PANTALEÓN en principio, y como vía para superar la antinomia buena fe – culpa, estima que el deudor de buena fe puede ser culposo. De hecho, sostiene que en la expresión deudor de buena fe debe incluirse al

hablarse de “culpa de planificación” o de “culpa por el fallido tratamiento de sobrevenidos obstáculos a la entrega”; pero lo anterior nada tiene que ver con el punto de vista de la culpa. El vendedor se ha comprometido a entregar la mercancía y debe por tanto responder de la palabra dada. “Esa garantía, en la que el comprador ha de confiar, sólo decae cuando surgen obstáculos con los que el vendedor no tenía que contar” *Del concepto de daño*, p.582.

²²³ PANTALEÓN, *Del concepto de daño*, cit., pp. 582, 583 y nota 64 de la tercera parte, página 791 y ss. En nota 64, ya aludida, el autor se pregunta por qué el código habló de deudor de buena fe y no directamente de culposo; propone como explicación que se incluye no solo al deudor culposos (en el sentido del código civil), sino también al que ha originado al incumplimiento por hecho propio.

²²⁴ Como precisión a lo señalado, podemos decir que todo hecho nuevo que surge con posterioridad al contrato, es de cargo del deudor, y el incumplimiento debido a él será siempre culpable, aunque sea en sí imprevisible e inevitable.. Así por ejemplo si se acuerda vender un producto y después del acuerdo la autoridad determina su absoluta in comerciabilidad, el incumplimiento es culpable y no fortuito. En cambio, si la prohibición de venta se declara en el momento de la celebración del convenio, estaríamos ante un caso fortuito. Pero también resulta evidente que de esta forma se restringe considerablemente el campo de acción del caso fortuito, pues en la generalidad de los casos lo que impedirá el incumplimiento son hechos posteriores y no las coetáneos o anteriores a la celebración del contrato.

culposo. Sin embargo, atendida la idea de culpa que en su opinión maneja el Código civil—diferente al de la doctrina—, se aprecia en su planteamiento una concepción objetiva de la responsabilidad contractual, donde se prescinde de la culpa o negligencia del deudor para configurar la obligación resarcitoria. En efecto, al no ser la culpa el fundamento de la responsabilidad contractual, pierde todo interés determinar si en la expresión deudor de buena fe se incluye al deudor culposo, porque por mucho que se diga que se le incluye, lo importante es que incumplidor responderá al margen y con independencia de toda culpa.

La opinión que tiene DIEZ-PICAZO sobre la expresión del deudor de buena fe, vertida en su libro *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, no la da al momento de tratar la indemnización de los daños contractuales, como la mayoría de la doctrina, sino que lo hace al estudiar la imputación de la lesión del derecho de crédito; específicamente, la da al estudiar los regímenes especiales de responsabilidad del deudor, bajo el epígrafe *La figura del llamado deudor de buena fe en relación con el problema de la responsabilidad contractual*.

Comienza indicando que la expresión del artículo 1.107 no se concilia bien con el sistema de responsabilidad fundado exclusivamente en la culpa. Agrega que puede pensarse que se refiere al deudor que no actúa con dolo, y como el sistema de responsabilidad se funda en la culpa, no queda otra solución que equipararlo con el deudor culpable por negligencia. Resulta, de esta forma, paradójico y extraño que un deudor que por hipótesis tiene que ser culpable, sea calificado de buena fe, ya que se estima que es tal quien se ajusta en su conducta a los contenidos o cánones éticos. En todo caso, aclara que la buena fe no es un criterio para liberar de responsabilidad, sino simplemente para limitarlo, y acude a los antecedentes históricos, específicamente a los ejemplos de POTHIER, donde se hacía responder de los daños previsibles al vendedor pese a la buena fe de su parte. Recalca también que la expresión buena fe no se encontraba en el proyecto de GARCÍA GOYENA y que se incluyó por primera vez en el proyecto de 1882-

1888, por influencia del anteproyecto de LAURENT, y esta modificación, en su opinión, debe tener algún sentido.

Termina concluyendo que es claro de que se trata de establecer la limitación de los daños previsibles a favor de todo deudor que no haya sido doloso; pero también es evidente el hecho de que el código está admitiendo una responsabilidad a los deudores de buena fe, y si bien esta norma no puede servir de pauta para resolver el problema del principio general de la responsabilidad contractual, para él es un índice muy importante, respecto a que los deudores de buena fe pueden, por lo menos en ocasiones, responder²²⁵.

Nos hemos extendido en la opinión del autor, para dejar en claro que no se opone a la doctrina mayoritaria, que postulaba que los deudores de buena fe son los no dolosos y debe incluirse dentro de ellos también a los culpables. No efectúa una oposición frontal y expresa a tal planteamiento, sino que sobre la base del artículo 1.107 párrafo primero, razona el problema del fundamento de la responsabilidad contractual, para concluir que esta expresión es un antecedente de que en el sistema español la responsabilidad contractual no se funda exclusivamente en la culpa, y existen casos en los cuales se debe responder sin culpa²²⁶.

A modo de resumen, podemos decir que actualmente la doctrina coincide en que bajo la expresión deudor de buena fe deben cobijarse todos los supuestos de responsabilidad diferente al dolo. La diferencia empieza al momento de decidir cuáles son dichos supuestos. Para algunos solamente la culpa; para otros la culpa y demás supuestos de responsabilidad sin culpa que impliquen la responsabilidad del incumplidor; para otros, en fin, la expresión en cuestión tal vez está indicando que la responsabilidad contractual es objetiva. Sobre este último aspecto, nos referiremos a continuación.

²²⁵ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*, v. II, Civitas, 5ª edic., Madrid, pp. 587 y 588.

²²⁶ En todo caso, hacemos presente que nos hemos valido de la quinta edición de sus *Fundamentos* y pueden existir variaciones con las ediciones anteriores.

III.- RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR DE BUENA FE.

1.- NATURALEZA OBJETIVA O SUBJETIVA DE SU RESPONSABILIDAD.

Podemos ver que la doctrina pasa de identificar en un principio al deudor de buena fe con el deudor culposo, para terminar incluyendo a todos los supuestos del incumplimiento imputables distintos al dolo. Asimismo, ha pasado de preocuparse por fundar la inclusión de supuestos distintos a la culpa en el término buena fe, a preocuparse por justificar, precisamente, los que en un primer momento parecían los destinatarios naturales del término: los incumplidores culposos. Finalmente, con PANTALEÓN y DIEZ PICAZO se transita hacia otro tema: el fundamento de la responsabilidad, es decir, se cuestiona el papel mismo de la culpa en la responsabilidad contractual, y se llega a considerar una concepción más bien objetiva de la responsabilidad contractual.

Como ya indicamos, PANTALEÓN expresa que el fundamento de la obligación resarcitoria es el contrato mismo y no la conducta dolosa o culposa del deudor. Réstanos indicar que en opinión de este autor —y en concordancia con sus postulados—, el hecho propio es un criterio general de responsabilidad contractual, y debe considerarse para los efectos del artículo 1107 como deudor de buena fe. Sin embargo, en base a lo establecido en el artículo artículo 1778, limita la responsabilidad por hecho propio solo a los contratos onerosos²²⁷. DIEZ-PICAZO, por su parte, también cuestiona a la culpa como el fundamento, aunque más a modo de reflexión que de certeza.

²²⁷ PANTALEÓN indica que se considera *hecho propio* “la conducta del deudor que provoca el incumplimiento y que habría de calificarse de “dolo”, sino fuera porque en el momento de realizarla era

Pero no se piense que éstos son los únicos autores que han puesto en duda el fundamento de la culpa en la responsabilidad contractual, o que el desarrollo de esta doctrina es de fecha reciente. Por el contrario, en España existe una importante corriente doctrinal que desde hace ya cinco décadas vienen cuestionando el dogma de que “no hay responsabilidad sin culpa” en materia contractual. En un comienzo, el criterio de la culpa es rechazado únicamente en la prestación del equivalente pecuniario o *aestimatio rei*. Con posterioridad, también se pone en entredicho su papel en la obligación *resarcitoria* propiamente tal, *id quod interest* o daños ulteriores, como también se le denomina.

Sin duda, el cuestionamiento de la culpa en la indemnización de perjuicios contractuales, tiene como punto de partida en la doctrina española a PUIG BRUTAU²²⁸, quien debe ser considerado el precursor en esta materia. Parte el autor planteando una interrogante que atraviesa toda su exposición: **¿a qué obliga el contrato?** Su primera respuesta —que resulta casi obvia— es que obliga a la prestación debida, la que en el Derecho continental debe cumplirse en forma específica (aunque sus textos se han olvidado de señalarlo expresamente). Si no existe cumplimiento voluntario y no es tampoco posible obtener su cumplimiento específico en forma forzada, procederá en este caso el equivalente económico de la propia prestación debida.

Ante la falta de cumplimiento voluntario —continúa el autor citado—, la realización forzosa de la prestación puede obtenerse de dos maneras diferentes: proporcionando la misma prestación debida o proporcionando un equivalente pecuniario del mismo interés. Cuando el equivalente pecuniario reemplaza el cumplimiento en especie, la prestación debida va a quedar mezclada y confundida con los demás daños y perjuicios que haya

incapaz de querer (no tratándose de una incapacidad transitoria autoprovocada), o desconocía (excusablemente) su condición de deudor”. Ver “El sistema de responsabilidad contractual”, cit., pp. 1056 y 1057, y Del concepto de daño, cit., pp. 710 y ss.

²²⁸ Sus ideas sobre la materia son expuestas fundamentalmente en su *Comentario final del traductor* a la obra de FULLER, LON y PERDUE, WILLIAM, *Indemnización de los daños contractuales y protección de confianza*, Barcelona, Bosch, 1957, pp. 146 y ss. También puede consultarse del mismo autor sus *Fundamentos de Derecho civil*, Barcelona, I., vol. 2, Bosch, 1988, pp. 424 y ss. y 442 y ss.

ocasionado el incumplimiento en el patrimonio del acreedor. En tal supuesto, debe tenerse presente la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha señalado: “*el incumplimiento de una obligación no es suficiente para que se imponga la condena de indemnizar daños y perjuicios*”²²⁹. Entonces, se pregunta: “*a qué vinculará el contrato, por sí solo, si al sobrevenir el incumplimiento no deja automáticamente fundada la obligación de indemnizar el interés del acreedor en la prestación esperada*”²³⁰.

De todo lo relacionado, tenemos que cuando el contrato se ha perfeccionado obliga al cumplimiento de la prestación, independiente de que exista o no culpa por parte del obligado, y lo único que excusará su incumplimiento es el caso fortuito o fuerza mayor, y ello es así tanto si se cumple voluntariamente, como si se pide judicialmente la ejecución forzada del cumplimiento. Pero cuando se solicita judicialmente ya no el cumplimiento en especie, sino su equivalente pecuniario, cobra importancia la afirmación del Tribunal Supremo de que no basta el mero incumplimiento para que se condene a la indemnización de daños. Luego, ya no procede el automatismo del supuesto en que se demanda forzosamente el cumplimiento en especie, pues ahora se exige la demostración de culpa del obligado junto a la acreditación de la existencia de daños y perjuicios y relación de causalidad²³¹, y con ello queda volatilizada buena parte de la fuerza vinculante del contrato.

Señala PUIG BRUTAU que la fuerza vinculante del contrato puede quedar proclamada en atención a una de estas dos posibilidades: estimar que el responsable responderá en todo caso, salvo fuerza mayor o caso fortuito, o considerar que solo se responde si el incumplimiento se califica como un acto injusto que causa daños y perjuicios efectivos. Agrega que la reiterada jurisprudencia que proclama que el incumplimiento de una obligación no es

²²⁹ Hacemos presente que PUIG BRUTAU cuida de precisar que muchas veces se realiza un análisis superficial de la jurisprudencia, atendiendo solamente a ciertas afirmaciones generales contenidas en los *considerandos*, y que para los efectos de su exposición en un primer momento va incurrir precisamente en este defecto. Ver *Comentario*, cit., p. 150.

²³⁰ *Ibid.*, p. 152.

²³¹ Aclara PUIG BRUTAU que en realidad no es la Jurisprudencia sino quienes la invocan los que llegan a esta conclusión sin discernir las circunstancias del caso y al defecto de convertirse en un autómatas de las teorías, limitándose a combinar expresiones maquinalmente aprendidas y utilizando las generalizaciones doctrinales contenidas en los *considerandos* de los fallos. *Ibid.*, pp. 152 y 162

suficiente para imponer condena por daños y perjuicios, es acertada en los casos en que se pide el cumplimiento y además indemnización de perjuicios; *pero el rigor de esta doctrina no es acertada en los casos en que la indemnización se solicita como equivalente pecuniario de la falta de prestación debida.*

En este último caso se trataría de un daño evidente que por ser *in re ipsa* deriva de la falta de prestación debida, bastando el no cumplimiento del contrato para que del propio contrato resulte acreditada la procedencia de la indemnización. *“Es más justo entender que la misma fuerza obligatoria del contrato impulsa a esta consumación sin necesidad de demostrar la concurrencia de los expresados requisitos (culpa y efectivo perjuicio). Pero, entonces, si no resulta posible el cumplimiento específico de la obligación debida, sin que por otra parte medie causa que exima al deudor (art. 1.105), hay que preguntar por qué razón al quedar transformado el mismo interés en un equivalente pecuniario, hace falta demostrar la culpa, el quebranto y el enlace causal”²³².*

De todo lo expuesto, resulta claro que en el caso de incumplimiento contractual, PUIG BRUTAU distingue entre la indemnización de perjuicios que representa el equivalente pecuniario de la prestación debida, o daño *in re ipsa*, y los demás perjuicios resultantes del incumplimiento. En su opinión, exigir culpa, perjuicio y relación de causalidad sólo sería procedente respecto a la segunda clase de daños, y no para la primera; porque en caso contrario —como tanta veces se pregunta en su exposición— ¿a qué obligaría el contrato?

En consecuencia, nos dice el autor ya citado, ha sido la excesiva generalidad del artículo 1.101, como de la interpretación doctrinal y jurisprudencial, la que ha impedido la adecuada distinción entre el equivalente económico y la indemnización de los posibles beneficios frustrados; circunstancia que ha dado lugar a que se incurra inconscientemente en la contradicción de estimar que cuando es posible el cumplimiento en especie mediante ejecución forzada —o cumplimiento voluntario, evidentemente—, no

se requiere culpa, y, por el contrario, cuando la obligación asumida queda convertida en una suma de dinero representativa de una indemnización, el mero incumplimiento no basta.

De todo lo expuesto, queda claro que PUIG BRUTAU considera que *bajo el concepto de daños y perjuicios provocados por el incumplimiento contractual quedan mezclados y confundidos dos conceptos diferentes*: el equivalente pecuniario de la prestación debida, que al no ser posible su cumplimiento en especie se transforma en la obligación de indemnizar perjuicios, calificado como un daño *in re ipsa*, y los perjuicios que resulten o puedan resultar de la repercusión del incumplimiento en el patrimonio del deudor. Para el resarcimiento de los primeros —los *in re ipsa*— basta el mero incumplimiento, por lo que no se exige culpa —como tampoco la acreditación del perjuicio y la relación de causalidad—, siendo en consecuencia la responsabilidad en este caso sin culpa o de naturaleza objetiva. Para los segundos, por el contrario, si se requeriría culpa y los demás elementos indicados, siendo la responsabilidad de tipo subjetiva.

Siguen en líneas generales el planteamiento de PUIG BRUTAU varios autores, entre otros, PINTO RUIZ²³³, TORRALBA SORIANO, DIEZ PICAZO —en las primeras ediciones de sus *Fundamentos*—,²³⁴ e YZQUIERDO TOLZADA en la edición de 1993 de su obra *Responsabilidad*

²³² Ibid., p. 158

²³³ “La jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la indemnización de daños y perjuicios durante el año 1957”, *R. J. Cat.*, 1958, pp. 204 y ss., e “Incumplimiento de las obligaciones civiles”, *R. J. Cat.*, 1964. Este autor sigue la posición de a PUIG BRUTAU; pero entabla una equivocación terminológica que será adoptada por sucesivos autores, consistente en llamar al equivalente pecuniario *id quod interest*.

²³⁴ Resúmenes y comentarios sobre la exposición de estos y otros autores puede encontrarse en las obras de LLAMAS POMBO, EUGENIO, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor. Entre la aestimatio rei y el id quod interest*, 1ª edición, Madrid, Trivium, 1999, pp. 61 y ss, y PANTALEÓN, *Del concepto de daño*, cit., pp. 595 y ss. Hacemos presente que la exposición de estos autores se realiza a propósito de la posición que se tenga sobre la autonomía o no del equivalente pecuniario en el Derecho español en relación con la indemnización de perjuicios. Tema que se entrelaza con el de la responsabilidad objetiva; pero que no es coincidente con él ni tiene que significar que los partidarios de la autonomía del equivalente propugnen la responsabilidad contractual objetiva, y los que sostengan el concepto integral del *id quod interest* estén por la naturaleza subjetiva de la responsabilidad contractual. Así, por ejemplo, PUIG BRUTAU, precursor en el Derecho español de la distinción entre equivalente pecuniario e *id quod interest* mantiene la concepción subjetiva para estos últimos, y PANTALEÓN por su parte, partidario de la concepción integral de la indemnización de daños, mantiene una concepción objetiva.

contractual y extracontractual, la cual es objeto de ciertas rectificaciones de terminología en su *Sistema de responsabilidad* del año 2001²³⁵.

La tesis expuesta —consistente en distinguir dos partidas de daños: equivalente pecuniario y los demás daños—, representa la primera etapa en la objetivación de la responsabilidad contractual, porque para la indemnización de los llamados daños ulteriores se sigue exigiendo la culpa. En verdad, la indemnización de perjuicios contractuales propiamente tal sigue siendo de naturaleza subjetiva, por cuanto el equivalente pecuniario, *aestimatio rei*, daño *in re ipsa* o daño mínimo, no son otra cosa que el equivalente pecuniario de la prestación debida y si es prestación debida, no es daño indemnizable²³⁶.

Esta Concepción objetiva de la responsabilidad contractual ha ido evolucionando a lo que podemos denominar **una segunda fase o etapa**, en el sentido de estimar que el incumplidor de un contrato responde con prescindencia de toda culpa no solamente en lo que se refiere al equivalente pecuniario, sino también a todos los daños y perjuicios que el incumplimiento haya ocasionado al acreedor. Expresadas ya las opiniones de DIEZ PICAZO y PANTALEÓN, queda por mencionar a uno de los principales

²³⁵ YZQUIERDO distingue claramente los conceptos de equivalente pecuniario e indemnización de perjuicios, y aclara expresamente que el primero no tiene naturaleza resarcitoria. Indica en su *Sistema de responsabilidad*, edición 2001, cit., pp. 118 y ss., que en un sentido amplio, la responsabilidad del deudor por el incumplimiento de sus obligaciones implica hablar de los **efectos que tal incumplimiento puede causar en su patrimonio**. Pero a este concepto amplio deben realizarse **acotaciones**, ya que ante un incumplimiento contractual en que no existe imposibilidad definitiva, se podrá intentar **cumplimiento in natura mediante la ejecución forzosa** (artículos 1096, 1098, 1099 del Código civil). Si la prestación ya no es objetivamente posible, no le sirve al acreedor o no es viable el cumplimiento in natura, **se pedirá de manera subsidiaria el equivalente pecuniario o *aestimatio rei***, que no es una nueva obligación, sino una transformación del objeto de la primitivamente asumida. **No es que esta se extinga y nazca una nueva, sino que la primera se perpetua**, como lo demuestra el 1182 que sólo proclama la extinción de la obligación cuando la prestación se hace imposible por causa no imputable al deudor.

Como el acreedor puede haber sufrido otros daños, el sistema le proporciona **el remedio del resarcimiento de daños y perjuicios**, como lo dice el 1096 para las obligaciones de dar, en que se puede exigir al deudor a que realice la entrega independientemente del derecho a ser indemnizado.

En consecuencia, **“*aestimatio rei*” e indemnización, son conceptos que deben separarse con nitidez**, ya que tanto el incumplimiento in natura como la *aestimatio* no son reparación del daño. No son medios de tutela del crédito que tengan que ver en sentido técnico con la responsabilidad contractual. Pero ambas son compatibles con la acción resarcitoria que *sí es una nueva obligación*, a pesar de conservar puntos en común con las anteriores.

El autor aprovecha también en esta edición de **rectificar la denominación de *id quod interest*** que daba al equivalente pecuniario en su obra del año 1993.

²³⁶ Como lo indica claramente YZQUIERDO TOLZADA, según se analizó en nota anterior.

exponentes de la concepción objetiva de la responsabilidad contractual en el Derecho español. Nos referimos al profesor JORDANO FRAGA.

En opinión de este último autor, ante un incumplimiento contractual el deudor no queda liberado con la prueba de la ausencia de culpa. Para conseguir tal objetivo, el deudor deberá acreditar el caso fortuito en sentido amplio, con sus dos elementos: la imposibilidad sobrevenida de la prestación y la ausencia de culpa del deudor (caso fortuito en sentido estricto). Luego, el caso fortuito es un hecho complejo que produce un doble efecto: la liberación del deudor y la extinción de la prestación. En consecuencia, ***el deudor responde por el simple hecho del incumplimiento —no es necesario que esté en culpa— y para excluir responsabilidad debe dar la prueba del caso fortuito en sentido amplio, que lo libera porque produce la extinción de la obligación***, es decir, la prueba liberatoria del caso fortuito es simultáneamente causa de extinción de la obligación²³⁷.

²³⁷ JORDANO FRAGA, FRANCISCO, *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, pp. 78 y 79, 100 y 230 y ss., señala que **no es cuestionable la distinción entre el plano material del incumplimiento y el juicio de responsabilidad** (o plano de la imputabilidad, como también se le conoce). **Lo cuestionable es que en el juicio de responsabilidad, la culpa tenga el papel decisorio que tradicionalmente se le asigna, como límite (ausencia de culpa) y fundamento (culpa) de la responsabilidad contractual.** Agrega que el cuestionamiento de que la culpa es el criterio que sirve para distinguir entre incumplimiento imputable y no imputable, lo demuestra el aumento de las consecuencias del incumplimiento no culpable o no imputable (incluso reconocido por los propios defensores de la culpa). Así, se afirma la necesidad de la culpa en sentido amplio (culpa o dolo) para el resarcimiento de los daños y no se exige para una serie de medios de tutela, tales como la ejecución forzosa o resolución del contrato, en los que basta el simple incumplimiento.

Para el autor no es aceptable esta distinción, pues “no hay precepto que autorice a pensar en las separación en sus presupuestos de las consecuencias del incumplimiento, según se trate del *id quod interest* —estimamos que se refiere más bien a la *aestimatio rei*—, o de los daños ulteriores, mientras que sí lo hay para pensar lo contrario (cfr. art. 1106 del Cc). Ambas son consecuencias de la subsistencia, a falta de exacto cumplimiento, de la obligación, y la primera, además, de la imposibilidad (no liberatoria) de la prestación originaria”.

El punto de partida de la exposición de su doctrina podemos situarla en el artículo 1101 del Código civil. De su lectura —nos dice— emerge con claridad la regla general de responsabilidad: el deudor que incumple su obligación resulta responsable. De esta forma, la responsabilidad se conecta indirectamente con el incumplimiento que se describe objetivamente, es decir, desprovisto de atributo subjetivo, y junto a la cláusula general que comprende cualquier incumplimiento (cualquier contravención de la obligación), existe una enumeración ejemplificativa en las que se citan el dolo la negligencia y la morosidad. Luego, el dolo y culpa no son equivalentes al incumplimiento, sino que éste es una expresión más amplia que los engloba.

Junto a la regla de responsabilidad del artículo 1101, tenemos **la regla de exoneración** contenida en los artículos 1105 y 1182 y que permite al deudor liberarse aún en presencia de la insatisfacción del acreedor. **Ambas normas se refieren a una misma institución** (caso fortuito, la prueba liberatoria), **aunque contemplada en sus dos efectos simultáneos: exoneratorio de responsabilidad contractual y extintivo de la obligación**; lo que explica la regulación de cada uno de ellas en su sede sistemática propia

(reglas de responsabilidad, y causas de extinción de las obligaciones respectivamente). Pero esta doble regulación no debe hacer olvidar **la inseparabilidad de ambos efectos**: si el deudor no responde a pesar de la insatisfacción del acreedor al dar la prueba del caso fortuito (prueba liberatoria), es porque con ella la obligación simultáneamente se extingue.

La prueba Liberatoria del deudor (caso fortuito en sentido amplio) **comprende 2 elementos**: la imposibilidad sobrevenida de la prestación y la ausencia de culpa del deudor (caso fortuito en sentido estricto). Luego, únicamente el caso fortuito en sentido estricto puede considerarse igual a no culpa, y la exigencia del caso fortuito en sentido amplio como prueba liberatoria, permite explicar que la mera ausencia de culpa no basta para liberar al deudor mientras la prestación sea posible.

La conexión entre el efecto liberatorio (1105) y extintivo (1182) de la prueba liberatoria (caso fortuito en sentido amplio) ha sido también establecida por la doctrina española, aunque sin ser consciente de las razones de fondo a que obedece y no siempre coherente con los presupuestos de la teoría de la culpa que se quiere ver en el código civil. Del mismo modo, resulta pacífica la total equiparación o asimilación entre la fórmula positiva del caso fortuito contenida en el 1105 y la negativa contenida en el 1182, y con ello se reconoce el doble efecto extintivo liberatorio del caso fortuito.

Identificar la prueba liberatoria con la imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa no imputable al deudor, permite poner de manifiesto dos cuestiones: **en primer lugar**, la incidencia del hecho liberatorio (imposibilidad sobrevenida de cumplir) sobre el contenido de la obligación (prestación) y no sobre otros elementos de la obligación; y **en segundo lugar**, que es necesario que la imposibilidad derive de una causa no imputable, la que se identifica positivamente en el 1105 como su inevitabilidad (que prevalece sobre la imprevisibilidad), y negativamente en el 1182, como ausencia de culpa y mora. Adviértase que **la imputabilidad no es al incumplimiento, sino a la causa que origina la imposibilidad sobrevenida**.

El hecho exoneratorio aparece como un hecho complejo, en el que junto a un elemento objetivo, figura otro subjetivo y sólo la verificación conjunta de ambos produce la liberación del deudor. De este modo **opera una perfecta simetría entre exoneración y responsabilidad**, y la no concurrencia del hecho liberatorio se traduce en responsabilidad, incumplimiento. Las reglas de exoneración (1105, 1182) son por ello al mismo tiempo reglas de responsabilidad a *contrario sensu*.

El deudor responde por el simple hecho del incumplimiento y para excluir responsabilidad debe dar la prueba de la imposibilidad liberatoria con sus dos elementos (objetivo y subjetivo), que es liberatoria porque produce la extinción de la obligación, por ello la prueba liberatoria es simultáneamente causa de extinción de la obligación.

De esta forma, el doble efecto de la imposibilidad liberatoria, extintivo y exoneratorio, resultan perfectamente armonizables, tiene el mismo contenido y se explican el primero por el segundo, por lo que la conexión sistemática entra ambos persiste en el código civil a pesar de la omisión en sede de responsabilidad contractual del elemento objetivo (art. 1105 del Código civil), que obedece a razones históricas de querer privilegiar el elemento subjetivo (ausencia de culpa, caso fortuito en sentido estricto), produciéndose al igual que en la culpa una discordancia legislativa entre la consideración del caso fortuito en sede extinción (art. 1182, con sus dos elementos) y en el de la liberación del deudor (limitado a la ausencia de culpa). La consideración de las razones históricas así como la conciencia de ser el mismo hecho liberatorio, permite superar la omisión.

En resumen. El 1101 se refiere al incumplimiento en sentido material, y la mención de la negligencia se explica como defectuosidad en el cumplimiento de la obligación de actividad. En cambio la mención del dolo es equivocada porque no es una forma de materializar el incumplimiento, sino un criterio de agravación de responsabilidad, por lo que no pertenece al plano de la materialidad del incumplimiento, sino al de la imputabilidad.

Pero no basta la materialidad del incumplimiento, y es necesario saber si es o no justificado. En este segundo plano rigen los artículos 1105 y 1182. El deudor responde en tanto la obligación subsista y deja de responder cuando demuestra que la obligación se ha extinguido por sobrevenida imposibilidad de la prestación a él no imputable, y todo cuanto no sea liberación es incumplimiento, por lo que la relación entre responsabilidad (incumplimiento) y exoneración (extinción de la obligación) resulta perfecta. Junto a las reglas de responsabilidad exoneración se encuentra una regla probatoria (1183) que hace recaer sobre el deudor la carga de la prueba liberatoria, y la conexión sistemática entre exoneración y extinción permite explicar el artículo 1183 como regla general de la prueba de la carga liberatoria, establecida al regular uno de sus efectos, pero aplicable al otro (exoneratorio en sede de responsabilidad contractual).

No nos podemos extender sobre la evolución de la responsabilidad contractual hacía una orientación de naturaleza objetiva. Simplemente diremos que cada vez es mayor la influencia del sector doctrinal que, con distintos argumentos, considera de naturaleza objetiva la responsabilidad contractual, o por lo menos no es la culpa su exclusivo y único fundamento, corriente de la que también se ha hecho eco la jurisprudencia de los últimos años, como veremos enseguida.

Pero también es posible encontrar una posición intermedia, que sin abandonar del todo la concepción subjetiva de la responsabilidad contractual, tiende a restringir su campo de aplicación, mediante la distinción entre obligaciones de medios y de resultado. En este sentido, YZQUIERDO distingue el cumplimiento por equivalencia o *aestimatio rei* del *id quod interest*, y al tratar los segundos, como modo de justificar la expresión deudor de buena fe en la responsabilidad contractual (indiciario de otros factores de atribución de la responsabilidad distintos de la culpa), expresa que en materia de indemnización de perjuicios debe distinguirse entre las obligaciones de medio y las de resultado. En las primeras, sólo puede existir cumplimiento o incumplimiento culpable. En las segundas, puede además existir incumplimiento con ausencia de culpa, y de todas maneras el deudor

El 1101 sienta en primer lugar una regla general de responsabilidad, el deudor en principio responde. **En segundo lugar, una regla probatoria**: al acreedor le basta probar la falta o inexactitud del resultado debido. Concordante con lo anterior, en conformidad a los artículos 1105 y 1182, en comparación con el 1101, todos del Código civil, se desprende que el deudor, a su vez, puede excluir la relevancia de la prueba de la materialidad del incumplimiento probando que la obligación se ha extinguido por la imposibilidad liberatoria. De ello se concluye que ***la determinación definitiva del incumplimiento es un riesgo del deudor y no del acreedor al que le basta probar la materialidad del incumplimiento.***

Como observación final, JORDANO FRAGA aclara que *mientras la diligencia subsista como criterio general de imputación, la responsabilidad contractual no será plenamente objetiva, pero la culpa como criterio de imputación no determina la responsabilidad sino mediatamente, en la medida que determina la presencia o ausencia del hecho exoneratorio*, y por tanto la presencia o ausencia del incumplimiento.

incumplidor responderá, salvo que prueba caso fortuito²³⁸. En consecuencia, sostiene una responsabilidad subjetiva para las de medio, y una de naturaleza más bien objetiva para las de resultado. De esta forma, atribuye al deudor de buena fe del 1107 una responsabilidad de naturaleza objetiva, aunque sea en forma parcial²³⁹.

²³⁸ YZQUIERDO TOLSADA, para justificar la inclusión del deudor de buena fe en materia de responsabilidad contractual, dice que se debe distinguir entre obligaciones de medios y resultados. En las primeras, al ser obligaciones de diligencias, sólo caben dos posibilidades, o existe cumplimiento o existe incumplimiento culpable o negligente. En las de resultado, puede además existir incumplimiento con ausencia de culpa (de buena fe), en que de todas maneras se responde, salvo que se acredite caso fortuito.

Como consecuencia de la distinción según la naturaleza de la obligación incumplida y la descripción del 1107, en su obra *Sistema de responsabilidad* realiza la siguiente descripción de las situaciones que pueden darse:

a) En el párrafo primero del artículo 1107 se comprenden los casos de incumplimiento no doloso, esto es, al deudor negligente de aquellas obligaciones en las que el factor de atribución sea subjetivo (obligaciones de medios), y también al deudor de una obligación de resultado que no logre demostrar una causa ajena exoneradora (responsabilidad contractual objetiva).

b) El que incumple voluntariamente, ya sea deudor de una actividad diligente, ya de una prestación de resultado, responderá de los daños *que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación*” (artículo 1107-2).

c) Responderá en los términos previstos por la ley, o por el pacto, y no por el artículo 1107 (y dentro del ámbito de la excepción con la que comienza el artículo 1105), el deudor que haya asumido excepcionalmente el caso fortuito (vgr., artículos 1745, 1777 o 1784).

d) El deudor que incumple a pesar de haber actuado diligentemente, no responderá si su obligación era de medios: la diligencia es aquí cumplimiento. Pero si su obligación era de resultado, entonces no le bastará haber “ajustado su conducta enteramente a los cánones o a los criterios éticos imperantes”: o demuestra la prueba del caso fortuito (con lo que no responderá, no por haber cumplimiento, sino por darse un incumplimiento inimputable), o tendrá que responder. Para más antecedentes, ver *Comentario del artículo 1.107*, cit., p. 852, y *Sistema de responsabilidad*, cit., pp. 247 y 248.

²³⁹ La observación que podríamos formular a lo expuesto por YZQUIERDO es el hecho de no distinguirse con la claridad deseada que en las obligaciones de medios la diligencia cumple una doble función: como materialidad del cumplimiento y como elemento de la prueba liberatoria del incumplimiento. La diligencia constituye la materialidad del cumplimiento: probando la diligencia debida, prueba el cumplimiento, y es un elemento integrante de la prueba exoneratoria de responsabilidad. En consecuencia, establecida la materialidad del incumplimiento —falta de diligencia debida—, el deudor puede exonerarse si prueba la imposibilidad liberatoria, hecho complejo que se integra con la falta de imputabilidad del deudor, vale decir, su ausencia de culpa en la imposibilidad de cumplir.

En contra de esta coexistencia o sistema mixto de responsabilidad, JORDANO señala que es erróneo pensar que la distinción entre obligaciones de medio y resultado rompe el sistema de responsabilidad en dos campos: el de la norma de diligencia por un lado y el de los artículos 1105-1182, 1184 por el otro, en que para liberarse de las obligaciones de medios bastaría probar la ausencia de culpa y en las de resultado la imposibilidad sobrevenida. Y es erróneo porque el límite de la responsabilidad contractual es siempre la imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa no imputable al deudor. El deudor de una prestación de diligencia se libera probando la prestación de la diligencia debida, no porque las reglas de liberación responsabilidad sean distintas, sino porque probando la diligencia, prueba que ha cumplido, y con ello se excluye el incumplimiento y la responsabilidad. **Las diferencias entre ambas obligaciones no está en las reglas de liberación, sino en el contenido de la obligación.** En consecuencia, **en las obligaciones de medios** la diligencia es el criterio de conducta que determina la exactitud de la prestación de hacer en que aquellas consisten, por lo que es el criterio para establecer cuando hay cumplimiento y cuando no; **pero el criterio de diligencia no es definitivo para afirmar la responsabilidad, porque su falta puede estar**

A modo de resumen, podemos decir que toda la doctrina coincide en que bajo la expresión “deudor de buena fe” deben cobijarse todos los supuestos de responsabilidad diferente al dolo. La diferencia empieza al momento de decidir cuáles son dichos supuestos. Para algunos solo la culpa; para otros la culpa y demás supuestos de responsabilidad sin culpa que determinen la responsabilidad del incumplidor; para otros, en fin, la expresión en cuestión tal vez está indicando que la responsabilidad contractual es objetiva.

Por nuestra parte, creemos que la expresión deudor de buena fe se quiere referir a los deudores que no han incurrido en dolo en el incumplimiento de sus obligaciones contractuales; pero que por imperativo legal o convencional deben responder del incumplimiento. ***Esta es, para nosotros, la nota esencial en la expresión de buena fe: cobijar a todos los deudores no dolosos que deben responder del incumplimiento de sus obligaciones.***

Ahora bien, ante la pregunta: ¿quiénes son esos deudores?, estimamos que la respuesta no está en el 1107, sino en las normas que diseñan el fundamento de la responsabilidad contractual. Así, si el interprete decide de acuerdo a la legislación que únicamente responden los deudores que han incumplido en culpa, solamente ellos se incluirán en la expresión; si se decide que además deben responder algunos deudores no culposos, deberemos incluirlos en la norma del párrafo primero del 1107; en fin, si se decide que en el sistema español el sistema de responsabilidad es objetivo, se incluirá a todo deudor que no pueda acreditar la existencia de caso fortuito

determinado por imposibilidad liberatoria, por lo que al juicio de exactitud (diligencia) debe seguir el verdadero juicio de responsabilidad contractual. Por lo tanto, el papel de las normas de diligencia en el terreno del cumplimiento es compatible con las normas de responsabilidad. De lo dicho resulta que la culpa en las obligaciones de medios equivale al incumplimiento, pero no al definitivo (imputable), sino al incumplimiento en sentido material a que se refiere el 1101. Establecido el incumplimiento en su materialidad, para establecer la responsabilidad se requiere la consideración del límite de la responsabilidad contractual, por lo que se procede al juicio de responsabilidad en el que la falta de cumplimiento (falta de diligencia en las de medios y de resultado en las de resultado) es un presupuesto necesario, pero no suficiente para establecer la responsabilidad que se establece a partir de la subsistencia o no del vínculo obligatorio, en función que haya sobrevenido o no la imposibilidad liberatoria. Ver, *La responsabilidad contractual*, cit. pp. 175 y ss., y 456 y ss.

u otra causal eximente de responsabilidad que contemple el sistema. En otras palabras, el artículo 1107 y la expresión buena fe, en principio, no debe ser lo determinante para decidir la naturaleza objetiva o no de la responsabilidad contractual, aunque tampoco puede negarse —como bien lo reconocen tantos autores— que causa extrañeza calificar al deudor culposo como de buena fe²⁴⁰.

En todo caso, podemos expresar que compartimos la opinión de aquellos autores que consideran que el sistema de responsabilidad contractual español puede y debe ser interpretado como de naturaleza objetiva, donde la culpa no sería el fundamento de la responsabilidad. Además, es precisamente su naturaleza objetiva la que de mejor forma permite, según veremos, explicar la limitación a los perjuicios previstos²⁴¹.

2.- EL DEUDOR DE BUENA FE ANTE LA JURISPRUDENCIA.-

Vistos las diferentes concepciones doctrinarias, tanto en lo relativo al alcance del término *deudor de buena fe*, como al cuestionamiento de la culpa como fundamento de la responsabilidad contractual, estimamos oportuno ver, aunque sea en forma somera, la concepción jurisprudencial sobre estos aspectos.

Partamos por indicar que, de los fallos analizados, se puede obtener como primera conclusión el hecho de que no ha existido un gran interés del Tribunal Supremo en dilucidar el significado y contenido del

²⁴⁰ Lo que sí no puede hacerse es querer excluir arbitrariamente de la norma algún deudor que debe responder, bajo pretexto que no se acomoda a ella, como es el caso de quienes han señalado que no se incluyen los casos de responsabilidad por caso fortuito, porque el 1107 limita la responsabilidad a los daños previstos y el caso fortuito es por esencia imprevisible. Ello, además, es incurrir en un error conceptual al confundir dos tipos de previsiones totalmente diferentes, según tenderemos oportunidad de explicarlo al tratar la previsibilidad.

²⁴¹ Por lo mismo— y adelantando un poco nuestra concepción del dolo—, estimamos que la voluntad de incumplir, incluso sin la expresa intención de dañar, debe ser interpretada como dolosa, no permitiéndose que este deudor se beneficie con la limitación establecida para los deudores de buena fe, porque repugnaría concederle el carácter de buena fe a quien no sólo faltó a la diligencia, sino que pudiendo cumplir no lo hace voluntariamente, sin que tenga impedimento para ello, movido por intereses

término *deudor de buena fe* a que alude el artículo 1107²⁴². Sin embargo, algunos pronunciamientos han existido, y a ellos abocaremos nuestro análisis.

Ya en el año 1934, el Tribunal Supremo se preocupa de dejar establecido que “*en el incumplimiento de las obligaciones existen modalidades diversas de las que la más grave es el dolo*”, para añadir que en la causa corresponde aplicar el artículo 1107 del Código Civil en su párrafo primero que indica los daños de que responde el deudor de buena fe, “*precepto que aplicó el Tribunal y que encaja en la presente litis por haber sido desestimado su segundo párrafo*”²⁴³. El fallo aludido parte de la base que todo incumplimiento imputable que no pueda considerarse doloso se rige por el párrafo primero, relativo a los deudores de buena fe. De esta forma, parece sentar el siguiente principio básico: todo incumplimiento imputable no doloso debe ser calificado de buena fe para los efectos del 1107. Lamentablemente, no precisa cuales son estos supuestos de incumplimiento imputable no doloso que deben regirse por las normas de extensión de responsabilidad que el Código civil señala para los deudores de buena fe.

Avanza un poco más, el fallo de fecha 29 de marzo de 2001, también del Tribunal Supremo, que expresa: “*El art. 1107, párrafo primero, emplea el concepto de «buena fe» como omnicompreensivo de todos los supuestos de responsabilidad en que no hay dolo, o precepto especial, entre los que figura, como uno de ellos, el de la culpa...*”²⁴⁴.

personales, generalmente consistentes en la obtención de beneficios derivados de su incumplimiento.

²⁴² Situación totalmente diferente sucede con el concepto *buena fe contractual* a que se refiere el artículo 1258 del Código civil, el cual sí ha recibido la preocupación por parte del Tribunal supremo, quien al respecto ha señalado: “*La jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que la buena fe contractual ha de entenderse en su sentido objetivo como comportamiento justo, pero exige que sea adecuado y debe actuar para dar al contrato cumplida efectividad en orden a la realización del fin propuesto y su existencia o inexistencia es cuestión de hecho, de la libre apreciación por los juzgadores de instancia, lo que no es óbice para que el concepto jurídico de la buena fe sea deducido libremente, valorando la base fáctica (Sentencias de 5 julio 1990 [RJ 1990\5776], 9 octubre 1993 [RJ 1993\8174] y 17 febrero 1996 [RJ 1996\1408]), y no queda fuera del control casacional*”. **Sentencia número 671 de fecha 30 de Junio de 2000** (RJ 2000\6747).

²⁴³ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 15 marzo 1934 (RJ1934\462)

²⁴⁴ En el caso específico **se decidió que era un incumplimiento imputable a título de culpa**. El fallo corresponde a la **sentencia Tribunal Supremo núm. 312/2001 (Sala de lo Civil), de 29 marzo de 2001** (RJ 2001\3189).

De lo anterior, **podemos concluir que el Supremo no ve incompatibilidad entre los términos culpa y buena fe, y en el último puede cobijarse perfectamente el primero**²⁴⁵, es decir, el deudor de buena fe —aunque no siempre— puede ser perfectamente un deudor culpable. Surge, entonces, la siguiente interrogante: ¿Para la jurisprudencia, sigue siendo la culpa el fundamento de la responsabilidad contractual?

Si nos atuviéramos a uno de los últimos **obiter dictum** del Supremo (“*La culpa es, además, criterio de imputación y criterio de cuantificación del daño resarcible, como enseñan los artículos 1101 y 1104 Código civil, por una parte, y el artículo 1107 Código civil, por otra...*”²⁴⁶), podríamos concluir que la culpa goza de excelente salud como supuesto de responsabilidad contractual. Pero, de manera similar al planteamiento de PANTALEON, podemos preguntarnos: ¿es la culpa utilizada por los tribunales en el incumplimiento contractual la misma que ha enseñado tradicionalmente la doctrina, concebida como la falta de diligencia?

El análisis jurisprudencial del concepto de culpa excede la finalidad de nuestro estudio. Simplemente nos limitaremos a decir con DE ANGEL que la jurisprudencia continua todavía anclada en la concepción subjetivista, señalando que la culpa es uno de los criterios de imputación. Sin embargo, el Tribunal Supremo, al igual que la doctrina, parece objetivar la responsabilidad del deudor, desvinculándola de la diligencia y basándola más bien en el riesgo propio del incumplir²⁴⁷.

²⁴⁵ **Las Audiencias provinciales** también han tenido oportunidad de pronunciarse sobre **la buena fe del 1107** y lo han hecho para **indicar una vez que la buena fe implica cierto grado de diligencia, y en otras para precisar que el exigir la diligencia en la buena fe no elimina la culpa** dentro de los supuestos del apartado primero, porque ella también implica diligencia (¿?). En este sentido, la Audiencia Provincial de Cantabria cuando indica “... **la buena fe a que alude ese artículo –se refiere al 1107–, tronca, no con el nacimiento de la obligación, sino con el acto de cumplimiento, y supone la adopción de algún grado de diligencia en orden al pago...**”, sentencia de 12 de noviembre de 2002 (JUR 2002\20309); por su parte, la Audiencia Provincial de Zaragoza expresa: “**tal y como cabe deducir del art. 1.107 CÓDIGO CIVIL, culpa implica buena fe, y ésta habitualmente exige un mínimo de diligencia. Si este mínimo de diligencia no ha sido observado por el deudor (se tardan dos años en entregar las obras) no cabe afirmar que nos encontremos ante un deudor de buena fe ex art. 1.107 Código civil.**”, sentencia de 10 de junio de 2003 (JUR 2003\172819) Las negrillas son nuestras.

²⁴⁶ Sentencia de 6 de septiembre de 2005 (RJ2005\6745)

²⁴⁷ DE ANGEL, *Análisis del artículo 1.107 del Código civil, en Comentario del código civil*, cit., p. 57.

Debe también tenerse presente que en muchos pronunciamientos el Supremo se preocupa de determinar si el deudor ha cumplido con la diligencia exigida; pero ello ocurre **en las obligaciones de medios**, donde la diligencia, además de la tradicional y supuesta función de criterio de imputación o fundamento de la responsabilidad del deudor, es el objeto mismo de la obligación —o como dice JORDANO, representa la materialidad del cumplimiento—²⁴⁸. Por lo tanto, cuando en estos casos se investiga si el deudor actuó o no con diligencia, no se está preguntando si el incumplimiento le es o no imputable, sino si cumplió la obligación contraída. Caso típico es la obligación asumida por los profesionales de la salud, donde en términos generales se asume una obligación de medios y no de resultado.

Pero aún más, **la Jurisprudencia de Tribunal Supremo ha tendido incluso a objetivar la diligencia en cuanto objeto de la prestación de una obligación de medios**, mediante **la inversión del peso de la prueba a favor del deudor**. Señala para estos efectos que en las obligaciones de medios es el acreedor el que debe probar la culpa, bajo el argumento que debe desplazarse la carga probatoria a quien se encuentra en mejor situación probatoria²⁴⁹, y más recientemente, ha recibido aplicación la

²⁴⁸ En este sentido, se puede señalar **la Sentencia número 498 de fecha 23 de Mayo de 2001**, que analizando las obligaciones del profesional abogado expresa: "**Comparte una obligación de medios, obligándose exclusivamente a desplegar sus actividades con la debida diligencia y acorde con su «lex artis», sin que por lo tanto garantice o se comprometa al resultado de la misma,...** y partiendo de que se está en la esfera de una responsabilidad subjetiva de corte contractual, en donde no opera la inversión de la carga de la prueba, será preciso, pues, como «prius» en ese juicio de reproche, acreditar la culpabilidad, será el actor o reclamante del daño, esto es, el cliente, el que deba probar los presupuestos de la responsabilidad del abogado" (RJ 2001/ 3372) Las negrillas son nuestras.

²⁴⁹ **La Sentencia número 1022 de fecha 2 de Diciembre de 1996** (RJ 1996/8938), señala: "**Esta Sala como órgano «ad quem» comparte el criterio de que en los casos en que se obstaculiza la práctica de la prueba o no se coopera de buena fe por las partes, sean actoras o demandadas, a facilitar su producción, cabe que se atenúe el rigor del principio que hace recaer la prueba de los hechos constitutivos de la demanda sobre el actor, desplazándola, en su lugar, hacia la parte (aunque sea la demandada) que se halle en mejor posición probatoria por su libertad de acceso a los medios de prueba. Asimismo debe establecerse que, no obstante, sea la profesión médica una actividad que exige diligencia en cuanto a los medios que se emplean para la curación o sanación, adecuados según la «lex artis ad hoc», no se excluye la presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando éste por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización**". Las negrillas son nuestras.

presunción de negligencia por la vía del denominado **resultado desproporcionado**²⁵⁰.

En verdad, los Tribunales hasta el día de hoy siguen utilizando la culpa como criterio de responsabilidad contractual; pero lo hacen más por respeto a la tradición que por englobar un contenido real. Esta circunstancia determina que **actualmente la culpa se encuentre despojada de su sentido original, al punto que el Tribunal Supremo ha llegado a señalar que modernamente la doctrina concibe una culpa sin culpabilidad**²⁵¹.

²⁵⁰ Entre las sentencias que aplican la presunción de culpa por resultado desproporcionado, podemos indicar la **Sentencia del Tribunal Supremo número 37/2003 de 30 de enero de 2003** (RJ2003\2024), que señala: “*Se cae en el error de pretender la resolución judicial entrar en el tema del enjuiciamiento médico -es decir, examinar lo que hizo, lo que no hizo y lo que debió haber hecho- un médico, lo que no es otra cosa que querer calificar un campo al que es ajeno...*”.

“... *Lo que debe ser calificada jurídicamente es la actuación y partiendo de que la obligación contractual o el deber de «neminem laedere» del médico es de actividad y no de resultado, ver si éste corresponde a la normal actuación o bien, se ha producido un resultado desproporcionado del que deriva la presencia de la responsabilidad contractual o extracontractual. Tal como han expresado las sentencias de 29 de junio de 1999 (RJ 1999\ 4895), 29 de noviembre de 2002 (RJ 2002\ 10404) y 31 de enero de 2003 (RJ 2003\ 854), entre otras, la doctrina jurisprudencial sobre el daño desproporcionado del que se desprende la culpabilidad del autor corresponde a la regla «res ipsa loquitur» (la cosa habla por sí misma) que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia y ha sido tratada profusamente por la doctrina angloamericana y a la regla del **Anscheinsbeweis** (apariencia de prueba) de la doctrina alemana y, asimismo, a la doctrina francesa de la **faute virtuelle** (culpa virtual), lo que requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto...*”

“... *En el presente caso, hubo una actuación médica en un dilatado período de tiempo, con repetidas intervenciones quirúrgicas, con un proceso largo y doloroso y un resultado irreversible: una cojera en persona joven. En la relación fáctica basada esencialmente en las varias pruebas periciales se afirma que no hubo culpa o negligencia, lo cual no es un «factum» sino una «quaestio iuris» revisable en casación; se dice que la prueba pericial dice que no hay nexo causal entre la actuación médica y el resultado dañoso; pero no dice cómo ni porqué se ha producido éste; ni dice en ningún momento que la causa fuera ajena a aquella actuación, ni que fuera causada por fuerza mayor, ni que tuviera su origen en previas condiciones de la propia perjudicada...*”.

“... *En definitiva, una caída y una lesión que tampoco se dice que fueran especialmente graves, ni complicados, tienen un tratamiento largo y doloroso con un resultado que no puede por menos que considerarse desproporcionado: una cojera irreversible; lo cual crea una deducción de negligencia («res ipsa loquitur»), una apariencia de prueba de ésta (Anscheinsbeweis), una culpa virtual (faute virtuelle).*

“... *No se trata, pues, de una objetivación absoluta de responsabilidad sino de apreciación de culpa, deducida del resultado desproporcionado y no contradichos por hechos considerados acreditados por prueba pericial. Se produce un suceso y un daño: es claro que no consta causa del mismo imputable a la víctima (no tiene sentido la aberrante frase antes transcrita: “... causa real fue el acto libre y voluntario de la parte actora”), ni se menciona el caso fortuito o la fuerza mayor; la causa fue la actuación médica, de cuyo mal resultado se desprende la culpa y, por ende, la responsabilidad”. Ver también, YZQUIERDO, Sistema de responsabilidad, cit., p. 228.*

²⁵¹ Así lo ha expresado la **sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2003**, cuyo considerando segundo señala textualmente: “*La concepción clásica de la culpa se apoya invariablemente como elemento indispensable en la omisión de la diligencia exigible al agente. La posición moderna, en*

Esta última afirmación nos recuerda aquella doctrina francesa, según la cual el mero incumplimiento de un contrato implica la culpa del deudor²⁵². Podremos llamar culpa a esto, pero en realidad hace tiempo que dejó de serlo²⁵³.

Resumiendo, ***para la jurisprudencia el deudor de buena fe es todo incumplidor que sin haber incurrido en dolo es obligado a indemnizar***. Si bien todavía se mantiene la idea de que debe existir culpa de deudor, debido a la actual corriente objetivadora en muchos casos en realidad ya no se requiere negligencia de su parte, bastando el incumplimiento. No será de extrañar, en consecuencia, que en un futuro no muy lejano se deje el ropaje de la culpa y se estime derechamente que la responsabilidad del deudor de buena fe es de naturaleza objetiva, y responde con prescindencia de toda culpa.

3.- CRITERIOS DELIMITADORES DEL QUANTUM. REFERENCIA.-

Establecida las diferentes interpretaciones acerca de quién es este deudor de buena fe, y la naturaleza objetiva o subjetiva de su responsabilidad, corresponde precisar cuáles son los criterios delimitadores que el Código civil español ha establecido en su favor. Como sabemos, el artículo 1.107 determina la extensión del daño contractual, distinguiendo entre deudor de buena fe y doloso. Para los primeros establece dos límites a la obligación resarcitoria: las *consecuencias necesarias del incumplimiento* y la *previsibilidad del daño*; criterios que se aplican en forma copulativa y que dan

cambio, caracteriza la culpa por notas distintas de esa falta de diligencia y llega a hablar de una culpa social o culpa sin culpabilidad...” (RJ 200\4622) Las negrillas son nuestras.

²⁵² Ver PLANIOL, MARCEL y RIPERT, GEORGES, *Tratado práctico de Derecho civil francés*, t. 7, *Las obligaciones*, trad. de Mario Díaz, La Habana, 1945, N° 833 y ss., pp. 143 y ss.; en edición francesa, *Traité pratique de droit civil français*, 2ª ed., Paris, 1954, N° 833 y ss., pp. 159 y ss.; VAN RYN, JEAN, *Responsabilité aquilienne et contrats en droit positif*, Paris, Recueil sirey, 1933, pp. 15 y ss., y REMY, PHILIPPE, « La « Responsabilité contractuelle »: histoire de un faux concept », En *Rev. Trimestrielle de Droit Civil*, 1997 (Abril – junio), pp. 332 y ss., en especial 335 y 336.

²⁵³ Lo anterior sin perjuicio del interesante punto a dilucidar —sobre el cual no nos pronunciaremos— acerca de si alguna vez la culpa fue realmente considerada el fundamento de la responsabilidad

origen a la clasificación de daño *necesario* y daño *previsto* o *previsible*.

Al aplicar a favor del deudor de buena fe conjuntamente los criterios del daño *previsto* y *necesario*, el Código civil español rechaza la construcción doctrinal de POTHIER, que consideraba aplicable a esta clase de deudor sólo el límite de la previsibilidad, reservando el criterio del daño *necesario* o *directo* exclusivamente al doloso. En todo caso, aunque la redacción del resto de los códigos latinos no rompió formalmente con la sistemática del *Traité*, también se ha interpretado la norma en el sentido de que al deudor no doloso se le aplican copulativamente ambas limitaciones.

Pero el Derecho español tiene un tercer criterio para fijar la extensión del daño contractual. Nos referimos a la facultad judicial para moderar la responsabilidad que procede de negligencia, establecida en el artículo 1103 del Código civil; circunstancia que permite ver un acercamiento con ordenamientos como el suizo que reconocen la prerrogativa judicial de moderación.

Con la finalidad de lograr una adecuada exposición del tema en estudio, principiaremos con el criterio de la *necesariedad* del daño, para continuar con el de la *previsibilidad*, y finalmente daremos repaso a la facultad moderadora.-

CAPITULO II.

EL CRITERIO DE LA CAUSALIDAD: LAS CONSECUENCIAS NECESARIAS DEL INCUMPLIMIENTO.

I.- ALGUNAS OBSERVACIONES

Con el presente estudio no persiguimos un análisis completo de la causalidad y los diversos problemas que plantea. Nuestra finalidad es más modesta: determinar el significado de la expresión “*consecuencias necesarias*”, utilizada por el artículo 1107 como primer criterio limitativo de la responsabilidad del deudor de buena fe. Corresponde, en consecuencia, abocarse a ***dilucidar su sentido técnico jurídico***, para lo cual iniciaremos la exposición con el análisis de su formación histórica, la que sin duda dará las claves para entender una expresión cuyo contenido normativo supera ampliamente su significado literal, y sin la cual resulta difícil —por no decir imposible—, entender y aplicar el requisito del *daño necesario*.

No obstante lo anterior, y para una correcta comprensión del tema, creemos que previamente *es conveniente referirse brevemente a la problemática de la causalidad y a sus distintas funciones*, que la doctrina del último tiempo ha puesto de manifiesto.

Partamos por indicar que la causalidad es uno de los temas más complejos del Derecho, y no está destinada únicamente a seducir el espíritu de los juristas alemanes, como parece creerlo MARTY²⁵⁴. Por el contrario, en

²⁵⁴ MARTY, M GABRIEL, «La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile (étude comparative de conceptions allemande, anglaise et française)», En *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1939, p. 689 y ss.

materia de responsabilidad la causalidad concreta el principio de justicia “*dar a cada cuál lo que es suyo*”, pues sirve para determinar tanto la autoría de un acto, como las consecuencias que se pueden atribuir al mismo, y de esa forma decidir quién debe responder y hasta donde (siempre, obviamente, que concurren los demás requisitos de la responsabilidad).

De lo expuesto, resulta fácil apreciar ya la importancia de la causalidad, y vislumbrar una de las razones de su complejidad: ***con ella no se resuelve un único problema, sino que tiene a lo menos una doble función en derecho de daño***²⁵⁵. Además, la complejidad del tema se acrecienta debido a que en la realidad práctica ***los hechos no se presentan aislados, sino entremezclados***, formando lo que los autores han descrito como *una gran red*, que hace necesario distinguir y separar unos de otros. Finalmente, ***en su análisis intervienen no sólo cuestiones fácticas, sino también de valoración jurídica***.

Todo ello determina que ***un simple principio o regla no puede solucionar la infinidad de problemas que presenta la casualidad***, y aunque así lo han pretendido los precursores de teorías causales como la equivalencia de las condiciones, la causalidad próxima o incluso la causalidad adecuada, el resultado práctico a que llegan no es el deseado. En efecto, muchas veces la decisión adoptada en base a un único principio o regla será injusta o inadecuada, y para evitar tal resultado contrario a la equidad, deberán justificar lo resuelto como una excepción a la regla aplicable, o, lo que es peor, se deberá tergiversar el caso o el mismo principio para acomodarlo a la decisión. Tampoco basta con decir algunas ideas generales y en lo demás entregar la resolución del problema al criterio y buen sentido del juez.

Considerando la variedad y complejidad de problemas que presenta el nexo causal, la doctrina extranjera ha ido elaborando algunas distinciones de interés, que constituyen un verdadero aporte en el tema. Por

²⁵⁵ Algunos autores llegan a identificar tres funciones que resuelven igual número de problemas. En este sentido, ver ARAYA JASMA, FERNANDO ANDRES: *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, memoria de prueba, Concepción - Chile, 2000, pp. 8 y ss.

lo mismo, resulta lamentable que la doctrina española, con la excepción de un reducido grupo de autores, haya permanecido más bien ajena a este análisis, y sólo en el último tiempo se ha revertido esta tendencia.

Podemos identificar ***tres grandes aportes doctrinarios*** que han permitido clarificar muchos de los problemas que presenta el nexo causal. Ellos son: los dos planos de la causalidad; la distinción en el nexo causal aspectos jurídicos y fácticos; y, por último, la teoría de la imputación objetiva. A ellas dedicaremos algunas palabras para resaltar sus aspectos más relevantes, y posteriormente —en la tercera parte del presente capítulo— realizar un análisis más detallado.

El primer aporte de la doctrina ha sido distinguir en la causalidad una doble función: como criterio de imputación del hecho generador de responsabilidad y como criterio de extensión del daño indemnizable.

Como resulta obvio, ambas funciones son diferentes y buscan dar solución a problemas distintos. Con la primera, se establece si el hecho dañoso puede o no ser atribuido a un sujeto determinado y de esta forma permite configurar la responsabilidad, es decir, dilucida el problema del ***an respondeatur***. La segunda función, considera ya resuelto el problema anterior, y sirve para fijar la extensión del perjuicio indemnizable, ***el quantum respondeatur***, esto es, decide entre los daños acaecidos cuáles serán resarcibles y cuáles no.

Resulta útil desde ya aclarar que el artículo 1.107 del Código civil español nada tiene que ver con la primera función del nexo causal; no está destinado a dilucidar el problema del *an respondeatur*, sino que presupone resuelto en forma previa y afirmativa dicho problema. Ocurrido lo anterior, el requisito *consecuencia necesaria*, junto a los demás criterios delimitadores del daño, permiten determinar el contenido de la obligación resarcitoria, es decir, fijar el *quantum respondeatur*. En suma, ***el artículo 1107 del CC está***

destinado a dar solución al problema descrito por la segunda función de la causalidad²⁵⁶.

La segunda aportación de la doctrina ha sido el distinguir en la causalidad la concurrencia de cuestiones de hecho y otras de derecho.-

No obstante el interés teórico y práctico que presenta esta distinción, ha sido un tema en el cual gran parte de la doctrina civil española se ha mantenido ausente. De hecho, la opinión tradicional, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, ha sido que la causalidad es una mera cuestión de hecho, entregada a la apreciación del juez²⁵⁷. Afortunadamente, en el último tiempo y en forma paulatina, ha ido ganando adherentes la idea de ver en la causalidad tanto elementos fácticos como jurídicos. En este sentido, podemos mencionar a autores como LEÓN²⁵⁸, CARRASCO²⁵⁹ y SANTOS BRIZ²⁶⁰, cuya labor ha sido importante para ir modificando la vieja creencia de que el nexo causal es sólo una cuestión fáctica entregada a la apreciación de los jueces de instancia.

El tercer aporte de la doctrina ha sido la elaboración de la teoría de la imputación objetiva.

Lo señalamos como un aporte a la teoría de la causalidad, pues han sido sus partidarios los que con mayor fuerza han defendido la idea de que debe distinguirse tajantemente los aspectos de hecho de las cuestiones netamente jurídicas.

²⁵⁶ LEÓN *Gravedad de la culpa*, cit. p. 39, y “*Acotaciones históricas al artículo 1.107*”, cit., pp. 582 y 583.

²⁵⁷ Ver CASTAN TOBEÑAS, JOSE, *Derecho civil español, común y foral*, t. 3º, 13ª edic., Reus, Madrid, 1983, p. 247; PUIG PEÑA, FEDERICO, *Compendio de Derecho civil español*, t. 3, 3ª edición, Madrid, Pirámides S.A., 1976, p. 175. Pero también podemos mencionar algunas excepciones, por ejemplo, DE COSSIO, ALFONSO: “La causalidad en la responsabilidad civil: estudio de derecho español”, en ADC, t. XIX, año 1956, p. 533.

²⁵⁸ LEÓN, “*Acotaciones históricas al artículo 1.107*”, cit., p. 579, segunda nota pie de página.

²⁵⁹ CARRASCO, “*Comentario al artículo 1.106*”, cit., p. 730.

²⁶⁰ SANTOS BRIZ, JAIME, *La responsabilidad civil*, cit. p. 272.

El precursor en España de esta teoría es sin duda PANTALEÓN, para quien: “el problema de la existencia o no de nexo de causalidad entre la conducta del posible responsable y el resultado dañoso —lo que los anglosajones llaman *causation in fact*— no debe ser en modo alguno confundido con el problema radicalmente distinto, de si el resultado dañoso, casualmente ligado a la conducta en cuestión, puede no ser “*puesto a cargo*” de aquella conducta como obra de su autor, de acuerdo a los criterios establecidos al efecto por el legislador, o deducidos por el operador jurídico de la estructura y función de las normas de responsabilidad correspondiente. No debe ser en modo alguno confundido, en suma, con el problema de si el resultado dañoso es o no objetivamente imputable a la conducta del demandado —lo que se ha llamado en forma muy imprecisa “*causalidad jurídica*” (la *causation in law*, *legal causation* o *remoteness of damages* de los Anglosajones) y que la doctrina alemana, con más precisión a su entender, denomina *objektive zurechnung*”²⁶¹.

Mas allá de calificación que se le da a esta teoría como de naturaleza exclusivamente jurídica, ella tiene el mérito de postular que la responsabilidad no debe ni puede quedar todo entregado a un puro juicio fáctico, sino que una vez precisado éste, deben utilizarse criterios jurídicos que permitan determinar o precisar la extensión de la carga indemnizatoria que les pueda corresponder. Además, menciona entre dichos criterios a los contenidos en el artículo 1.107, vale decir, la *previsibilidad* y el *daño necesario*. La importancia de esta última afirmación es evidente, pues desestima la arraigada creencia de que estos criterios son cuestiones de mero hecho, entregados a la libre apreciación del juez. Por lo expuesto, estimamos a la teoría de la imputación objetiva, introducida en España por PANTALEÓN, como el tercer aporte de la doctrina en su esfuerzo por dar claridad al problema de la extensión del perjuicio.

También es necesario recalcar un aspecto que, lamentablemente, la doctrina no ha explicitado con toda la claridad que debiera y se quisiera. Nos referimos al hecho que ***la distinción entre cuestiones fácticas y jurídicas es aplicable en las llamadas dos funciones de la causalidad, y no exclusivamente al problema del quantum respondeatur***. Hacemos la

²⁶¹ PANTALEÓN, “*Causalidad e imputación*”, cit., pp. 1561 y 1562.

aclaración, porque si bien la denominación de *imputatio facti* que se ha dado a la primera función pudiera hacer pensar que en ella solo intervienen cuestiones de hecho, en la realidad no es así, como tendremos oportunidad de explicar. Hacemos notar en todo caso que las ideas anteriores parecen tenerlas presente algunos autores españoles seguidores de la teoría de la imputación objetiva²⁶².

En conclusión y resumiendo, podemos decir que las dos primeras aportaciones de la doctrina (la distinción de las dos funciones del nexo causal y n entre cuestiones de hecho y de derecho), deben utilizarse conjuntamente, para dar solución objetiva y adecuada al problema causal.

Nuestro trabajo, como ya se sabe, se centra en el análisis de los criterios valorativos o jurídicos propios de la segunda función de la causalidad, es decir, del *quantum respondeatur*, y en este momento nos interesa, específicamente, el estudio del criterio *consecuencia necesaria del incumplimiento*. Ahora bien, si en algo existe casi unanimidad por parte de los autores es en el hecho que debe desecharse el significado literal de la expresión —en especial en los países cuyos textos hacen referencia a él con las expresiones *consecuencia inmediata y directa*—. Por lo tanto, para seguir avanzando en su comprensión, conviene adentrarse en la formación histórica del mismo, pues será el conocimiento de su origen y evolución, el que nos ayudará a desentrañar adecuadamente su verdadera significación jurídica.

II.- FORMACION HISTORICA.-

1.- DERECHO ROMANO.

El estudio científico de la causalidad por parte de la doctrina civil ha sido reciente (finales del siglo XX), y para su desarrollo ha tomado prestado los

²⁶² En este sentido, ver las explicaciones de YZQUIERDO, en su *Sistema de responsabilidad*, cit., p. 194.

postulados del Derecho penal²⁶³. No debe olvidarse, sin embargo, que la exigencia de la causalidad, en cuanto tal, ya existía en el Derecho romano y en el antiguo Derecho francés²⁶⁴, y las regulaciones surgidas en estos derechos históricos, hasta el día de hoy, constituyen la base dogmática de nuestras actuales legislaciones. Olvidar lo anterior induce a la adopción de teorías ajenas a nuestro ordenamiento, sin percatarse que las construcciones teóricas sirven para explicar e interpretar las normas sobre extensión del daño, pero no pueden sustituirlas, al menos cuando ellas existen en un sistema jurídico determinado, como sucede en los códigos latinos.

Es conveniente aclarar que en el derecho romano las reglas relativas a la fijación de daños e intereses tuvieron muchas variaciones, sin que la jurisprudencia clásica haya formulado normas de carácter general, como las conocemos hoy en materia de evaluación judicial (daño *necesario* y *previsto*)²⁶⁵. En todo caso, parece que el espíritu fue proporcionar al acreedor romano la reparación más completa posible. No obstante, existieron acciones donde, al menos en las primeras épocas, la indemnidad era limitada a la *vera rei aestimatio*, y esta limitación, aunque excepcional, sirvió de base al trabajo

²⁶³ DE CUEVILLAS MATOZZI, IGNACIO, *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños (su perspectiva desde la doctrina del Tribunal Supremo)*, Valencia, Lo Blanch, 2000, p. 49, y PANTALEÓN, “*Causalidad e imputación*”, cit., p. 1564.

²⁶⁴ MAZEAUD y otros, *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil*, t. 3, v. 1 cit., pp. 516 y 782; GATICA PACHECO, SERGIO: *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato*, Santiago – Chile, Jurídica de Chile, 1959, pp. 134 y 135, y ARAYA, *La relación de causalidad*, cit., p.2.

²⁶⁵ Como antecedente previo se puede indicar **la ley Aquilia** (287 A.C.), que consagraba un sistema sumamente estricto en materia de causalidad, pues exigía que el daño fuera causado por la acción de un cuerpo sobre otro cuerpo: *damnum corpore corpori datum*. Es decir, se requería un nexo de causalidad inmediato y sensible. La exigencia de un nexo físico con el objeto dañado determinó, en un primer momento, que no se considerare la causalidad de la omisión ni la causación indirecta (entendiendo por tales los casos en que el acto del autor no produce por sí mismo el resultado, sino una circunstancia posterior). Lentamente, sin embargo, se empieza a flexibilizar la exigencia de la causalidad, mediante el expediente de aplicar la ley *Aquilia* por analogía, en los casos de causación indirecta y en los daños por omisión. Producto de esta evolución, el requisito de la causalidad material o directa prácticamente se abandonó durante la última época del período clásico. Pero esta ampliación de la causalidad también hizo necesario imponer algún límite, el que se encontró en el factor subjetivo. En este sentido, ver: JÖRS, PAUL, *Derecho privado romano*, edición refundida por Kunkel, Wolfgang, traducción de la 2ª edición alemana por L Pietro Castro, Barcelona-España, Editorial Labor S.A., 1965, pp. 246 y ss.; JORDANO, *La responsabilidad contractual* cit. pp. 43 y ss., y ARAYA *La relación de causalidad*, cit., p.3.

de los comentaristas de la edad media. Por otro lado, en caso de dolo, la indemnidad era fijada por el actor mismo bajo de fe del juramento²⁶⁶.

Ahora bien, sin duda que como antecedente de la expresión *consecuencia necesaria del daño* puede indicarse más de un pasaje del Digesto, además de la famosa CONSTITUCIÓN DE JUSTINIANO. Luego, no existe inconveniente para encontrar textos que se hayan referido o pronunciado sobre el tema. *El problema presenta debido a que ellos dan diferentes soluciones respecto a la extensión del daño*, circunstancia que lleva a los autores a plantearse la interrogante acerca de cuál sería el o los antecedentes precisos del criterio limitativo en estudio.

Así, para algunos la consagración de la limitación del daño *necesario* —o daño *directo* como se le conoce en el Derecho francés y en la mayoría de los códigos latinos—, se encontraría en la CONSTITUCIÓN DE JUSTINIANO (C, 7, 47), al ordenar a los jueces que “*investiguen con sutileza los jueces, que se encargan de dirimir causas, para que se restituya el daño que **en realidad se infiere...***”.

Podría también indicarse como antecedente histórico un pasaje del Digesto referido a un texto de Juliano (D. 19, 1, 13 pr.)²⁶⁷, sobre el vendedor que a sabiendas vende una cosa viciosa (ganado enfermo o viga defectuosa), y debe responder de todos los daños que se *derivasen* de la compraventa.

*"Juliano, 15 (dig.) hace una distinción entre aquél que vende una cosa conscientemente y el que lo hace con ignorancia, en la condena por acción de compra; pues dice que aquel que me vendió ganado enfermo o una viga defectuosa, si lo hizo sin saberlo, habrá de responder por la acción de compra solamente de aquella cantidad en lo que habría comprado de menos de haber conocido yo que se hallaba así; pero si calló a sabiendas y engañó al comprador, habrá de responder al comprador de todos los daños que de aquella compra **se derivasen** para él. Así, pues, si la casa se derrumba por defecto de las vigas, el valor de la casa; si perecieron los ganados por contagio del enfermo, habrá de responder del interés del comprador en que se vendiesen cosas idóneas"*²⁶⁸.

²⁶⁶ VAN RYN, *Responsabilite aquilienne et contrats*, cit., pp. 49 y ss., y GATICA, *Aspectos de la indemnización de perjuicios*, cit., p. 135.

²⁶⁷ PANTALEÓN, “El sistema de responsabilidad contractual”, p. 1074.

²⁶⁸ *El Digesto de Justiniano*, cit., t. I, p. 698.

Al igual que la CONSTITUCIÓN DE JUSTINIANO, es indudable la relación de este último pasaje con la segunda función de la causalidad en materia contractual; pero no pueden considerarse los antecedentes precisos del artículo 1151 del Code y de los códigos que le siguen. En efecto, el sistema latino, en verdad, impide que se indemnice todo el daño derivado del incumplimiento, y esto rige inclusive para el deudor doloso, donde se establece el límite *consecuencia inmediata o directa*. Luego, no basta con acreditar que los perjuicios sean derivados o causados por el incumplimiento, sino que deben también ser *necesarios o directos*. Los textos anteriormente citados —la Constitución y el pasaje de Juliano—, indican el postulado básico de toda responsabilidad contractual, esto es que deben resarcirse los daños causados, inferidos o derivados del incumplimiento, *pero no expresan una cláusula de cierre o criterio limitativo* propiamente tal, que nos diga hasta donde se extenderá la indemnización del daño materialmente causado; criterio a que se alude precisamente con la expresión *daño necesario o directo*. En consecuencia, estos textos no pueden tenerse como el antecedente histórico de la limitación al *daño directo*, pues se refieren únicamente a la causalidad en su sentido material, y no hacen referencia al aspecto jurídico o normativo de la causalidad que es la que permite seleccionar y excluir perjuicios de la obligación resarcitoria. Por lo expuesto, estimamos que el fundamento histórico del *daño necesario* lo proporciona otro texto.

Antes de pasar al estudio del pasaje que en nuestra opinión sería el antecedente romano del denominado *daño necesario*, debemos hacer presente la similitud de redacción del texto de JULIANO (D. 19, 1, 13 pr.), con el párrafo segundo del artículo 1.107 del Código civil español: "*Responder al comprador de todos los daños que de aquella compra se derivasen*" y "*responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven*", respectivamente. De esta comparación, podríamos concluir que este pasaje es el antecedente del criticado párrafo segundo, y por lo tanto debemos interpretarlo conforme a él. Pero tal conclusión implica una consecuencia que la doctrina española no puede aceptar, esto es, que el incumplidor doloso responde de todos los daños materialmente causados por su incumplimiento,

sin que ningún criterio jurídico —como el de la *necesariedad*— limite la extensión de su obligación resarcitoria.

Volviendo al antecedente romano, creemos que él se encuentra en un el pasaje del Digesto (D. 19, 21,3), correspondiente a un texto de PAULO, el cual establece:

“Cuando hubiere dependido del vendedor que no se entregase la cosa, ha de hacerse la estimación de toda la utilidad de la cosa misma para el comprador, pues no ha de estimar, por ejemplo, si pudo negociar con el vino y obtener algún lucro, como tampoco si hubiese comprado el trigo y por el hecho de no haberle sido entregado, sus esclavos hubiesen trabajado con hambre: consigue pues, el precio del trigo y no el de los esclavos muertos de hambre, y la obligación no aumenta porque se reclame tardíamente, aunque crezca, por ejemplo, si el vino valiese más en el momento presente, y con razón, porque, tanto si hubiese sido entregado, pues lo tendría yo como comprador, como sino, pues al menos hay obligación de dar hoy lo que se debía haber dado anteriormente”²⁶⁹.

De la lectura del pasaje de PAULO aparece con claridad que *solamente sería indemnizable el daño directo o inmediato entendido, eso sí, en su significado literal o común* (el precio del trigo y el precio del vino, incluido el mayor valor alcanzado por los productos en el ínter tanto), y no lo serían todos los demás perjuicios, incluidos los lucros cesantes (muerte de los esclavos por falta de comida y ganancia del vino por reventa)²⁷⁰. A primera vista, entonces, podría parece un tanto absurdo considerar este texto el antecedente de nuestro actual *daño necesario* o *directo*, no sólo porque no lo menciona con tal nombre en ninguna parte —ni el Derecho romano ni el justiniano conocieron esta clasificación—, sino, sobre todo, porque se trata de un texto mezquino en la indemnización que otorga. De hecho, si lo estimáramos sin más el

²⁶⁹ *El Digesto de Justiniano*, t. I., cit., p. 703. « *Quum per venditorem steterit, quo-minus rem tradat, omnis utilitas emtoris in aestimationen venit, quae modo circa ipsam rem consistit: Neque enim si potuit ex vino puta negotiari et lucrum facere, id aestimandum est, non magis quam is triticum emerit et ob ea rem, quod non sit traditum, familia eius fame laboraverit; nan pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur; nec maior fit obligatio, quod tardius agitur quamvis crescat, si vinum hodie pluris sit; merito, quia, sive datum ess.et, haberem emtor, sive non, quoniam saltem hodie dandum est, quod iam olim dari oportuit* ».

²⁷⁰ Es interesante destacar que el pasaje distingue entre la ganancia por reventa, declarado no indemnizable, y el aumento del precio del bien, considerado indemnizable. En verdad este último también constituye una ganancia o lucro para el acreedor. Aparentemente, la razón de esta diferenciación estaría en la existencia o no de una actividad desplegada para que se produjera el mayor precio).

fundamento histórico, nos encontraríamos con la paradoja de que no habría diferencia entre *quantum indemnizatorio* del deudor culposo —que responde sólo del daño *previsto*—, y del doloso, que en teoría debería responder de más, pero que según este pasaje respondería de lo mismo, e incluso podría suceder en un caso concreto que respondiera de menos que el culposo, ya que se excluye toda indemnización por lucro cesante, lo que no siempre sucederá con el límite de la previsibilidad. Además, lo expuesto constituiría un excelente fundamento de apoyo para quienes postulan que *daño necesario* y *previsible* son lo mismo o, mejor dicho, que ambos criterios implican una duplicidad innecesaria.

En verdad, ***creemos que sí es el antecedente histórico del daño necesario; pero no tanto por lo que dice, sino por la interpretación de que fue objeto a partir de la doctrina pandectística***; interpretación que tuvo por finalidad armonizarlo con los demás pasajes del Digesto que establecían una mayor extensión indemnizatoria.

Es probable que pasajes de esta naturaleza sirvieran de fundamento a la idea de que JUSTINIANO exageró su inclinación a favor de los deudores, al limitar el resarcimiento únicamente al daño directo en su sentido literal. Pero también se ha indicado que tal afirmación es injusta, y que en realidad fue todo lo contrario, porque en el Derecho justiniano, a lo menos con relación al requisito del nexo causal, se observa una tendencia favorable al acreedor, especialmente contra el deudor doloso, en cuanto se busca alargar la esfera del daño resarcible, concibiendo el nexo de causalidad en forma menos rigurosa, y aceptándolo en hipótesis en que los romanos no eran propensos a admitirlo. Prueba de lo anterior, son los otros textos en los cuales se declaran indemnizable los daños indirectos, en el sentido literal de la expresión. Así por ejemplo y sin ir más lejos, la misma CONSTITUCIÓN DE JUSTINIANO declaraba resarcible el lucro cesante, considerada una típica figura del perjuicio indirecto²⁷¹.

Recapitulando, tenemos que el texto de PAULO negaba el resarcimiento del daño indirecto, entendido en su significación común o literal,

²⁷¹ RATTI, *Il risarcimento del danno nel diritto giustiniano*, cit., pp 194 y ss.

a diferencia de otros textos que admiten su resarcimiento (D 19, I, 3; 19, I, 13, pr.; 19, 2, 19, §1 y la propia CONSTITUCIÓN DE JUSTINIANO, entre otros). Para superar esta contradicción, **la doctrina pandectística** interpreta el texto en el sentido de que la solución negativa en ella adoptada con relación al lucro cesante por la venta del vino, o la pérdida de los esclavos, **depende de la concomitancia de la culpa del comprador por no haber evitado este daño**, adquiriendo en otro lugar el vino o el grano, por lo que en definitiva existiría falta o insuficiencia del nexo causal entre tales perjuicios y el incumplimiento.

De esta forma, *permanece a salvo el principio de su resarcibilidad, cada vez que el dañado lograra suministrar la prueba no fácil de que aunque hubiese actuado con diligencia, no habría encontrado otro vino o grano para reemplazar el no entregado*. Según esta interpretación, el texto rechaza indemnizar los daños indirectos en sentido literal por la inercia del dañado en evitar el daño, pudiendo hacerlo. En el fondo se considera muy anormal que no pueda efectuar una compra de reemplazo y por ello, salvo prueba en contrario, lo declararía no indemnizable²⁷².

Con esta explicación, que armoniza los textos del derecho justiniano y justifica el carácter restrictivo del texto de PAULO, tenemos la primera pauta interpretativa del significado atribuido al concepto *daño necesario* o *directo* por el sistema latino, que lo separa de su tenor literal, concibiéndolo como **aquél perjuicio derivado del incumplimiento y que el acreedor no pudo evitar con un actuar diligente**.

Pero el texto de PAULO es importante además por otra razón: a partir de él, los autores elaboran **la distinción entre daño circa rem y extra rem** (conocidos también como daños intrínsecos y extrínsecos). En términos muy generales, podemos decir que son *circa rem* los perjuicios inmediatos, esto es, los sufridos en la cosa, su disminución de valor o su pérdida y que dependen exclusivamente del incumplimiento como tal (POTHIER se refiere a ellos como la cosa misma objeto de la Obligación). Daño o interés *extra rem*,

²⁷² FORCHIELLI, PAOLO, *Il rapporto di causalità nell' illecito civile*, Padova, Cedam, 1960, pp. 39 y ss.

por su parte, son los perjuicios mediatos, es decir, los sufridos en otros bienes de acreedor, incluidos el lucro cesante²⁷³.

Esta clasificación fue acogida por la doctrina del Derecho común y gozó de gran éxito. No obstante, su comprensión no ha sido pacífica en la doctrina y ha dado lugar a diversas interpretaciones. Así CUAJO consideraba que sólo debe considerarse daño intrínseco el precio pagado, los gastos notariales y fiscales y el mayor valor alcanzado por el bien; opinión que está en contraposición con la de autores como DONELLO que proponen una noción más amplia del perjuicio *circa rem*. Pero no se trata únicamente de un problema de mayor o menor amplitud del concepto, sino que se discrepaba también del criterio clasificador, en cuanto considerar *circa rem* aquel que experimentaría cualquier acreedor y *extra rem*, el que sólo puede afectar a un determinado acreedor. La polémica continuará y hasta el día de hoy no se encuentra totalmente cerrada en la doctrina romanística²⁷⁴.

Visto lo anterior, parecería lógico concluir que la distinción romana entre daños *circa rem* y *extra rem* es la raíz histórica de la moderna distinción entre *daños directos* e *indirectos*, acogida por primera vez en el 1151. Más que mal, el mismo texto sería la fuente de la primera clasificación y el antecedente histórico de la segunda. De hecho, esta ha sido la opinión de algunos autores que han estudiado el tema²⁷⁵, y agregan en apoyo de esta opinión el hecho que existiría paralelismo en los significados lingüísticos de ambas expresiones²⁷⁶. Así también lo habría entendido GARCÍA GOYENA, pues cuando explica el sentido de la expresión “*consecuencia inmediata y necesaria*”, señala que esta expresión parece equivaler a la *utilitas quae circa ipsam rem consistit*²⁷⁷.

²⁷³ LLAMAS, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, cit., pp. 195 y 196, e YZQUIERDO, *Sistema de responsabilidad*, cit., p. 147 y ss.

²⁷⁴ LEÓN, *Gravedad de la culpa*, cit., pp 41 a 44, y BARCELLONA, MARIO, *Inattuazioni dello scambio e sviluppo capitalistico*, Milano – Dott. A Giuffrè, 1980, pp. 36 y 37.

²⁷⁵ En este sentido LEÓN, *Gravedad de la culpa*, cit., p. 44, y FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità*, cit., pp. 42 y 43

²⁷⁶ Ver FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 42.

²⁷⁷ GARCÍA GOYENA, FLORENCIO, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo III-IV, p. 51.

Sin embargo, otro sector doctrinario rechaza tajantemente esta equiparación. Señalan que ***no pueden identificarse, pues obedecen a parámetros de clasificación diferentes***: en la clasificación *daño directo-indirecto* se atiende a su conexión causal, y en el daño *circa rem-extra rem* se alude a los intereses que pone en juego el acreedor, según se refieran a la prestación misma o en otros bienes. Por lo mismo, los *daños directos* pueden ser indistintamente *circa* y *extra rem*²⁷⁸. PANTALEÓN recuerda que fue precisamente esta confusión, la que llevó a los pandectistas a rechazar la distinción de daños *daños directos* e *indirectos*, pues no la entendieron en el sentido que le había dado POTHIER, sino como una reproducción de la distinción romana daños *circa rem* y *extra rem*. Por ello, mientras para WINSCHIED el daño producido por el contagio de las vacas sanas debe indemnizarse a pesar de ser un *daño indirecto*, para POTHIER, en cambio, debe indemnizarse porque se trata de un *daño directo*.

En el pensamiento de POTHIER —continúa argumentando PANTALEÓN—, la distinción entre *daños directos* e *indirectos* no tiene nada que ver con daños *intrínsecos* y *extrínsecos*, pues el profesor de Orleans utilizó esta contraposición únicamente en el tema de la previsibilidad (solo los daños intrínsecos son generalmente previsibles), y no fue utilizado en tema de causalidad, donde se acude a la distinción daños *directos* e *indirectos*. Así también lo entendieron los exegetas al interpretar el artículo 1151, (DEMOLOMBE, LAURENT), salvo el desliz de BIGOT PREAMENEUT, que al exponer los motivos del 1151 del *Code* confunde daños *directos* con daños intrínsecos y excluye la resarcibilidad de los extrínsecos²⁷⁹. En este último sentido, CARRASCO indica que para POTHIER la clasificación de daño *circa* y *extra rem* se correspondía con la recién elaborada doctrina del daño previsible e imprevisible²⁸⁰.

Resumiendo, tenemos dos posiciones doctrinales diferentes. Por un lado, la opinión de que en el pasaje de PAULO se consagra la fuente de la

²⁷⁸ LLAMAS, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, cit., p 197 e YZQUIERDO, *Sistema de responsabilidad*, cit., pp. 147 y ss.

²⁷⁹ PANTALEÓN, *Del concepto de daño*, cit., pp. 439 y ss.

²⁸⁰ CARRASCO, *Comentario al artículo 1.107*, cit. pp. 715 y 716.

distinción entre daño *circa* y *extra rem*, que a su vez constituye la raíz histórica de la clasificación perjuicio *directo* e *indirecto*; y por otro lado, están los que si bien reconoce que en el texto de PAULO se encuentra el origen de los llamados daños *circa* y *extra rem*, rechazan que se pueda identificar con la otra clasificación (directos-indirectos), pues no tiene nada que ver una con otra, y antes debe considerarse a la distinción romana el antecedente de los perjuicios previstos e imprevistos.

Por nuestra parte, si hemos entendido bien el problema, podemos decir que ambas teorías tienen parte de verdad y parte de equivocación, o por lo menos imprecisión. Nos explicamos. Es correcto ver en el pasaje de PAULO el origen de la clasificación de daño *circa* y *extra rem* (por lo demás, nadie lo duda). También consideramos correcto ver en el texto el antecedente de la distinción perjuicio *directo* o *necesario* e *indirecto*; pero **el origen histórico del daño directo o necesario no se encuentra en lo que declara este pasaje, sino en la interpretación que se le dio para justificar la menor indemnización que él contempla, en relación con otros textos del Digesto.**

También resulta claro que no se pueden asimilar ambas clasificaciones, pues para que ello fuera posible sería indispensable que siempre un daño *extra rem* fuera *indirecto* o *no necesario*, y ello no es así. Sólo cuando un daño *extra rem* se haya podido evitar empleando la debida diligencia será un daño *no necesario*, y en caso de no poder evitarse se estimará como *necesario*. En otras palabras, se trata de clasificaciones que se relacionan y que en casos concretos pueden coincidir (ser un daño *directo* y *circa rem* o ser *indirecto* y *extra rem* a la vez), pero no se pueden confundir o asimilar porque, como se dijo, obedecen a parámetros de distinción diferentes.

En conclusión, estimamos que el texto de PAULO es el antecedente histórico del *daño necesario* o *directo*, por la explicación que se dio del mismo para justificar una indemnización más restringida en relación con otros pasajes del Digesto que consagran mayor amplitud indemnizatoria, y no puede asimilarse o identificarse esta clasificación con la de *daños circa* y *extra rem*.

Por último, es cierto que POTHIER utilizó la distinción romana para referirse a los daños previstos e imprevistos, pero es falso que puedan identificarse ambas clasificaciones. Volveremos sobre esto al tratar los daños previsibles.

2.- DERECHO COMUN.-

La noción de daño *daño necesario* o *directo* no es de origen romano, sino que es más bien fruto de la elaboración de los autores del Derecho común. Es a partir de la interpretación de textos como la Constitución del emperador JUSTINIANO (C, 7, 47) y de algunos pasajes del Digesto, que surge su elaboración con el significado jurídico que hasta el día de hoy tiene, aunque no siempre se haya entendido correctamente. En la formulación de este criterio delimitativo tienen un papel destacado tres autores: DUMOULIN, DOMAT y POTHIER.

A.- DUMOULIN (*Tractatus de id quod interest*)²⁸¹

La Constitución de JUSTINIANO (C, 7, 47) estaba destinada a limitar la indemnización de daños y perjuicio, distinguiendo para ello entre las obligaciones que contiene una cantidad o cosa cierta y los demás casos que son *incerti*. En las primeras, la indemnización no podía exceder a la cantidad del *duplo*, y en las segundas, debía indemnizarse *el daño realmente inferido*. Sobre la base de este texto — como veremos más adelante—, DUMOULIN

²⁸¹ Se ha tenido a la vista el texto existente en la universidad de Salamanca, correspondiente a la edición veneciana del *Tractatus*, t. 5, del año 1584, en la cual el autor aparece bajo el nombre de fantasía GASPAS CABALLINUS. La razón de este seudónimo era la necesidad de eludir la prohibición de publicación que le afectaba por haber sido incluido sus obras en el *Index*. Hacemos también presente que su nombre real es CHARLES DU MOULIN o MOLIN, y en latín MOLINAEUS. Esta es la razón por la que se conoce como DUMOULIN y MOLIENAEUS. Para mayor información sobre el tema, ver VIOLLET, PAUL, *Histoire du droit civil français*, reimpresión de la 3ª edición de 1905, Alemania, Scientia Verlag, 1966, p. 229; LUPOI, MAURIZIO, *Il dolo del debitore nel diritto italiano e francese*, Milano – Dott. A Giuffrè, 1969, p. 45, y LEÓN *De nuevo sobre el art. 1107 del código civil*, cit. p. 137 nota 7.

elabora la teoría de la previsibilidad para explicar la limitación al doble en los casos *certi*. Pero esta limitación estaba dirigida únicamente a los deudores de buena fe, y no se aplicaba tal beneficio al deudor doloso, quien debía responder de la totalidad del daño causado por su dolo. No obstante lo anterior, resultaba evidente que aún en caso de dolo la obligación indemnizatoria no podía extenderse hasta el infinito. Era necesario establecer un límite, y en el *pensamiento de DUMOULIN* esta limitación quedó representada por los *damnum remotum* o *remotum detrimentum*, a que se refieren los números 179 y 5 de su *Tractatus*²⁸².

En el número 179 del *Tractatus*, al analizarse los daños que deberán resarcirse en caso de un incendio provocado por el propio arrendatario del inmueble, DUMOULIN indica la extensión de la responsabilidad que recae sobre el autor del delito o incumplimiento doloso:

“Et adhuc in doloso intelligitur venire omne detrimentum tunc et proximè secutum, non autem damnum postea succedens ex novo casu, etiam occasione dictae combustionis, sine qua non contigisset; quia istud est damnum remotum, quod non es in consideratione.”

Se dice que DUMOULIN fue el primer autor en distinguir con claridad la inejecución del contrato, por un lado, y el delito o incumplimiento doloso, por el otro. En el primer caso, la indemnización no puede exceder del doble del valor de la cosa; limitación que se justifica en el hecho de que el deudor no puede ser obligado más que *al perjuicio que pudo razonablemente prever al contratar*. En caso de delito o incumplimiento doloso, la situación es diametralmente diferente: el responsable debe *reparar todos los daños que verdaderamente ha causado*. Pero no será obligado a indemnizar los perjuicios que resulten de un nuevo evento, aunque el hecho primitivo haya servido de *ocasión* a los mismos y sin el cual no se hubieren producido²⁸³.

²⁸² Ver LEÓN, *Gravedad de la culpa*, cit., pp 46 y ss., y “Acotaciones históricas al artículo 1.107”, cit., p. 591 y ss.. Ver también: FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 45; LUPOI, *Il dolo del debitore*, cit. p. 97, y DUMAS, *Les origines romaines de l'article 1150 du Code civil*, cit., p. 25

²⁸³ Debemos hacer presente que la opinión de que la Constitución de JUSTINIANO sólo se aplica en los incumplimientos contractuales y no a los delitos no era universalmente aceptada durante la edad media y solo triunfa definitivamente en el siglo XVI con ALCIAT, para quien los delitos están fuera de la esfera de aplicación de la Constitución o al menos son casos inciertos. Ver. DUMAS, AUGUSTE, *Les origines romaines de l'article 1150 du Code civil*, en *Etudes d'histoire juridique offertes a P.F. GIRARD par ses élèves*, Tome II, París, 1913, p. 25.

SOLEAU, en base a lo anteriormente expuesto, afirma que DUMOULIN fue el primer autor en dar una definición de *daño indirecto*²⁸⁴. Por nuestra parte, hacemos presente que el pasaje del *Tractatus* resulta también interesante por la distinción que se hace entre *causa* y *ocasión*, conceptos que siglos más tarde serán utilizados por los partidarios de la teoría de la causalidad adecuada.

Recapitulando, en el pensamiento de DUMOULIN, ***el responsable de dolo debe indemnizar sin restricción todos los perjuicios que puedan ser considerados como consecuencia del incumplimiento, y no puede exonerarse del daño imprevisible, pero sí del que resulta de una nueva causa, de una causa independiente, aunque se haya sufrido con ocasión del hecho doloso***²⁸⁵. De manera que se indemniza todo el perjuicio causado por el incumplimiento que sea próximo o directo, y no el remoto o indirecto — *damnum remotum*—, y lo será cuando en su producción han intervenido otras causas, sin las cuales no se habría verificado.

B.- DOMAT (Les lois civiles)

Antes de iniciar el análisis del concepto de *daño necesario* en la obra de DOMAT²⁸⁶, creemos conveniente efectuar tres observaciones. La primera dice relación con el conocimiento que el autor de *Les lois civiles* pudo tener del *Tractatus*. La opinión mayoritaria se inclina por estimar que desconoció la obra de DUMOULIN²⁸⁷. Para nosotros es difícil dar una opinión tajante al respecto, pero lo que sí posible afirmar es el hecho que no la cita y

²⁸⁴ SOLEAU, *La prévisibilité du dommage contractuel*, cit., p. 5

²⁸⁵ LEÓN, *Gravedad de la culpa*, cit., p. 46 y ss, y GATICA, *Aspectos de la indemnización de perjuicios*, cit., p. 135.

²⁸⁶ Para la exposición del pensamiento de M DOMAT se ha tenido a la vista la versión francesa de su obra titulada *Les Loix Civiles dans leurs Ordre Naturel; Le Droit Public et Legum Delectus*, Nouvelle édition, tome premier, Paris, 1777, y la versión italiana *Le Leggi Civili disposte nel loro Naturale Ordine*. Nuova edizione, t. IV, Pavía, 1826,

²⁸⁷ En este sentido, LUPOI, *Il dolo del debitore*, cit, pp. 61 y ss., y DUMAS, *Les origines romaines de l'article 1150 du Code civil.*, p. 26. Una opinión diferentes tendría VAN RYN —Responsabilité aquilienne et contrats, cit., p. 52—, al decir que DOMAT no hace mucho más que seguir a DUMOULIN.

que manifiesta un rechazo a la Constitución de JUSTINIANO, ya en desuso, por considerarla injusta e incompleta²⁸⁸.

Como segunda observación, es interesante precisar los deudores a quienes estimaba aplicables la limitación del *daño necesario*, y hacer presente la diferencia que aquí existe con el pensamiento de DUMOULIN y POTHIER. Mientras estos autores la concibieron como una limitación exclusiva para los incumplidores dolosos — a los culposos se les aplicaba el criterio de la previsibilidad—, DOMAT, estimó que el *daño necesario* o *directo* limitaba la responsabilidad tanto del deudor negligente como del doloso. ¿Significa esto que para DOMAT ambos deudores respondían de idéntica forma? No era esa la idea del autor, pues postulaba que determinadas partidas indemnizatorias debían ser evaluadas con mayor rigor cuando se trataba de un deudor de mala fe. Sin embargo, resulta fácil apreciar que en su pensamiento el doloso no respondía realmente de más daños que el negligente, sino que simplemente la valoración de estos perjuicios era diferente, con lo que nos encontramos que para diferenciar la carga resarcitoria de ambos tipos de incumplidores se utilizaba un criterio más bien auxiliar sin un campo de acción propio.

En todo caso, no es que DOMAT desconociera o no utilizara el criterio de previsibilidad, y por ello no pudiera utilizarlos para establecer la diferencia de régimen indemnizatorio, como lo hicieron DUMOULIN y POTHIER. Muy por el contrario, en su obra hace empleo del término hasta con tres sentidos diferentes. Incluso más, en una de sus aplicaciones sirve para excluir la indemnización de determinados daños; pero esta exclusión no es a favor de los deudores culposos, sino a favor del responsable por evicción, responsabilidad típicamente objetiva donde no interviene la negligencia. Como el criterio de la previsibilidad es analizada en otro capítulo, basta, por el momento, tener presente lo ya señalado, y lo que se dirá un poco más adelante, respecto a que en uno de los sentidos en que ella es utilizada se confunde con la causalidad.

Finalmente, y como tercera observación, se hace necesario una doble precisión terminológica. La primera dice relación con el hecho que, si

²⁸⁸ LUPOI, *Il dolo del debitore*, cit., p. 63

bien a DUMOULIN se le atribuye el mérito de haber definido el *daño directo*, se aclara que habría sido DOMAT el primero en utilizar la denominación de *daño indirecto*. Así opinan VAN RYN y SOLEAU²⁸⁹. El primero indica que DOMAT se habría referido al *daño indirecto* en el libro III, título V, sección segunda, números seis y diez, donde lo habría definido. En realidad, DOMAT se refiere a esta clase de daños en los números seis y once, pero, según se puede comprobar de la edición francesa e italiana de su obra —que fueron las consultadas en este trabajo—, en ninguna parte utiliza la expresión *daño indirecto*²⁹⁰. La que sí utilizó fue *suites éloignées*, y tal vez a ella se quiso referir el autor citado. En este sentido, hacemos también presente que el autor empleó también la expresión *suites immédiates*, aunque en otra parte de su obra²⁹¹.

La segunda precisión terminológica, la ha puesto de manifiesto LEÓN, quien acertadamente ha indicado que, pese a la creencia generalizada, fue DOMAT, y no POTHIER, el primer autor en acuñar el término *consecuencia necesaria*; expresión que mejor refleja la delimitación del daño a resarcir²⁹². Según veremos, la utiliza en uno de los ejemplos dados para explicar la extensión del daño.

Efectuada las observaciones, digamos que DOMAT parte su explicación indicando que las clases de indemnización se reducen a dos: una llamadas simplemente *intereses* y otras denominadas *daños e intereses*. El **interés** es la indemnización propia del deudor de una suma de dinero. Todos los otros daños, de cualquier naturaleza que sean, se llaman **daños e intereses**, es decir, incluye la indemnización por incumplimiento de cualquier otra obligación contractual como también la indemnización por daños causados por un crimen o delito. Agrega que entre ambas existe una diferencia porque **los daños a los acreedores de una suma de dinero —interés—**,

²⁸⁹ VAN RYN, *Responsabilité aquilienne et contrats*, cit., pp. 66 y 67, y SOULEAU, *La prévisibilité du dommage contractuel*, cit., p. 320.

²⁹⁰ *Les Loix Civiles*, cit., pp. 268 y 270 y *Le Leggi Civili*, cit., pp. 120 y ss.

²⁹¹ La expresión fue utilizada en el libro I, número XVIII, p. 37 y en el libro III, título V, p. 261 de *Les Loix Civiles*

²⁹² LEÓN, *Gravedad de la culpa*, cit., pp. 49 y ss. *De nuevo sobre el art. 1107 del código civil*, cit., p. 133, nota 1, y “*Acotaciones históricas al artículo 1.107*”, cit., pp. 589 y 590. Aunque aclara que a

son siempre uniformes y fijados por la ley; en cambio los *daños e intereses* son indefinidos y se extienden o limitan diferentemente por la prudencia del juez, según la calidad del hecho y las circunstancias²⁹³.

En la indemnización por los llamados *daños e intereses* —que son la materia de nuestro interés—, existen dos factores de extensión del perjuicio: calidad del hecho que provoca el daño (delito, engaño, culpa o negligencia o caso fortuito) y los acontecimientos que han seguido a este hecho (si se pueden imputar al autor o se encuentran unidos a otras causas). Es realmente este último factor el que determina la extensión del perjuicio tanto para el deudor de mala fe como para el deudor culposo.

Para DOMAT, en el caso de los *daños e intereses* es posible que, a partir del hecho que sirve de fundamento a la demanda de indemnización, nazca un encadenamiento de consecuencias y de acontecimientos que causen diversos perjuicios, los que pueden ser de dos clases: *consecuencias inmediatas* del hecho por el cual se demanda indemnización, es decir, ser éste la causa precisa y única de los daños, caso en el cual es evidente que ellos deben serle imputados al responsable. Pero también los perjuicios pueden ser consecuencias alejadas de tal hecho, el que ha sido simplemente la ocasión, y tener otras causas independientes o encontrarse unidos por algún caso fortuito, de suerte que no deben serle imputados²⁹⁴.

Nuestro autor habla de *consecuencias inmediatas* y *consecuencias alejadas*, lo que podría hacer pensar que la extensión del daño dice relación con un problema de mayor o menor cercanía en el espacio y tiempo con el hecho que fundamenta el juicio de responsabilidad. Sin embargo, el propio DOMAT se encarga de aclarar que no es el significado que debe darse a tales términos. A tal efecto, señala que aunque puedan parecer consecuencias alejadas, no deben considerarse de ese modo las pérdidas que son causadas por un mismo hecho, que tienen en él su única causa. Para explicar lo anterior, coloca el ejemplo de un arquitecto que se obliga a construir una casa

POTHIER corresponde el mérito de haberla desarrollado y dado a conocer.

²⁹³ DOMAT, *Les Loix Civiles*, cit., p. 259

²⁹⁴ DOMAT, *Les Loix Civiles*, cit., libro III, título V, pp. 261 y sección 2ª número 6, mismo libro y título,

y a entregarla en perfecto estado en un cierto tiempo a su propietario que ya la tenía comprometida para arriendo. Si no la entrega en buen estado en el plazo acordado o la entrega y está defectuosa y una parte se derrumba, por cualquier causa de responsabilidad del profesional, este evento causará tres tipos de pérdidas: los gastos para reconstruir la vivienda, los arriendos que el propietario debería obtener y los daños e intereses que a su vez él deberá a su arrendatario. Aunque la segunda y tercera pérdida parezcan alejadas del hecho del arquitecto, como ellas no tienen ninguna otra causa y el contrato comprende la obligación de entregar el inmueble en estado de ser habitada, estos perjuicios pueden serle imputados²⁹⁵.

De lo anterior, ***queda claro que la determinación del daño indemnizable no es un problema de proximidad o lejanía.*** Corresponde ahora precisar cuál es el verdadero significado de la expresión *daño inmediato* o *necesario*, pues, como resultará evidente, no basta decir simplemente que tiene otras causas, porque inmediatamente surge la pregunta: ¿cuándo se considera que existen esas otras causas? Para tal efecto, nuestro autor se vale de tres ejemplos que pasamos a exponer.

a.- Caso del incumplimiento del contrato de arrendamiento.

Un mercader arrienda un local comercial para una feria a realizar en una ciudad donde él no tiene domicilio. Cerrado el trato, traslada su mercadería al lugar donde se encuentra el inmueble; pero el arrendador fue desposeído del mismo (por una evicción, por una facultad de recompra, o algún motivo semejante), de suerte que no pudo ejecutarse el contrato. En estas circunstancias, el comerciante se encuentra obligado a arrendar otro local más caro o puede suceder que no encuentre ninguno, perdiendo la ocasión de la venta de sus mercaderías en la feria y, con ello, la obtención de recursos con lo que esperaba pagar una deuda apremiante, por lo que finalmente cae en bancarrota.

p. 268
²⁹⁵Ibid., p. 270

Señala DOMAT que de la relación de estos hechos se aprecia la existencia de muchos daños que pueden sufrirse por diferentes acontecimientos. Resulta, entonces, necesario efectuar ciertas distinciones para determinar cuáles tienen por consecuencia la inejecución de este arriendo, debiendo imputarse al que debía dar el local, y cuáles pueden tener alguna otra causa a las que ellos se encuentra unidos, por lo que no pueden ser imputados al arrendador.

Suponiendo que encuentre otro inmueble, existirá el daño del mayor valor del arriendo de este último, el que sin duda deber ser indemnizado. En el caso de que no encuentre otro local para arrendar, del ejemplo dado se aprecia tres clases de perjuicios: gasto del transporte para llevar y traer la mercadería, pérdida del provecho que se obtendría de la venta de la mercadería y la bancarrota. Pasamos a analizar cada una de estas partidas.

1) La pérdida del transporte. Es calificada por DOMAT como una **consecuencia necesaria** (*fuité néceffaire*) de la inejecución del contrato, pues no tiene otra causa, y se le debe imputar al arrendador incumplidor²⁹⁶.

2) La pérdida del provecho por la venta de la mercadería. Se califica también como una consecuencia de esta inejecución; pero se diferencia del anterior, porque aquél se puede estimar fácilmente, al tener como causa cierta y precisa el incumplimiento del contrato de arriendo. Por el contrario, **esta pérdida de ganancia no puede conocerse con facilidad**, pues no depende sólo de tener un local, sino que intervienen además otros acontecimientos futuros e inciertos: abundancia de mercadería, falta de dinero, pocas compras, o, a la inversa, abundancia de dinero, ser la productos del comerciante diferente a las demás, gran número de compradores, etc.

En definitiva, todos estos acontecimiento hacen que sea incierto reflejar el provecho más o menos grande que se podía esperar de la feria; igualmente, puede suceder que no habría tenido ganancias, sino solo pérdidas; e incluso que el comerciante podría obtener ganancias vendiendo sus

²⁹⁶ Ibid., p. 261. Como ya se adelantó, observará el lector que aquí se encuentra empleada la expresión *consecuencia necesaria*, atribuida generalmente a POTHIER, y puesto de manifiesto su verdadera autoría

mercancías en otro lugar. Se concluye que al arrendador no se le debe condenar a la más grande ganancia esperable; pero debe soportar alguna parte de ella, y es justo arbitrar alguna indemnización y de reglarla según las circunstancias.

3) La bancarrota del mercader es considerada un acontecimiento imprevisto, que tiene su causa particular en el estado de sus negocios. Desde el punto de vista del incumplidor sería un caso fortuito, que no debe serle imputado²⁹⁷.

Los daños de la primera clase no requieren mayor comentario, porque bajo cualquier punto de vista que se considere deben ser estimados enteramente resarcibles o, como diría DOMAT, siguen necesariamente de la falta de arrendamiento. La pérdida de ganancia también es indemnizable, pero se resta la que podría obtener en otro tiempo y lugar y se considera también la abundancia de mercadería (oferta) y la escasez de dinero de los compradores (demanda)²⁹⁸. Esta partida se estima en sí indemnizable, pero atendida la falta de certeza del lucro cesante, por los diferentes factores en juego, el autor es de la idea de concederla solo en parte. En definitiva, no es un problema de extensión del daño, sino de certidumbre del mismo, aspectos relacionados, pero que no deben confundirse. Finalmente, el perjuicio por la quiebra nunca se indemniza. Se considera a la bancarrota un acontecimiento imprevisto que tiene otra causa; se estima un caso fortuito con respecto al deudor. Se aprecia que aquí la imprevisibilidad está referida más bien al evento dañoso que al daño, es decir, en el sentido que tiene en el artículo 1105 del Código civil español y no en el 1107 del mismo cuerpo legal.

b.- Caso del comerciante que encarga mercadería.

Un comerciante contrata con el dueño de una fábrica una cierta cantidad de mercaderías, las que debían ser entregadas un día determinado para embarcarlas a otro mercado. En señal del acuerdo, deja pagada la totalidad o una parte del precio. El día acordado llega con los carruajes para

por LEÓN.
²⁹⁷Ibidem.

recibir las; pero ellas no son entregadas. En el ejemplo, el comerciante sufre cuatro daños: gastos de transportes; ganancia que se esperaba obtener vendiendo en otro mercado los productos comprados y no entregados; provecho que se obtendría con la venta de nuevas mercaderías, adquiridas en el lugar donde se venderían las primeras y con el dinero que con ellas se obtuvieran; y, finalmente, interés por el dinero entregado.

DOMAT indica que no existe problema respecto al gasto de transporte y el interés del dinero adelantado por la mercadería, los cuales deben indemnizarse. Por el contrario, la tercera clase de daño (la ganancia de la venta de los artículos que se habrían podido comprar en el lugar en que se pensaba vender la primera mercancía no entregada por el fabricante), no es indemnizable. La razón para negar su resarcimiento es que se trata de un hecho muy alejado del incumplimiento de la obligación de suministrar las mercaderías, por lo que no debe serle imputado al deudor. Finalmente, respecto a las ganancias que se esperaban obtener, si los productos comprados al fabricante hubiesen sido embarcadas para venderlo en otro lugar, DOMAT dice que algo de esta ganancia se debe indemnizar, pero no todo, porque se trata de una ganancia que no es cierta, debido a que los bienes comprados podían naufragar en el viaje o por otras causas podría no haber ganancia, y es el juez quien, prudentemente, debe moderar la indemnización según las circunstancias y usos particulares²⁹⁹.

En atención a su relación con el incumplimiento, y al igual que en el caso anterior, nos encontramos con que los perjuicios pueden agruparse en **tres clases**: los que deben ser indemnizados totalmente (desembolsos por transportes e interés por el dinero adelantado); gastos que deben resarcirse, pero debido a su naturaleza incierta, no debe serlo en su totalidad, y, por último, los que en ningún caso son resarcibles por ser alejados del incumplimiento. Para BARCELONA tanto la quiebra del primer ejemplo, como la pérdida del provecho en el segundo, derivan de la específica situación económica financiera del acreedor, es decir, de la falta de capital monetario

²⁹⁸ BARCELONA, *Inattuazioni dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit. pp. 130 y ss.

²⁹⁹ DOMAT, *Les loix civiles*, cit., libro III, título V, pp. 261 y 262.

con la cual hacer frente a los compromisos asumidos o adquirir otras mercancías para importar³⁰⁰.

c.- Caso del viñedo.-

Es el tercer ejemplo dado por el autor para explicar su sistema de extensión del daño. Trata el caso del propietario de una viña que contrata el transporte para vendimiar en un día determinado; pero llegada la fecha acordada el transportista no se presenta y el viñatero se ve obligado a contratar otro conductor a un precio más alto; o puede suceder que no encuentre porteador en ese momento, razón por la cual la viña no puede ser vendimiada, y llega una granizada que hace perder toda la cosecha, único recurso con el que el propietario esperaba pagar un acreedor, que enseguida le embarga y vende sus bienes.

En el caso que encuentre transporte, el porteador incumplidor estará obligado a lo que habría costado de más el segundo contrato de acarreo. En el segundo caso, DOMAT nos dice que **es cuestión de derecho** determinar si debe indemnizar la pérdida de esta cosecha y los daños por el embargo. Señala que **el embargo y la venta del bien es una consecuencia muy alejada del hecho del transporte** y además tiene otra causa en el desorden de los negocios del dueño de la viña, por lo que dicha pérdida no deba ser resarcida. Hasta aquí, dice lo mismo que en el primer ejemplo; pero, en refuerzo de su argumento, añade que **las condiciones para el responsable no deben ser más gravosas por haber incumplido a una persona que estaba en las circunstancias de tal necesidad como las descritas**, en lugar de haber incumplido a una persona cuyos negocios se encontraban en mejores condiciones.

Respecto a la pérdida de los frutos, son las circunstancias del caso concreto las que permitirán decidir si deberá indemnizarse la totalidad, una parte o incluso nada. Así, si no pudo cumplir por impedirlo un caso fortuito nada deberá. En caso contrario, es necesario considerar si el deudor incumplió por mala fe (prefirió un contrato más provechoso), o por

³⁰⁰BARCELLONA, *Inattuazioni dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit., pp. 132 y 133

simple negligencia. Se menciona también como otro factor a considerar, el haber estado en manos o no del acreedor contratar otro transporte. Según estas circunstancias y otras semejantes, se juzgará si será obligado a alguna indemnización o sino deberá ninguna.

Como puede verse en este ejemplo, al igual que los anteriores, **DOMAT distingue entre daños que son consecuencia inmediata del hecho y los que no lo son. En los primeros, distingue a su vez los que deben ser indemnizados en su totalidad y los que pueden ser indemnizados totalmente o sólo parcialmente, en atención a otros factores diferentes**, como sería la posibilidad de haber **evitado o reducido el daño** (posibilidad de haber efectuado una contratación alternativa que supla el incumplimiento), **la certidumbre del daño y la cualidad del incumplimiento** (negligencia o mala fe del deudor)³⁰¹; pero sobre estos últimos factores no existe gran precisión por parte del autor.

Respecto a los daños no indemnizables, se dan básicamente dos razones para negar su resarcimiento: tratarse de consecuencias lejanas y que pueden haber tenido otras causas. Ya hicimos alusión a la aclaración del propio autor, en el sentido de que muchas veces, aunque las consecuencias parecen alejadas, deben de todas formas indemnizarse. Luego, a pesar de las expresiones en este sentido, la falta de proximidad espacio-temporal entre el daño y el incumplimiento no puede considerarse un motivo valedero para negar la indemnización.

Queda, entonces, como único fundamento para descartar su resarcibilidad, el tratarse de daños que tienen otras causas. Sin embargo, estimamos que no es éste el verdadero motivo que lleva a negar la indemnización, y ello por varias razones.

En primer lugar, estamos de acuerdo en que el deudor no debe indemnización cuando los perjuicios se deben a una causa distinta del incumplimiento, o sólo se deberán en forma parcial cuando exista concurso de causas (como sería en los casos en que concurre la culpa de la víctima). Pero

³⁰¹ Puede incluso exonerarse si el incumplimiento se debe a caso fortuito, pero en ese caso ya no nos encontramos en un supuesto de responsabilidad que obligue a determinar el daño indemnizable.

lo cierto es que en tales situaciones, **no estamos ante un problema de extensión del daño, pues aquí la cuestión es determinar si tal perjuicio fue efectivamente causado por el demandado**³⁰². Además, para excluirlos del resarcimiento, no es necesario acudir a los conceptos de daño *directo* o *consecuencia necesaria*, sino que basta con indicar que el deudor sólo debe indemnizar el perjuicio que su incumplimiento ha efectivamente causado.

En segundo lugar, como se ha indicado acertadamente por algunos autores, la distinción entre causa y ocasión, utilizada para decidir que daños se indemnizan y cuáles no, según si el incumplimiento es la causa o solamente la ocasión del perjuicio, *carece de toda precisión y deja sin resolver el problema del criterio que permita dilucidar uno y otro*. Esta falta de precisión determina su utilización en situaciones en que realmente no se está decidiendo un problema de causas, como sucede, precisamente, en los ejemplos suministrados por DOMAT.

En tercer lugar, porque aunque efectivamente pueden intervenir otras causas junto al incumplimiento para producir el daño, no es esa la verdadera razón para excluir la indemnización, ya que **resultaría contrario a la equidad dejar de indemnizar un perjuicio por la sólo circunstancia de concurrir en él otras causas**, y no dar a lo menos una indemnización parcial, como ocurre en los ejemplos proporcionado por el autor de *Les loix civiles*, en el caso de los lucros cesantes.

En cuarto lugar, **porque se acepta indemnizar un daño, aunque en su producción concurren materialmente otras causas**. En efecto, en el ejemplo del arquitecto que construye una casa defectuosa —visto a propósito del problema de la lejanía del daño—, DOMAT indica que se debe indemnizar, entre otros daños, la renta que el propietario dejará de percibir por los defectos de la casa y las indemnizaciones debidas a su arrendatario por incumplimiento del contrato de arriendo. Estos daños obedecen a dos causas: el

³⁰² Aquí pudiera incluso plantearse el problema de las llamadas *causas hipotéticas del daño*, que en opinión de PANTALEÓN —*Del concepto de daño*, pp. 12 y ss.—, mira a la determinación o cálculo del *quantum* de la indemnización, y no a la relación causal; pero en todo caso, aunque así fuere, en ningún caso estaríamos ante uno de los problemas a que intenta dar solución el criterio del *daño directo* o *necesario*.

incumplimiento del arquitecto y el contrato de arriendo con un tercero, y la falta de cualquiera de ellas habría determinado que el daño no ocurriera. No obstante ello, no se duda en declarar estos daños totalmente resarcibles. Luego, la exclusión de los daños no va simplemente por haber interferido otra causa.

Finalmente, en los ejemplos dados en que el embargo de los bienes se produce por la difícil situación económica que existía antes del incumplimiento, **no se puede hablar de la intervención de una nueva causa, pues la situación financiera existía con anterioridad al incumplimiento.** Por lo mismo, muchas teorías causales —de la causa próxima entre ellas— no consideran a estas circunstancias causas del perjuicio. En verdad, más que ante una causa, estamos más bien ante una preexistencia del acreedor.

Es por lo dicho que estimamos acertada la opinión de BARCELLONA, cuando indica que de los tres ejemplos anteriormente transcritos (incumplimiento de contrato de arrendamiento, comerciante que encarga mercadería y caso de viñedo), aparece claro que el criterio introducido por la distinción causa y ocasión no evoca un problema causal y tampoco un problema de regularidad o tipicidad, o un problema de equilibrio equitativo de intereses contrapuestos. Por lo demás, resulta evidente que estos daños no se habrían verificado sin el incumplimiento del deudor. La función de esta distinción es otra, y consiste en excluir la resarcibilidad de un cierto tipo de daño: *se desea prescindir de los daños producidos por circunstancias particulares de carácter más o menos insólitas en cuanto a su conocimiento.* En otras palabras, se niega su indemnización por ser *perjuicios irregulares o anormales*, y más exactamente, **se quiere evitar que el deudor soporte el riesgo de la particular situación patrimonial del acreedor**³⁰³.

En DOMAT ya no rige la Constitución de JUSTINIANO y, por tanto, no se aplica la distinción entre casos *certi* e *incerti* ni el criterio de la limitación al *duplum*. Al faltar estos supuestos, **el daño resarcible se determina o define en atención a la naturaleza de la obligación incumplida y el uso**

³⁰³BARCELLONA, *Inattuazioni dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit., pp. 134 y ss.

particular o determinado de las mercaderías o la prestación contratada; y, por lo mismo, pasa a ser relevante el específico proyecto económico que motivó al acreedor a contratar la prestación que finalmente le fue incumplida. En este sentido, recordemos que los ejemplos ya transcritos nos muestra que el daño indemnizable está en función de la destinación dada a la prestación incumplida.

Esta nueva construcción o definición del daño —sobre la base de la particular destinación de mercadería y de la función económica perseguida—, produce *una ampliación de la indemnización*. Ello exige, como contrapartida, ***una regla de cierre***, en virtud de la cual el área del daño indemnizable se redefine por medio de una indicación de carácter negativo. Para BARCELONA esta regla de cierre determina la absoluta irresarcibilidad de los perjuicios que puedan derivarse de la iliquidez en que se encuentre el acreedor a consecuencia de la falta de transformación monetaria del capital que hubiere anticipado³⁰⁴.

Por lo expuesto, el criterio utilizado por DOMAT al hablar de causas alejadas, y distinguir entre causa y ocasión, no evoca un problema causal, sino ***un preciso criterio de delimitación del daño*** (o “regla de cierre”, como la llama BARCELONA), que *excluye la indemnización de dos tipos o categorías de perjuicios: en primer lugar, los derivados única y exclusivamente de la falta de medios económicos del acreedor, en que queda a consecuencia del incumplimiento; y en segundo lugar, aquellos daños que si bien son propios del incumplimiento, no pudieron evitarse por el acreedor, precisamente, por impedírsele su deficiente situación económica.*

Ejemplo de los daños derivados de la falta de recursos económicos causados por el incumplimiento, sería el embargo y venta de los bienes del propietario de una finca, en el caso de las viñas destruidas por una granizada debido a la falta de transporte oportuno. Ejemplo de perjuicios que son propios del incumplimiento, y que el acreedor no pudo evitar por falta medios económicos, sería el caso del comerciante que compró mercaderías con la finalidad de venderlas y con lo obtenido adquirir nuevos productos para volver

a venderlos; pero debido a que no le entregaron las primeras, no pudo venderlas ni posteriormente comprar nuevas. Esta situación pudo salvarse, si el comerciante hubiese contado con medios económicos para adquirir las segundas mercaderías, no obstante no contar con el dinero de la venta de las primeras.

En definitiva y resumiendo, la regla de cierre, representada por el daño necesario, implica que no se indemnizan los perjuicios producidos por la difícil situación económica del acreedor y que no habrían tenido lugar si éste hubiese estado en mejor situación patrimonial.

Como se aprecia, ello nada tiene que ver con un problema de causalidad o de alejamiento del daño.

Debemos hacer presente que fuera de los tres casos señalados, sobre la base de los cuales se explicó este criterio de delimitación del daño, DOMAT relata otro ejemplo en el título dedicado a la compraventa³⁰⁵.

Es digno también de resaltar en DOMAT una claridad conceptual en un tema que, hasta el día de hoy, suele ser expuesta en forma ambigua y un tanto confusa por los autores. No referimos a la distinción que debe hacerse

³⁰⁴ Ibid., p. 137

³⁰⁵ En el libro I, título II, del contrato de venta, indica que **el vendedor en mora de entregar debe los daños e intereses que el retardo hubiere causado al comprador, según el estado de las cosas y circunstancias**. Así, el vendedor de una finca en demora de entregarla, debe al comprador el valor de los frutos que se le ha impedido percibir. Por su parte, el vendedor obligado a entregar en un cierto día y lugar vinos, trigos u otros productos, cuyo precio aumenta en el día y lugar donde la entrega debió ser hecha, **el valor se deberá aumentar**, en razón de dicho día y lugar, **por un monto equivalente al provecho que éste hubiere reportado revendiéndolo o por la pérdida que sufre, si por su uso está obligado a comprar otros a un precio superior**.

A continuación, precisa que **el provecho o la pérdida, a considerar en los daños e intereses del comprador, deben restringirse a los que pueden ser imputados al retardo y que son una consecuencia natural u ordinaria o que se han podido esperar**, como son los daños e intereses indicados anteriormente, y como serían aún en el mismo caso los gastos que había hecho el comprador para venir a recibir y poder transportar los granos comprados y las otras consecuencias inmediatas que se deban naturalmente esperar del retardo. **Pero no se debe extender los perjuicios a las consecuencias más alejadas e imprevistas**, que son más bien un efecto extraordinario de algún acontecimiento y de alguna conjetura, que nace del orden divino más que del retardo de la entrega. **Para ejemplificar esto último**, indica que si el vendedor no entrega en el día y lugar los granos vendidos, y el comprador, a consecuencia de ello, **se ha abstenido de hacer un transporte y un comercio con estos granos en otro lugar**, donde habría podido venderlos más caros que en el sitio donde la entrega debió ser hecha, **o si por culpa de estos granos, él ha sido obligado a devolver a sus obreros y hacer cesar una obra de la que su interrupción le ha causado un daño muy considerable**, el vendedor no será obligado a esta falta de

en materia de indemnización de perjuicios entre las cuestiones que son de mero hecho y las que son de derecho o jurídicas. Señala que en materia de daños o intereses existen dos clases de preguntas o cuestiones.

La primera, consiste en saber si los daños son o no debidos, es decir, consiste en decidir si estará o no obligado a la indemnización el sujeto a quien se le imputa el hecho en cuestión. Expresa que lo anterior **será siempre una cuestión de Derecho o jurídica**, y da como ejemplo el caso del que sacrifica un bien ajeno —un barco— para salvar el suyo. Una vez decidido lo anterior, **la segunda cuestión es saber en qué consisten los perjuicios**, discernir la extensión de los daños acaecidos, esto es, decidir los que deberán ser indemnizados por el imputado y los que no. A menudo un solo hecho da lugar a diversos daños, y entonces surge la interrogante de saber si el deudor será obligado a repararlo todos o sólo algunos y, en su caso, cuáles. El determinar qué perjuicio debe indemnizarse **es también una segunda cuestión de derecho**³⁰⁶. Pero también existen aspectos que son de mero hecho. Una vez decidida las propiamente jurídicas, **queda una tercera: saber en cuanto se deben estimar los perjuicios**, lo que se considera una **cuestión de hecho**³⁰⁷.

En resumen, para DOMAT existen dos temas jurídicos y uno de hecho. Es de derecho decidir si el demandado puede o no ser obligado a la reparación del perjuicio por considerársele responsable de los mismos y en la respuesta afirmativa, es también una cuestión jurídica el determinar entre todos los daños causados, cuáles serán los que en definitiva deberá indemnizar el responsable. En cambio, es de hecho la cuantificación de estos perjuicios.

C.- POTHIER (*Traité des obligations*)

De los tres autores, es sin duda el más conocido y su obra la más divulgada. Además, si bien en la formación de los criterios limitativos el aporte

ganancia ni a este daño expuesto, que no son tanto las consecuencias que se puedan imputar al retardo de la entrega, como los efectos del orden divino y caso fortuito del que nadie debe responder. Ibid., p. 37.

³⁰⁶ Ibid., p. 268.

de los tres autores es destacable, se reconoce al autor del *Traité* el mérito de haber sistematizado los conceptos de daño previsible y necesarios —y al decir de algunos, haber traducido en correcto francés la obra de DUMOULIN—; labor que por lo demás sirvió de inspiración al Código Civil francés y de ahí a los Códigos que lo siguen.

Es indudable que POTHIER conoció el *Tractatus*, pues lo cita expresamente en su obra y, en cierto sentido, reconoce ser tributario del pensamiento de DUMOULIN en muchas de sus afirmaciones; pero en lo que no existe claridad es en el conocimiento que tuvo de la obra de DOMAT, pues no hace referencia a él. No obstante, la mayoría de los autores considera que debió conocer su obra³⁰⁸, aunque algunos como LUPOI indican con total seguridad lo contrario³⁰⁹. Si realmente la conoció o no es un misterio al que no podemos dar respuesta. Lo que sí estamos en condiciones de afirmar es el hecho que en su obra coincide en algunas argumentaciones y términos utilizados por DOMAT, y en otros casos da la impresión que reelabora teorías expuestas por este autor. A modo de ejemplo, recuérdese lo señalado por LEÓN referente a la expresión *consecuencia necesaria* utilizada por primera vez en *Les loix civiles* y la gran coincidencia entre ambos en la explicación de los daños que deben considerarse alejados del incumplimiento, tema que ya vimos según DOMAT y ahora pasamos a ver según el pensamiento del profesor de Orleans.

POTHIER parte de la base de que no se deben indemnizar todos los perjuicios, sino que es preciso distinguir entre el incumplidor doloso y el que no lo es. Este último sólo responde de aquellos daños que se pudieron prever al tiempo de celebrarse el contrato y en la cuantía que corresponda, según la facultad moderadora aplicada por el juez. Por el contrario, si el deudor ha incurrido en dolo, no rigen los principios anteriores y la indemnización debe ser completa, ya sean daños intrínsecos o extrínsecos, y sin necesidad de averiguar si puede o no presumirse que él pensó en ellos al tiempo de obligarse. Sin embargo, aún ante incumplimientos de esta naturaleza la

³⁰⁷ Ibid., p. 268.

³⁰⁸ Así DOMÍNGUEZ HIDALGO, *El daño moral*, cit., p. 497.

indemnización no puede ser ilimitada, y *se debe buscar un límite, lo que se logra redefiniendo el área del daño jurídicamente relevante mediante una regla de clausura o cierre*. En opinión de BARCELLONA, esta regla de cierre consiste básicamente en no indemnizar la falta de retransformación del dinero en mercancía, y de este modo se redefine en forma negativa el riesgo positivamente descrito por la previsibilidad. De este modo, coincide con DOMAT en motivos, contenido y técnicas argumentativas³¹⁰.

Para ilustrar la extensión del perjuicio según este nuevo criterio de delimitación, POTHIER se vale del ya clásico ejemplo de la venta, a sabiendas, de una vaca enferma que contagia al resto del ganado. Al decir del autor, el dolo obliga en este caso al pago completo de los daños que resultan del contagio, es decir, no sólo al pago de las vacas vendidas, sino también al resto del ganado. Luego se pregunta si la responsabilidad se extenderá a los perjuicios que más lejana e indirectamente derivan del dolo, como serían la imposibilidad de cultivar las tierras por el contagio de los bueyes y el remate de su finca a vil precio por parte de los acreedores, a quienes no pudo pagar por la falta de cultivo del campo. **Sienta la regla de que no deben comprenderse los daños que además de ser una consecuencia remota del dolo no son una consecuencia necesaria y pueden tener otras causas**³¹¹.

No son pocos los autores que llegan hasta la regla recién expuesta al analizar el *daño necesario* según las enseñanzas de POTHIER, y enseguida concluyen que la imposibilidad de cultivar las tierras y el remate de la finca a vil precio no se indemnizan. Piensan erróneamente que el *Traité* excluye en forma absoluta la indemnización de tales perjuicios³¹². Sin embargo, la exposición

³⁰⁹ LUPOI, *Il dolo del debitore*, cit., p. 67.

³¹⁰ BARCELLONA, *Inattuazioni dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit., pp. 153 y ss.

³¹¹ POTHIER, *Traite des obligations*, cit., n. 166 y 167, p. 189 y 190

³¹² Lo curioso es que incluso dentro de los autores franceses el ejemplo de las vacas se da en forma incompleta. Así: PLANIOL, *Traité pratique de droit civil français*, cit., p. 183; MARTY, *Derecho Civil. Teoría general de las obligaciones*, v. II, Traducción José M. Cajica Jr., Puebla - México, Edit. José M. Cajica Jr., y MAZEAUD, HENRI y otros, *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual* y otros, cit., pp. 782, 783 y 787.

En la doctrina Chilena, se comete la misma falta. Así a modo de ejemplo: GATICA, *Aspectos de la indemnización de perjuicios*, cit., p. 101, y GONZÁLEZ PRAT, GUILLERMO, *De la indemnización*

sobre el daño necesario a través del ejemplo continúa, y se analiza por separado cada uno de los perjuicios anteriormente indicados.

Respecto al embargo sufrido, el vendedor doloso no será obligado, pues es una consecuencia muy alejada y muy indirecta de su dolo, y no hay una relación necesaria porque aunque la pérdida de las bestias haya influido en el trastorno de la fortuna del acreedor, pudo haber tenido también otras causas. Se agrega que esto es conforme a la doctrina de DUMOULIN, cuando en el número 179 habla de los daños a que es obligado el arrendatario de una casa incendiada por su malicia.

En cuanto a la falta de cultivo campo, parece ser una consecuencia menos alejada del dolo del vendedor. Estima POTHIER que el deudor no debe ser obligado a la indemnización, o al menos no a su totalidad. La razón es que **la ausencia de siembra del predio no es una consecuencia absolutamente necesaria** de la pérdida de los animales, y el comprador podría haber obviado este daño comprando otras bestias con las que cultivar el predio, y en caso de no tener los medios para adquirirlos, habría alquilado los animales para la faena o, en último término, arrendando el inmueble. Sin embargo, como habiendo recurriendo a estos expedientes, **no habría obtenido tanto provecho de sus tierras**, como si lo hubiese hecho el mismo con sus bueyes que murieron debido al dolo de su vendedor, **algo de estos daños e intereses deben ser indemnizados**³¹³.

Como primera observación, debemos indicar que, al igual que en DOMAT, “*el verdadero fundamento de esta decisión no está en el hecho de la proximidad o lejanía de los daños respecto a la entrega del animal enfermo*”³¹⁴. De modo que la solución al problema de determinar si estos perjuicios son o no resarcibles supera abiertamente la cuestión de la lejanía o cercanía espacio

de perjuicios por inejecución de las obligaciones, Memoria de Prueba, Santiago de Chile, Imprenta Electra, 1928, p. 140.

Dentro de la doctrina española, hace excepción a esta común falta, LEÓN, *La gravedad de la culpa*, cit., quien hace un extenso análisis de la obra de POTHIER sobre la materia (pp. 45 y ss.). En forma reciente, también SOLER, *La valoración del daño*, cit. p. 63.

³¹³ POTHIER, *Traité*, cit., n. 167, pp. 190 y 191

³¹⁴ LEÓN, “*Acotaciones históricas al artículo 1.107*”, cit., p. 590

temporal entre el incumpliendo y el daño. Por lo mismo, POTHIER desplaza los términos remoto e indirecto por la expresión *consecuencia necesaria*.

Del ejemplo dado, se desprende **la existencia de tres clases de daños claramente diferenciados**: el valor de la vaca enferma y el resto del ganado contagiado, la falta de cultivo de las tierras y, por último, los perjuicios derivados del desastre económico. El primero se considera totalmente indemnizable, sin lugar a ningún tipo de duda y sin, por supuesto, entrar a considerar si es previsto o imprevisto (estamos ante un caso de incumplimiento doloso). ***Para resolver la indemnización de las dos clases restantes, POTHIER introduce el concepto de daño necesario***, y para aclarar su significado, se remite a DUMOULIN. Junto a él indica que *el perjuicio no es necesario cuando al producirlo han intervenido otras causas, sin las cuales él no se habría verificado o de verificarse habría podido ser evitado*.

Volviendo a las dos clases de daños restantes, podemos decir que en base a ellas se formulan dos reglas o principios.

La primera regla, establece que el nexo de causalidad no se interrumpe por el carácter remoto de los perjuicios, sino por la evitabilidad de los mismos.

En el ejemplo, esta regla es aplicada a los menoscabos sufridos por la falta de siembra. Se niega su resarcimiento sobre el presupuesto de que esta consecuencia habría podido ser evitada por el comprador recurriendo a medios de cultivos extraordinarios. Se reprocha al adquirente una actitud negligente y se imputa a ella el daño en cuestión, excluyendo la existencia de un nexo causal necesario o suficiente entre dicho perjuicio y la culpa del vendedor. Pero como se reconoce que aún así el acreedor diligente no habría podido evitar la totalidad del daño sufrido, se admite la reparación por el menor provecho derivado de una siembra de emergencia, respecto de la que habría obtenido laborando el terreno con sus propias bestias³¹⁵.

³¹⁵ LEÓN, *Gravedad de la Culpa*, cit., pp. 48 y ss., y “*Acotaciones históricas al artículo 1.107*”, cit., pp. 591 y ss.; y FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità*, cit., pp. 44 y ss. Nótese que de esta forma se admite

Según LEÓN, de lo expuesto anteriormente se desprende que “*el nexo de causalidad entre incumplimiento y ulteriores daños se interrumpe, no ya en razón de su eventual carácter remoto, sino por la evitabilidad de los mismos por parte del acreedor diligente*”. Hace presente también la conexión racional e histórica de este principio, tanto con la regla de POMPONIO (D 50, 17, 203), como la coincidencia con la interpretación más autorizada del texto de PAULO (D. 19, 1, 21, 3), en el sentido de que no se indemniza el lucro por la reventa ni los esclavos que mueren de hambre por la no entrega del vino, porque se debieron a la propia culpa del acreedor³¹⁶. Debemos eso sí tener presente que si bien es cierto que el principio de la evitabilidad del arranque de los textos romanos, también lo es el hecho de que los justinianos lo consideraron aplicable sólo a los casos de incumplimiento sin dolo y, por el contrario, no lo era cuando el deudor contractual había actuado dolosamente (D. 19,1, 45, 1)³¹⁷.

En opinión de FORCHIELLI, el único punto sobre el cual POTHIER no toma decisión es el supuesto en que el comprador usando la normal diligencia no hubiese logrado cultivar la tierra; pero esta duda desaparece si se toma en cuenta la parte de su relato donde dice que no obstante el cultivo extraordinario la ganancia será menor y el deudor debe resarcir la diferencia. Se deduce entonces que para POTHIER son resarcibles todos los daños que el acreedor usando la normal diligencia no habría podido evitar³¹⁸.

De todo lo dicho se puede apreciar que ***la expresión daño necesario evoca en mejor forma el verdadero sentido de esta regla de delimitación***, como además lo ha hecho ver la doctrina en Francia e Italia³¹⁹.

Resumiendo, debe indemnizarse todo el perjuicio causado por el incumplimiento, sin importar que sea remoto o alejado, siempre que sea un daño necesario, esto es, no evitable por el acreedor utilizando la mediana diligencia³²⁰.

la reparación de un daño típicamente indirecto en el sentido literal del término.

³¹⁶ LEÓN, “*Acotaciones históricas al artículo 1.107*”, cit., p. 592.

³¹⁷ RATTI, *Il risarcimento del danno nel diritto gustiniano*, cit., p. 189.

³¹⁸ FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 46.

³¹⁹ *Ibid.*, pp.48 y ss.

³²⁰ LEÓN en España y FORCHIELLI en Italia se preguntan cuál es la relación entre daño inevitable o

La segunda regla o principio establece que no se indemnizan los daños derivados de la insolvencia del acreedor.

En el ejemplo dado no se repararan los perjuicios ocasionados por el embargo y remate de los bienes a vil precio. Nos encontramos aquí ante un supuesto diferente al resuelto por la primera regla, pues este tipo de daños no son indemnizables, con absoluta independencia de si el acreedor pudo o no evitarlos. No interesa saber si se pudo o no evitar. Tampoco interesa determinar si la quiebra del acreedor pueda o no considerarse causa del incumplimiento contractual, ya que se declaran no resarcibles aunque el incumplimiento en cuestión pueda haber influido en el desastre económico del acreedor.

Los perjuicios derivados del embargo y del remate parecen calificarse de indirectos o no necesarios, entre otros motivos, por derivar de una causa diferente del incumplimiento. Sin embargo, pese a las apariencias, nunca ha sido ésta realmente la razón para negar su resarcimiento. En primer lugar, porque si así fuera sólo se excluiría el perjuicio cuando *efectiva y realmente* es causado por otros factores distintos al incumplimiento, y no simplemente porque “*pueden* también haber existido otras causas” o porque es una consecuencia muy lejana. Y en segundo lugar, porque el resarcimiento del daño es excluido, sin que se permita la prueba de su efectiva derivación causal con el incumplimiento, es decir, sin que se permita acreditar que realmente existió un nexo material de causalidad entre el incumplimiento y el perjuicio. Por eso, el propio POTHIER reconoce que la enfermedad de las bestias puede haber influido en el trastorno de la fortuna del comprador, pero ello no interesa³²¹.

necesario y el perjuicio indirecto. Concluyen que es la consideración práctica de que cuanto más remoto es el daño, más posibilidades existe de que hayan intervenido en el proceso otras causas, sin las cuales no se habría producido el perjuicio. Ver LEÓN, *Gravedad de la Culpa*, cit. p. 51, y “*Acotaciones históricas*”, cit., p. 592; y FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell' illecito civile*, cit., pp. 47 y ss.

³²¹ BARCELONA, *Inattuazioni dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit., p. 155.

Lo anterior no significa desconocer que debe excluirse de la indemnización aquellos daños que tienen causas diferentes al incumplimiento; simplemente, que no es el problema abordado por el criterio *consecuencia necesaria*. En otras palabras, es evidente que si el perjuicio obedece a otras causas deberá negarse su resarcimiento; pero no será debido a la aplicación del requisito de la *necesidad*, cuya función es rechazar la indemnización de ciertos daños, no obstante haber sido causados por el incumplimiento. Además, como ya mencionamos, en el caso planteado por POTHIER no estamos ante un perjuicio que se deba a otra causa, sino a uno que *pudo* deberse a otras causas; tampoco desarrolla los problemas propios que plantean estos supuestos, entre los que destaca, la regla o el criterio para decidir cuando realmente puede considerarse que un daño obedece a otra causa³²².

En suma, el determinar si un perjuicio es causado por el incumplimiento o por otras circunstancias, así como la forma en que deben concurrir los distintos responsables, son problemas diferentes al de delimitación del perjuicio a indemnizar, a que se alude con la expresión consecuencias necesarias.

Para BARCELONA, ***con esta regla se excluye el perjuicio por el riesgo de la específica situación económica del acreedor***, perjuicio que deriva de la falta de disponibilidad del capital anticipado, y que una vez concluido el ciclo productivo o el ciclo comercial habría asumido nuevamente la forma de dinero. Se trata de la ***redefinición negativa de un riesgo*** ya positivamente descrito por la previsibilidad del uso: *el resarcimiento cubre todo el daño que la ausencia de realización del intercambio puede provocar por la falta de transformación de la mercadería en dinero; pero no cubre el perjuicio consistente en la falta de retransformación de dicho dinero en mercadería, es*

³²² Donde sí desarrolla POTHIER un caso de exclusión del daño por deberse exclusivamente a otra causa, es en el n 1621 parte final, del *Traité*, al referirse a la carga indemnizatoria del arrendador evicto. Nos indica que nunca deben indemnizarse los daños causados al mobiliario del arrendatario durante el transporte de los mismos, y la razón es que estos daños tienen por causa la impericia de los transportistas y no la evicción que es solamente la ocasión.

*decir, el daño derivado de la privación de la disponibilidad inmediata de una suma de dinero por la ausencia de realización del intercambio*³²³.

Las ideas expuestas por POTHIER presentan similitud con la solución dada por DOMAT en el ejemplo, ya analizado, del incumplimiento de la entrega del local comercial arrendado y el rechazo a indemnizar el daño por la bancarrota del mercader³²⁴. También existe similitud con la decisión del caso *Liesbosch*, en que la *House of Lords* declaró que los perjuicios derivados de la débil posición económica del actor no son indemnizables. En definitiva, en las ideas de estos autores y en la decisión del tribunal inglés subyace un mismo principio: *no se indemniza el daño derivado de la específica situación económica del acreedor*.

LEÓN, se pregunta cuál es la razón para excluir la indemnización de estos perjuicios, incluso en los casos en que el acreedor se haya visto imposibilitado de evitarlos. Siguiendo a REALMONTE, señala que la razón no sería otra que **la anormalidad** de los mismos, y la falta de normalidad no radicaría en las deudas del comprador ni su incapacidad económica para hacerles frente, sino el hecho que la entrega del animal enfermo, en combinación con estas otras circunstancias, haya dado lugar a la situación dañosa descrita. Agrega que quedaría excluido de indemnización todo perjuicio que “*no constituye la realización de un riesgo que normalmente depende del incumplimiento*”, y de esta forma, serían irresarcibles todos los daños que ocasionados por el incumplimiento no están relacionados con él³²⁵.

Coincidimos en que se debe excluir de la indemnización los daños derivados de la mala situación económica del acreedor, sin importar si eran o no evitables, y que tal perjuicio se caracteriza por ser anormal. En lo que mantenemos nuestras dudas es en estimar que esta segunda regla no se agota con dicha exclusión, sino que ella es simplemente la manifestación específica de un principio más general, consistente en que todo daño anormal,

³²³ BARCELONA, *Inattuazioni dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit., pp. 156 y ss.

³²⁴ Esta similitud de razonamiento y solución hace dudar que no se conociera la obra de DOMAT. Ver *Les Loix Civiles*, Segunda Parte, II, apartado 2.2.

³²⁵ LEÓN, José María: *Gravedad de la culpa*, cit. pp. 52 y ss., y “*Acotaciones históricas al artículo 1.107*”, cit., pp. 593 y ss.

por el hecho de ser tal e independiente de la razón de esta anomalía, debe ser excluido del resarcimiento.

Esto nos lleva a la siguiente interrogante: ¿existirán otros casos en que se niegue toda indemnización, por tratarse de un daño causado en parte por el incumplimiento y en parte por otra causa? La respuesta dependerá del fundamento que se vea detrás del único caso explicado por POTHIER. Para quienes es solo una manifestación del principio más general de anomalía del daño, la indemnización se negará en forma total, cada vez que interviene junto al incumplimiento un hecho o circunstancia que ocasiona un perjuicio absolutamente irregular. Los que consideran que el ejemplo de POTHIER sólo contempla, al igual que lo hacía DOMAT, la exclusión de daños producidos por la deficiente situación económica del acreedor, concluirán que no podrá rechazarse el resarcimiento de un perjuicio producido por el incumplimiento en conjunto con otra causa, salvo que del ordenamiento jurídico pueda deducirse su exclusión por otra razón. Por nuestra parte, y de acuerdo a lo ya expresado, no le damos a esta segunda regla al alcance amplio que permita excluir todo daño anormal, por el hecho de ser tal.

EN RESUMEN, ***entendemos por daños indirectos o no necesarios aquellos que pudieron ser evitados por el acreedor, o que siendo inevitables no se habrían producido de no haber intervenido junto al incumplimiento la deficiente situación económica del acreedor. Y a la inversa, es necesario o directo todo perjuicio que el acreedor sufre por el incumplimiento del deudor, excluyendo a los que pudieron evitarse y aquellos cuyo acaecimiento se debe en todo o en parte a la débil situación económica del acreedor.***

3.- EL CODIGO CIVIL FRANCES.

Fue el primer código para la nueva sociedad burguesa surgida como consecuencia de la revolución francesa. Responde por tanto a las ideas de la ilustración y del liberalismo político y económico; consagra una legislación liberal, de carácter laico y borra toda diferencia entre las personas; considera a la propiedad un derecho fundamental, ampara la libre circulación de los bienes

y protege la libertad de contratación. En suma, es una manifestación de los principios revolucionarios que le dieron origen. Desde el punto de vista formal —y como no podía ser de otra forma, atendido los postulados del *iusnautralismo* y de la ilustración—, se caracteriza por la concisión, claridad y generalidad de sus normas, que lo aleja de la casuística propia del *Corpus juris civile* y de las recopilaciones y leyes surgidas en el Derecho común.

La codificación era ya una aspiración manifestada por los estamentos convocados para los Estados Generales de 1788. La Asamblea Nacional Constituyente de Francia, mediante una ley de 1790, manifestaba de igual forma su clara voluntad de que *se redactase un código general de leyes simples claras y apropiadas a la Constitución*; ideal codificador que también se plasma en las constituciones francesas de 1791 y 1793. Pero el primer intento de llevar a la práctica este mandato legal y constitucional de codificación correspondió a la Convención Nacional, al ordenar a su Comité de legislación redactar un proyecto del Código civil. De esta tarea se encargó CAMBACÉRÈS, quien entre 1793 y 1796 llegó a presentar tres proyectos diferentes, ninguno de los cuales resultó finalmente aprobado³²⁶.

No obstante las declaraciones e intentos anteriormente señalados, se dice que los franceses deben su codificación civil a NAPOLEÓN, quien, por un lado, con energía y decisión supo resistir la oposición del Tribunado y, por otro, tuvo la inteligencia de encargar la redacción del proyecto a una comisión equilibrada conformada por cuatro miembros³²⁷, la que cumplió su cometido dentro del plazo de cuatro meses. El *proyecto* elaborado por esta comisión fue aprobado por partes, a medida que avanzaba su redacción, mediante leyes separadas, que llegaron a ser treinta y seis en total. Finalmente, por ley de 21

³²⁶ Fuera de los tres proyectos de CAMBACÉRÈS, y antes de la intervención de NAPOLEON, se presentaron otros dos proyectos: de JACQUEMINOT y el de la Comisión de 24 de *thermidor* del año VIII. Ver DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, *Derecho civil de España*, Madrid, Civitas, 1984, pp. 180 y ss.; GUZMAN BRITO, ALEJANDRO, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Santiago de Chile, Jurídica, 2000, pp. 123 y ss. Ver también, COING, *Derecho privado*, t. II, cit., pp. 33 y ss.

³²⁷ Los nombrados fueron TRONCHET, MALEVILLE, BIGOT DE PREAMENEU Y PORTALIS, los cuales, a diferencia de los redactores del BGB, tenían formación forense antes que académica. Ver LUPOI, *Il dolo del debitore*, cit., pp. 72 y 73; DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, pp. 181 y ss., y GUZMAN, *La codificación civil en Iberoamérica*, pp. 125 y ss.

de marzo de 1804 se reunieron todas ellas en un solo cuerpo, y el *Code civil des Français* quedó promulgado en su totalidad.

De esta forma, da a luz el Código civil que servirá de inspiración y modelo al ideal codificador en muchos países, tanto en Europa como en Latinoamérica. Entre ellos, Italia, Chile y, por supuesto, España.

En lo que interesa a nuestro estudio, el proyecto finalmente convertido en ley innova sobre las precedentes elaboraciones, al establecer normas diferentes para la reparación del daño por incumplimiento contractual y por responsabilidad extracontractual. Además, por primera vez aparece una norma específica para el incumplimiento doloso —el artículo 1151—, donde se contempla la exigencia de la causalidad, como criterio limitativo de la obligación indemnizatoria, según las enseñanzas de los autores del Derecho común; pero prefiriendo, eso sí, la expresión *suite immédiate et directe* en lugar de *suite nécessaire*³²⁸, a la que consideramos más adecuada por reflejar mejor el contenido y alcance de este criterio delimitador de la extensión indemnizatoria. La mayoría de los países que siguieron al sistema latino de valoración del *quantum* resarcitorio, no hicieron más que adaptar a sus respectivos idiomas la norma contenida en el 1151 del *Code*. Así por ejemplo, en Italia se utilizó la expresión *conseguenza immediata e diretta*, y en Chile, *consecuencia inmediata y directa*. Por lo tanto, al ser la terminología utilizada en los demás Códigos una mera transcripción de la norma francesa, nada más habría que agregar respecto a su análisis histórico. Sin embargo, en el caso específico del Derecho español, por su peculiar redacción y por la evolución en los diferentes proyectos y anteproyectos, se requiere además un análisis aparte.

³²⁸ Expresa textualmente el Artículo 1151 del *Code*: “*Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention*”.

4.- EL CODIGO CIVIL ESPAÑOL.

Si bien en España a partir del siglo XVIII se hizo sentir la aspiración codificadora, ella no tuvo el mismo ímpetu que en otras latitudes. Además, razones de índole jurídica, pero fundamentalmente políticas (las turbulencias de algunos períodos y la oposición de los foralistas) postergaron la concreción de un código civil. Finalmente, acudiendo al expediente de la ley de Bases y otorgando una serie de concesiones a sus opositores, por real Decreto de fecha 6 de octubre de 1888 se ordena la publicación del Código en la *Gaceta de Madrid*, y cumpliendo lo dispuesto en la ley de 26 de mayo de 1889, el día 24 de julio de 1889 se promulga la nueva y definitiva edición del Código civil español, que rige a partir del 27 de julio de 1889³²⁹.

Para un adecuado análisis histórico del artículo 1.107, y en especial de la parte final del inciso primero y de su inciso segundo, conviene conocer el tratamiento que tuvo la causalidad en los distintos proyectos y anteproyectos, para así apreciar el cambio de redacción que fue sufriendo y a partir de ellos efectuar el análisis correspondiente.

Partamos por indicar que **el anteproyecto de 1836**³³⁰, en su **artículo 1008**, no establecía ningún criterio de extensión del daño contractual, y se limitaba a declarar:

“El resarcimiento de daños y perjuicios de que se ha tratado en los artículos anteriores se reduce por punto general al importe de la pérdida que ha experimentado o de la utilidad que ha dejado de percibir el acreedor por el dolo, culpa, falta de ejecución o morosidad del otro contratante”.

La situación anterior se modifica con el **Proyecto de 1851** (Proyecto de García Goyena), considerado el antecedente inmediato del actual Código civil. En él se establecen dos criterios diferentes, atendiendo a si el deudor era o no doloso. Señalaba su **artículo 1016**:

³²⁹ DE CASTRO, *Derecho civil de España*, pp. 185 y ss.

³³⁰ Este proyecto, de 2.458 artículos, pasó a las Cortes; pero nunca fue objeto de discusión. Ver DE

*“En el resarcimiento de daños y perjuicios, solo se comprenderán los que fueren **consecuencia inmediata y necesaria** de la falta de cumplimiento del contrato.*

*En caso de dolo, se estenderá la indemnización a los que hubieren sido **conocidamente ocasionados por él**”³³¹.*

El artículo 1124 del anteproyecto de 1882-1888, mantiene la diferencia entre los distintos tipos de deudores, pero distingue entre el deudor de buena fe y el doloso, al señalar:

“Los daños y perjuicios de que debe responder el deudor de buena fe, son aquellos que se hayan previsto o podido prever al tiempo de constituirse la obligación.

*En caso de dolo les serán exigibles todas las que **conocidamente se deriven** del incumplimiento de la obligación”³³²*

Finalmente, la disposición en definitiva promulgada mantiene la obligación para el deudor doloso de responder de todas las consecuencias que conocidamente se deriven; pero respecto al deudor de buena fe, además del límite del daño previsto, agrega la exigencia que el daño a indemnizar sea consecuencia necesaria de su incumplimiento. Establece el **artículo 1.107**:

*“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.*

*En caso de dolo responderá el deudor de todos los que **conocidamente se deriven** de la falta de cumplimiento de la obligación”.*

De las transcripciones anteriores, y en lo que respecta al estudio del *daño necesario* o *directo*, podemos indicar como primera observación que el

CASTRO, *Derecho civil de España*, p. 189, nota pie de página n. 8.

³³¹ GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, cit., p. 50

³³² PEÑA BERNALDO DE QUIROZ, MANUEL, *El Anteproyecto del Código Civil Español (1882-1888)*, en *Centenario de la Ley del Notariado*, Edit. Reus, Madrid - España, 1965, pp. 347 y 348.

proyecto de GARCÍA GOYENA no permaneció fiel al modelo francés, no solo porque sustituye la expresión *inmediata y directa* por *inmediata y necesaria*; sino también porque este criterio limitativo lo concibe para los deudores no dolosos. En consecuencia, la limitación a la obligación de indemnizar no está en la previsibilidad, como en el *Code*, sino en la expresión *consecuencia inmediata y necesaria*, que evoca más bien el criterio limitativo propio del deudor doloso.

Tenemos entonces que la regla de extensión del perjuicio propia de los deudores dolosos ha pasado a beneficiar a quienes no lo son, y por lo mismo, se debió buscar un nuevo criterio aplicable a los primeros. GARCÍA GOYENA lo encuentra en la idea de que los dolosos deben responder de todos los daños que *conocidamente hayan ocasionado*. Sabe y reconoce que aquí también se aparta del modelo francés, y lo justifica señalando que lo hace para dar más extensión a la responsabilidad del deudor de mala fe, ya que bastará que el perjuicio haya sido conocidamente ocasionado por el dolo y que sin él no habría tenido lugar, “*aunque no sea su consecuencia directa, inmediata e inevitable*”³³³.

Volviendo a la expresión *consecuencia inmediata y necesaria*, en opinión de GARCÍA GOYENA ella parece equivaler a las expresiones del Digesto “*Utilitas quae circa rem consistit*” del libro 19, título 1, ley 21, párrafo 3. Indica que los ejemplos dados en este párrafo se refieren a la no entrega del vino y del trigo comprado. Respecto al vino, no se considerará daño o lucro lo que su comprador habría podido obtener vendiéndolo y negociando con su precio. En el caso del trigo, si debido a su falta de entrega murieron de hambre los esclavos, no se puede pedir como daños el precio de ellos. Sólo se podrá solicitar el mayor precio que tuvo el vino o el cereal desde que debió ser entregado, “*porque esta mayor utilidad circa rem ipsam consistit, y su pérdida es una consecuencia inmediata, necesaria, inevitable del contrato*”. En cambio la muerte de los esclavos, por la tardanza en la recepción del trigo, sería una cosa extrínseca, accidental, ajena al contrato y que se pudo evitar, y en cuanto al vino, lo que se habría podido obtener vendiéndolo y negociando con su

³³³GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, cit., p. 51.

precio, es una ganancia incierta y lejana, y hasta se pudo dejar de negociar
334 .

YZQUIERDO reputa la idea de GARCIA GOYENA. Expresa que es falso que el mencionado pasaje del Digesto equivalga a la expresión “*consecuencias inmediatas y necesarias*“, porque aquel hace referencia más bien al perjuicio intrínseco que al inmediato. En igual sentido PANTALEÓN, para quien el redactor del proyecto de 1851 confundió la expresión consecuencia inmediata y directa con la clasificación de daño *circa ipsa rem*³³⁵ .

No obstante lo autorizado de las opiniones anteriores, y de tener sus apreciaciones parte de verdad, no debemos olvidar que el pasaje a que se hace referencia, por la interpretación de que fue objeto, se estima el antecedente del daño necesario³³⁶ . Por ello, en principio, no consideramos del todo errada la identificación que GARCÍA GOYENA hace del mismo con la expresión *consecuencia inmediata y necesaria* (otra cosa muy diferente es la decisión que toma de excluir su aplicabilidad para el deudor doloso y utilizarla en reemplazo de la previsibilidad para los no dolosos). El problema está en que el texto del Digesto a que se alude en el Proyecto de 1851 es el antecedente del *daño necesario* no por lo que dice, sino por haberse interpretado que los perjuicios que él excluía de la indemnización lo eran porque el acreedor pudo haberlos evitado. En cambio, de las palabras GARCÍA GOYENA se deduce que en su opinión el resarcimiento es más bien excluido porque se trataría de daños extrínsecos, y no por su evitabilidad. Esto último explicaría además la razón por la cual confundió el *perjuicio directo* o *necesario* con la *previsibilidad*, al punto de eliminar esta última.

No convence, sin embargo, la posición GARCIA GOYENA, y en el anteproyecto de 1882-1888 se elimina la exigencia *consecuencia inmediata y necesaria* para el deudor de buena fe, y en su reemplazo se instaura el criterio del daño *previsto* o *previsible*. Luego, para esta clase deudor se establece la

³³⁴ Ibidem.

³³⁵ YZQUIERDO, “*Comentario del artículo 1.107 del Código civil*”, cit., p. 847, y PANTALEÓN, “*El sistema de responsabilidad contractual*” cit., p. 1089.

³³⁶ CARRASCO, “*Comentario al artículo 1.106*”, cit., p. 710, nota 1. y LEÓN, *Gravedad de la culpa*, cit., p. 41.

misma regla que el *Code* ideó para los deudores no dolosos. Pero, la diferencia con el texto francés se mantiene a nivel de incumplidor doloso, donde el criterio instaurado por el Proyecto de 1851 solo sufre una pequeña variación gramatical de *conocidamente ocasionados* a *conocidamente se deriven*, expresiones que en ningún caso pueden estimarse sinónimas de *consecuencia inmediata* y *directa* utilizada por el legislador francés.

Pero en un nuevo giro o cambio de opinión, la disposición definitiva (artículo 1.107), junto con la *previsibilidad* del daño, vuelve a establecer para el deudor de buena fe la exigencia de que el perjuicio sea *consecuencia necesaria* del incumplimiento, prescindiendo eso sí de del término *inmediata*. El deudor doloso, por su parte, continúa en la misma situación, es decir, no se recupera para él el límite del *daño necesario*, y debe responder de todos los perjuicios que *conocidamente* se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación. Veremos los esfuerzos de la doctrina por impedir la aplicación de semejante disposición.

Finalmente, hacemos presente que en el proyecto de 1851, al igual que el anteproyecto de 1882-1888 y en el texto definitivo, se regula en un solo artículo, a diferencia del *Code* que utiliza dos disposiciones (1.150 y 1.151)³³⁷.

III.- EL SIGNIFICADO TECNICO JURIDICO DE LA EXPRESION CONSECUENCIA NECESARIA.

1.- LAS APORTACIONES DE LA DOCTRINA.

Efectuada las observaciones preliminares y expuesta la formación histórica, estamos en condiciones de empezar a dilucidar el significado técnico jurídico de la regla *consecuencia necesaria* utilizada por el texto español o, si se prefiere, *consecuencia inmediata* y *directa* empleada por el

³³⁷ Igual situación sucede en el Código civil chileno, donde la materia se regula en el art. 1558, párrafo primero..

Code y la generalidad de las legislaciones que le siguen³³⁸; expresiones ambas que aluden al criterio de extensión del perjuicio conocido como *daño necesario* o *directo*.

Tenemos, entonces, que **la expresión *consecuencia necesaria* o *consecuencia inmediata y directa* es una regla jurídica de delimitación del daño**, cuyo contenido y significado es el fruto de una elaboración doctrinaria desarrollada a través de los siglos. Es preciso aclarar inmediatamente que nos encontramos ante **una expresión sincopada que encierra en realidad dos criterios de delimitación diferentes**: la no resarcibilidad de los perjuicios evitables y la exclusión de los daños debidos, en todo o en parte, a la débil situación económica del acreedor. Hacemos presente que para un importante sector de la doctrina esta segunda regla es más amplia, pues significa la exclusión de todo perjuicio anormal en su conexión causal con el incumplimiento. Sin perjuicio de la discusión sobre el alcance y contenido del segundo criterio delimitador, lo cierto es que **la norma en estudio contiene dos reglas o principios jurídicos** cuyos perfiles y características relevantes han sido delineados nítidamente por los autores del Derecho común, y resumidos casi magistralmente bajo la expresión *consecuencia necesaria*.

Lamentablemente, la doctrina en general no se ha preocupado de desentrañar su verdadero significado técnico jurídico, por haber quedado anclada en la errónea creencia que se trata de meras cuestiones de hecho. La jurisprudencia tampoco aclara nada o casi nada. La razón es simple: ha seguido a la doctrina en la opinión que se trata de meras cuestiones de hecho, por lo que la delimitación del perjuicio ha quedado entregada, tradicionalmente, a la mera apreciación de los jueces de fondo. Y con meras apreciaciones de hecho, ningún desarrollo jurídico importante puede alcanzarse.

Sin embargo, la situación actual no es tan desoladora como pudiera en un principio parecer. En efecto, la doctrina comparada ha efectuado algunas aportaciones al respecto, y su adopción en el último tiempo por un

³³⁸ Denominación menos afortunada y clara, como ya tuvimos oportunidad de comentarlo

grupo de autores españoles, ha venido a dar cierta claridad al problema, situación que ha sido provechosa para la estructuración y exposición del presente trabajo. Nos corresponde, en consecuencia, volver sobre estas aportaciones.

A.- *LOS DOS PLANOS DE LA CAUSALIDAD.-*

Según ya expresamos, una primera aportación doctrinaria es **la distinción de los dos planos de la causalidad, entre las cuestiones del *an* y del *quantum respondeatur***. La función de la causalidad no es única, sino dobles: por un lado, sirve para imputar el hecho generador de responsabilidad, esto es, decide si el incumplimiento o el evento dañoso, puede o no ser atribuido a un sujeto determinado; pero además, la causalidad permite fijar la extensión del perjuicio indemnizable, el *quantum respondeatur*, esto es, selecciona entre los daños ocasionados por el incumplimiento o hecho ilícito cuáles serán resarcibles y cuáles no.

En España, LEON pone de manifiesto la diferencia entre ambas funciones, indicando que en la primera —imputación material del hecho generador de responsabilidad—, el nexo causal enlaza, por así decirlo, la conducta con el *evento*, mientras que en la segunda la causalidad se utiliza “como criterio para determinar, a partir del evento lesivo, qué *consecuencias dañosas* son resarcibles y cuáles no”³³⁹. DIEZ-PICAZO, por su parte, señala que el concepto de causa y de causalidad se utiliza para tratar de dar respuesta a dos tipos de problemas: el primero es encontrar la razón por la cual el daño puede ligarse con una determinada persona, que en el artículo 1902 se alude con la expresión “*el que causa daño a otro*”. El segundo problema o función de la causalidad, a la inversa del anterior, consiste en relacionar la conducta de la persona con el daño; función a que se alude la norma ya citada con la frase “*el daño causado*”³⁴⁰.

³³⁹ LEON, *Gravedad de la culpa*, cit. p. 36 y ss., y *Anotaciones históricas al artículo 1.107*, cit., p. 580 y ss.

³⁴⁰ DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, cit. p. 331. En verdad, quizás debido a un error de transcripción, el autor, al referirse a la segunda función de la causalidad, parece querer decir otra cosa, al señalar: “En

En relación específica con la responsabilidad contractual, SOLER parece tener presente esta distinción, al indicar que, para que prospere la pretensión resarcitoria es necesario, por una parte, que “*el incumplimiento pueda imputarse al deudor incumplidor*”; y, por la otra, que “*el daño que se pretende compensar sea objetivamente imputable al incumplimiento*”³⁴¹.

En consecuencia, el nexo causal es, en primer lugar, un criterio de imputación del hecho generador de la responsabilidad. En otras palabras, permite determinar si el evento dañoso puede o no ser atribuido a un determinado sujeto³⁴². Esta primera fase es la del ***an respondeatur*** “*en que la causalidad sirve para decidir si el resultado dañoso puede ser atribuido o no a una determinada persona, o bien a una o varias y, en este caso, si a todas ellas conjuntamente o sólo a alguna o algunas por separado*”³⁴³.

En suma, la primera función del nexo causal busca establecer si el hecho ilícito puede o no ser atribuido a un sujeto determinado.

De esta forma, cuando POTHIER o DOMAT excluyen la reparación de un perjuicio por estimar que se debe a otras causas diferentes al incumplimiento del deudor, lo que están haciendo es negar su resarcibilidad, por haberse determinado en forma negativa la causalidad en su primera función. Como ejemplo de esta situación, tenemos la decisión de POTHIER

segundo lugar, se trata de relacionar, a la inversa de lo que hacíamos anteriormente, al daño con la persona (sic), pues el precepto, remarcando el uso de la palabra causa, dice que se indemniza *el daño “causado”*”. Lo subrayado es nuestro.

³⁴¹ SOLER, *La valoración del daño*, cit., p. 40.

³⁴² En la doctrina francesa, por todos, MAZEAUD, HENRI; MAZEAUD, JEAN, y MAZEAUD, LEON, *Derecho civil*, traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires - Argentina, 1978, t. II, v. 2, n. 562, p. 311. Ver también, MAZEAUD, y otros, *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil*, cit., t. 2º v. II, n. 1.428, p. 9. En la doctrina española, LEON, *Gravedad de la culpa*, cit. p. 36 y ss., y “*Acotaciones históricas al artículo 1.107*”, cit., p. 580 y ss. También, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON. LUIS *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999, p. 331 y ss., y ARAYA *La relación de causalidad*, cit., pp. 9 y ss. Este último autor indica que una de las funciones de la responsabilidad es configurar la responsabilidad y “el demandado tendrá obligación de responder sólo si se acredita que el hecho que se le imputa ha sido causa del daño cuya reparación se reclama”

³⁴³ LEON, *Gravedad de la culpa*, cit. p. 36.

de no indemnizar al arrendatario *evicto* de la casa por los daños que sufren sus muebles durante el transporte³⁴⁴.

Al parecer, un sector de la doctrina francesa aborda esta primera función como *un problema de continuidad o ruptura del nexo causal*. Indican que en forma previa a la determinación del perjuicio causado (segunda función de la causalidad), *es necesario averiguar si el daño debe imputarse al incumplimiento o a otro hecho concomitante*.

En este sentido, TUNC —eso sí, con un fuerte lenguaje culpabilístico—, manifiesta que con el fin de limitar la extensión indemnizatoria, el único método posible consistiría en considerar la red de acontecimientos **para buscar en cada encuentro de cadenas, si el perjuicio resulta suficientemente estrecho de la culpa** (pudiendo ser por un encadenamiento de consecuencias intermediarias) o si se debe unir a otros acontecimientos. Agrega que después de haberse rechazado los criterios más precisos en apariencia, pero que dejan en verdad mayor arbitrariedad, se vuelven a utilizar reglas parecidas a las empleadas por DOMAT, JUSTINIANO y POTHIER. Se debe determinar, entonces, cuáles son las consecuencias que realmente cubre la culpa, tarea que se logra tomando el conjunto de causas que han concurrido a producir un daño, y preguntándose si la culpa ocupa un lugar destacado en ellas. Es decir, con relación a los otros factores que concurrieron a ocasionar el perjuicio, la culpa debe tener un fuerte coeficiente de relación de causalidad. A su entender, lo expuesto, puede expresarse filosóficamente, aunque sin constituir un criterio, diciendo que *la causalidad es cortada de una parte por la libertad del hombre y de otra por la eventualidad*³⁴⁵.

DEJEAN DE LA BATIE, con otros términos, preconiza un método similar, al indicar que *es necesario determinar si el carácter defectuoso del hecho inicial explica o no el daño*. Habla de *la marcha del mal*, la que puede ser larga o corta, y lo importante es que no tenga ninguna interrupción, es decir, *esté constituido por un encadenamiento de defectuosidades que*

³⁴⁴ POTHIER, R. J., *Traite des obligations*, Barcelona, Banchs, 1974, n. 161, pp. 181 y ss.

³⁴⁵ TUNC, «Les recents developpements...», cit., pp.43 y ss.

engendren las unas a las otras sin solución de continuidad; pudiendo seguirse *la huella del mal*, al remontarse desde el perjuicio hasta el hecho o la culpa de que responde el demandado³⁴⁶.

De las explicaciones anteriores, en especial por parte de TUNC, podemos apreciar que se tiende a confundir la causalidad en su primera función con la culpabilidad. Es por ello que, con acierto, LEÓN aclara que si bien ambas se presentan íntimamente ligada, constituyen, sin embargo, dos elementos distintos de la responsabilidad: el primero, la causalidad, es un criterio rigurosamente objetivo que “*tiene por objeto establecer cuándo y bajo qué condiciones un resultado dañoso debe ser imputado objetivamente a la acción u omisión de una persona*”. Implica, en consecuencia, una imputación física o fáctica del resultado. Corresponde a lo que los prácticos de la edad media denominaban ***imputatio facti*** y responde a la pregunta: “*¿debe ser considerado este o aquel sujeto como autor del daño?*”. La culpabilidad, en cambio, es un elemento psicológico: se trata de una imputación moral o jurídica del resultado. Los prácticos de la edad media la denominaban ***imputatio juris***, y responde a una pregunta diferente: “*¿ha de ser considerado también como culpable, a efectos de la declaración de responsabilidad?*”³⁴⁷.

³⁴⁶ Citado por SOLEAU, *La prévisibilité du dommage contractuel*, cit., pp. 319 y ss. Esta última autora observa que el presente es un método diametralmente diferente al de la causalidad, porque en lugar de partir de la culpa se remonta al daño realizado y el examen es a posterior y no a priori. A nuestro entender, fuera de un posible problema de confusión con el requisito de la culpa, las palabras de la autora son demostración de que si bien percibe los dos planos de la causalidad, no se encuentra totalmente decantada su diferenciación.

En Italia, FORCHIELLI (*Il rapporto di causalità*, cit., pp. 42 y 43), aunque no es partidario de las dos funciones de la causalidad, señala que bajo un punto de vista práctico, el procedimiento histórico más correcto para reconstruir el hecho jurídico del ilícito civil es proceder a un retraso en el tiempo tomando como punto de partida el daño patrimonial a resarcir, para volver de él al sujeto que debe responder. Agrega que el procedimiento inverso habitualmente usado, que parte del sujeto responsable para descender luego a todas las consecuencias perjudiciales de su conducta ilícita, se debe, en estricto rigor técnico, recorrer sólo en un segundo momento, después de haber reconstruido el hecho jurídico con el primer método.

³⁴⁷ LEÓN *Gravedad de la culpa*, cit. p. 37, y “*Acotaciones Históricas al artículo 1.107*”, cit., pp. 581 y ss. Este autor precisa que la expresión “imputación objetiva” se utiliza en el sentido que tradicionalmente le han dado los civilistas, para designar un nexo material, objetivo o externo; significado que difiere sustancialmente del dado en la *objektive zurechnung* de la doctrina penal y que PANTALEON ha trasladado al ámbito civil. Ver también MAZEAUD, HENRI y otros, *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil*, cit., t. 2º v. II, n. 1.425 y ss., p. 7 y ss., y ARAYA *La relación de causalidad*, cit., pp. 43 y 44.

La llamada segunda función de la causalidad ya no busca determinar la persona del responsable, sino que fijar la extensión del daño indemnizable.

Una vez afirmada la existencia de responsabilidad y precisados el o los sujetos que habrán de asumir la obligación de indemnizar, entra en juego esta segunda cuestión que se refiere al ***quantum respondeatur***. Aquí se trata de delimitar hasta donde se extiende la responsabilidad, es decir, sirve para establecer desde el punto jurídico qué consecuencias dañosas pueden considerarse como derivadas del hecho ilícito o incumplimiento contractual³⁴⁸. Para cumplir esta función, el ordenamiento proporciona los denominados criterios jurídicos de delimitación del daño, entre los cuales se encuentra los contenidos bajo la expresión *consecuencia necesaria*.

Esta primera aportación de la doctrina, sobre la distinción de los dos planos de la causalidad, ha permitido poner de manifiesto que ***la norma del artículo 1107, I, in fine, nada tiene que ver con el nexo de causalidad en su primera función***, esto es, como criterio para imputar o atribuir el evento dañoso —el incumplimiento, en el caso de la responsabilidad contractual— a la persona del deudor³⁴⁹. Por el contrario, su ámbito de aplicación se encuentra en la denominada segunda función de la causalidad, al ser uno de los criterios destinados a decidir de qué consecuencias debe responder el responsable³⁵⁰.

³⁴⁸LEÓN *Gravedad de la culpa*, cit. pp. 37 y 38, y “*Acotaciones Históricas al artículo 1.107*”, cit., p. 581. También CARRASCO, p. 730. En forma más reciente, MONTÉS, *Sobre la responsabilidad del deudor de buena fe*, cit., p. 2449, al señalar: “*El presupuesto del artículo 1.107 y de su aplicación al caso concreto es que se haya resuelto el problema de la responsabilidad, y que solamente se trate de establecer el contenido de la responsabilidad (o mejor decir, la extensión de esa responsabilidad). El problema que resuelve este artículo no es el de si se debe responder o no, sino el que estriba en determinar de qué consecuencias se ha de responder*”. En la doctrina Italiana, sostienen similar idea, entre otros, GORLA y VISINTINI. Esta última autora indica que la conocida y compleja problemática de la individualización de la causa del daño en relación a un concurso de causas es en cambio presupuesta como ya resuelta por la disposición en examen —1223 del *Codice*— y de todas maneras es extraña a su origen histórico. Ver VISINTINI, GIOVANNA, “*El criterio legislativo delle conseguenze dirette ed immediate*”, en *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, Dott. A Giuffrè, 1984, pp. 10 y ss.

³⁴⁹LEÓN “*Acotaciones históricas al artículo 1.107*”, cit., p. 582.

³⁵⁰MONTÉS, *Sobre la responsabilidad del deudor de buena fe*, cit., p. 2449.

En suma, *no es misión del artículo 1107 del CC solucionar el problema de decidir si tal sujeto debe o no responder*, no tiene por finalidad determinar quién o quiénes son los responsables. Sólo una vez resuelto afirmativamente el problema del *an respondeatur*, entran a actuar en materia de responsabilidad los criterios de extensión del perjuicio (entre los cuales se encuentran, obviamente, la exigencia del *daño necesario*), y lo hacen limitando el ámbito del resarcimiento debido, para impedir que el deudor *“tenga que hacerse cargo de todas las consecuencias dañosas que por vías de sucesivas repercusiones —“les dommages par ricoche” o “en cascade” de la doctrina francesa— ha podido causar el incumplimiento”*³⁵¹.

En definitiva, el requisito de las consecuencias necesarias del incumplimiento está destinado a fijar el contenido de la obligación resarcitoria, determinar el *quantum respondeatur*, es decir, resolver la denominada segunda función de la causalidad.

Lo anterior, ***no debe llevar a la equivocada creencia de que en responsabilidad contractual no se presentan los problemas propios de la llamada primera función de la causalidad***. Hacemos esta aclaración porque podría pensarse, y de hecho se ha sostenido equivocadamente a nuestro entender, que la distinción de las dos funciones del nexo causal tiene su campo de aplicación más propio en la responsabilidad *aquilliana*; idea que se vería corroborada por la propia redacción del artículo 1092, donde se hace claramente la distinción entre ambas. Diferente sería la situación —se dice—, en materia contractual, donde sólo interesaría el *quantum respondeatur*, pues aquí el sujeto responsable (el contratante incumplidor) ya estaría determinado de antemano por su condición de sujeto pasivo de la responsabilidad, bastando simplemente probar el incumplimiento para resolver el problema del *an respondeatur*³⁵².

No opinamos así y somos de la idea que en ambas responsabilidades debe mantenerse esta distinción, pues si bien, por regla

³⁵¹ LEÓN “Acotaciones históricas al artículo 1.107”, cit., pp. 582 y 583. Ver también MONTÉS, *Sobre la responsabilidad del deudor de buena fe*, cit., p. 2449.

³⁵² Así parece entenderlo PINORI, ALESSANDRA, *Il danno contrattuale*, t. I, Cedam, Padova, 1998, p. 111.

general, en materia contractual bastará probar el incumplimiento para resolver el primer problema o función del nexo causal, no significa que no sea necesario determinar la imputación. Y no se trata de mantener la distinción por una mera exigencia teórica y de rigor dogmático, sino porque muchas veces, y como cuestión previa, es necesario afrontar un problema de tipo causal propio de la primera función, y ello sucederá “*cuando el deudor invoca la imposibilidad sobrevenida, por causas ajenas a su voluntad, como el caso fortuito, el hecho de un tercero o la conducta del propio acreedor*”³⁵³.

B.- LA DISTINCION ENTRE CUESTIONES DE HECHO Y DE DERECHO.-

La segunda aportación de la doctrina consiste en **distinguir en el nexo causal cuestiones de hecho y de derecho, y afirmar que el *daño necesario* es uno de los criterios técnico jurídico destinados a delimitar el *quantum respondeatur*.**

Al analizar la obra de DOMAT, hicimos presente su gran claridad de conceptos en cuanto a lo que eran cuestiones jurídicas y de hecho en la causalidad. Pero esta nitidez no ha sido un sello uniforme a través del tiempo. En la doctrina francesa tradicional podemos decir que no existe una opinión unánime respecto al hecho de que la causalidad contiene valoraciones jurídicas. Así, para PLANIOL y RIPERT sería una mera cuestión de hecho³⁵⁴. MARTY, en cambio, expresa que también comprende aspecto de derecho, al señalar que la corte de casación ejerce sobre la relación de causalidad un control sobre las decisiones de los tribunales inferiores³⁵⁵. Hoy en día, esta última parece ser la opinión dominante en Francia³⁵⁶.

³⁵³ LEÓN *Gravedad de la culpa*, cit. pp. 37 y 38, y “*Acotaciones históricas al artículo 1.107*”, cit., p. 582.

³⁵⁴ PLANIOL y RIPERT, en *Tratado práctico de Derecho civil francés*, n. 860, p. 172, y *Traité pratique de droit civil français*, n. 860, p. 191. Ver también de RIPERT y BOULANGIER, JEAN, *Traité de droit civil français d’après le traité de Planiol*, t. II, Paris, 1957, n 1003 y ss.

³⁵⁵ MARTY, *Derecho civil*, cit. v. I, p. 323.

³⁵⁶ MAZEAUD, HENRI y otros, *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, cit., pp. 792 y 793. Por su parte VINEY, GENEVIEVE, *La responsabilité civiles. Conditions* n 349 p., cita fallos en que se indica que en la causalidad hay mezclada cuestiones de hecho y de derecho,

En Italia, FORCHIELLI manifiesta que una tendencia doctrinal bastante difundida considera el problema de la causalidad como una cuestión de hecho, afirmada en la sensibilidad y prudente arbitrio del Juez; doctrina con la que manifiesta su desacuerdo, porque existen graves incertezas hermenéuticas o sistemáticas objetivas, que el juez no puede superar sino con la guía de lo que él llama **criterios de valoración normativa abstracta**. Precisa que *lo anterior no significa que sea innecesaria una relación material de causalidad entre el ilícito y el daño*. Por el contrario, es imprescindible al tenor de lo dispuesto en el artículo 2043 del *Codice* —equivalente al art. 1902 del CC español, en lo relativo a la primera función del nexo causal—; y tal exigencia es la manifestación de un criterio lógico jurídico más amplio, común a todas las hipótesis en que **la valoración normativa estima relevante que un cambio de la realidad sea imputado materialmente a un sujeto**. Esta causalidad pertenece esencialmente a los supuestos de hecho y no es una creación de la lógica jurídica, sino un dato de la realidad práctica. En otros términos, el jurista no crea la causalidad, no sobrepone la causalidad jurídica a la causalidad natural, sino que simplemente elabora criterios de relevancia y de valoración jurídica del hecho causal, en vista de las finalidades normativas típicas del derecho.

El Derecho —continúa FORCHIELLI —, no tiene la pretensión ni la necesidad de explicar el fenómeno causal material, a fin de establecer cuando y como un determinado evento pueda ser materialmente imputado a un preciso sujeto. En este aspecto, la ciencia jurídica es absolutamente tributaria de otra ciencia y en particular modo de la ciencia experimental. Así por ejemplo, a la pregunta si la herida de TIZIO hubiese causado la muerte de CAIO no responde la ciencia jurídica, sino la medicina, y el Derecho acepta esta respuesta.

A la ciencia jurídica le interesa únicamente establecer como atribuir relevancia a un determinado nexo causal, cuya presencia venga preliminarmente constatada mediante autónomos criterios de conocimientos de

y en su obra *La responsabilité civiles. effets.*, n. 324, p. 430, aunque refiriéndose al requisito de la previsibilidad, dice que la Corte de casación es vacilante en sus decisiones.

otras ciencias. Por ello, las diversas teorías jurídicas sobre la causalidad no son en realidad teorías causales, sino que resuelven el problema esencialmente jurídico de los límites objetivos de la responsabilidad.

En otras palabras, ***el problema jurídico de la causalidad se reduce a un problema selectivo, es decir, elegir entre las diversas causas materiales, cuales tendrán relevancia para el Derecho, según precisos criterios suministrados de acuerdo a los específicos fines de las normas de responsabilidad***³⁵⁷. Surge en consecuencia la tarea de determinar cuáles son las reglas o principios de selección impuestos por el ordenamiento jurídico.

TRIMARCHI, por su parte, nos dice que la existencia de una ***relación de causalidad natural*** es condición necesaria entre un hecho y un evento dañoso, a fin de poder calificar a esta última como *consecuencia dañosa*. Pero no toda consecuencia dañosa será resarcible, pues la limitación de la responsabilidad es una exigencia universalmente sentida, y *la tarea de seleccionar aquellas que serán indemnizables se califica tradicionalmente como un problema de causalidad jurídica*. Para estos efectos, en los códigos latinos se habla de limitar el perjuicio a las *consecuencias inmediatas y directas*, y en el *comon law*, de *proximates consequentes*. Pero estas expresiones —que por lo demás son metafóricas y no pueden entenderse en su sentido literal—, reflejan la insuficiencia del dato legislativo, y los estudios de la causalidad jurídica no han conducido aún a un resultado codificable. Por todo lo expuesto, estima este autor que *el concepto jurídico de causalidad debe ser construido con relación al objetivo práctico que la regla jurídica se propone*. De esta forma, se preocupa de construir los límites de la causalidad según las funciones de la responsabilidad, distinguiendo para tal efecto entre responsabilidad por acto ilícito y por riesgo³⁵⁸.

Los autores también se encargan de precisar que en el derecho angloamericano la cuestión no es diversa y también se distingue entre la

³⁵⁷ FORCHIELLI, PAOLO, *Il rapporto di causalità nell' illecito civile*, cit., pp. 4 y ss.

³⁵⁸ TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., pp. 1 y ss., 20 y ss., y 52 y ss. Ver también “*Causalità giuridica e danno*”, en *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale* a cura di Giovanna Visintini, Milano, Dott., 1984, pp. 1 y ss.

causalidad de hecho y la jurídica, a las que denominan respectivamente *best for test* o *causation in fact*, y *proximate consequences* o *causation in law*³⁵⁹.

No obstante todas estas aportaciones, **la doctrina tradicional mantiene la creencia de que el nexo causal es una mera cuestión de hecho y, como consecuencia lógica, no se ha preocupado de aclarar el verdadero significado técnico jurídico de la expresión consecuencia necesaria**, y en general de ninguno de los criterios delimitadores que nuestro ordenamiento legal proporciona³⁶⁰. Como se estima que sólo existen aspectos fácticos, nada es necesario investigar ni interpretar desde un punto de vista jurídico, y la determinación del nexo causal queda entregada simplemente a la prudencia y buen criterio de los jueces de instancia. Con esta posición, que en países como España y Chile hasta el día de hoy podríamos calificar de mayoritaria o por lo menos preponderante, resulta fácil —pero no justificable—, entender porque se ha dejado de lado el estudio de la exigencia del *daño necesario* o *directo*.

El problema es que la necesidad de limitar el contenido de la obligación resarcitoria que debe soportar el responsable no cesa o desaparece por el hecho de que la doctrina, así como la jurisprudencia, haya descuidado el estudio de los criterios delimitadores del perjuicio. Día a día, se manifiesta en forma cada vez más imperiosa la exigencia de limitar adecuadamente la extensión del daño a indemnizar. Y no se crea que estamos hablando de una necesidad meramente jurídica o filosófica; muy por el contrario, razones de carácter eminentemente práctico —el aumento sostenido de los juicios indemnizatorios, entre otros— y de equidad son las que hacen imprescindible contar con reglas claras y objetivas que permitan fijar la carga resarcitoria de los responsables.

¿Qué sucede cuando la doctrina no conoce adecuadamente sus

³⁵⁹ DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, cit. p. 332; y PANTALEÓN, “*Causalidad e imputación*”, cit., p. 1.562, y DOMÍNGUEZ, *Aspectos de la relación de causalidad*, cit., p. 120.

³⁶⁰ En Italia, FORCHIELLI (*Il rapporto di causalità*, cit., p. 51), hace presente este descuido de las normas legales que fijan el *quantum* resarcitorio en los países del *civil law*, al indicar que la Jurisprudencia italiana acoge de hecho el principio de la causalidad necesaria, y declara resarcibles los daños indirectos y mediatos; pero no se ha preocupado de conciliar esta decisión con la letra del artículo 1223, que limita la indemnización a los inmediatos y directos, con lo que se aprecia una evidente desaplicación de la norma legal.

normas y las deja en el olvido? Ni más ni menos que acudir a teorías causales originarias del derecho penal, y adaptadas posteriormente para la responsabilidad civil; teorías que surgieron como respuesta al problema de extensión del daño en países como Alemania e Inglaterra que, a diferencia de los nuestros, carecen de reglas explícitas que limiten la extensión del perjuicio indemnizable.

Destacan entre dichas teorías las conocidas como *la equivalencia de las condiciones*³⁶¹, *la causa próxima*³⁶² y *la causalidad adecuada*³⁶³.

³⁶¹ **La equivalencia de las condiciones** es la primera teoría en formularse, entre los años 1860 y 1865. Fue inspirada en las ideas de JOHN STUART MILL, ideada por el procesalista JULIUS GLASER y adoptada por el jurista alemán VON BURI. Al igual que la generalidad de las teorías causales, su razonamiento corresponde al terreno propio del Derecho penal.

Su postulado básico es que un resultado se produce por un conjunto complejo de condiciones, rechazando cualquier distinción entre ellas (mayor o menor proximidad o importancia). Se parte de una constatación evidente desde el punto de vista lógico y experimental: en muchas ocasiones, para que un daño se produzca es necesario la concurrencia de varias condiciones; pero ninguna de ellas, por sí sola, es suficiente para generar el perjuicio, sino *que todas estas condiciones son necesarias para su producción, de manera que la falta de cualquiera habría determinado que el daño no se produjera*. De lo anterior, resulta que es imposible distinguir entre las distintas condiciones productoras del perjuicio, por lo que se las considera a todas como equivalentes desde el punto de vista de su producción (*Aequivalenztheorie*).

En consecuencia, si entre los antecedentes del daño figura, por ejemplo, el hecho culpable de la persona perseguida como responsable, será suficiente que él sea una de las condiciones necesarias sin la cual el perjuicio no se habría producido para que se determine que existe relación causal. En esta concepción, muy simple, es suficiente que el hecho generador de la responsabilidad aparezca como una condición *sine qua non*, entre otras condiciones igualmente indispensables. Es suficiente que se pueda responder afirmativamente a la pregunta ¿es verdad que sin el hecho en cuestión el perjuicio no se habría producido? Luego, solamente no se consideran condición y, consiguientemente, serán excluidos de responsabilidad, aquellos eventos que si se suprimen mentalmente, el resultado dañoso sigue produciéndose.

La equivalencia de las condiciones tiene el mérito de ser una teoría sumamente sencilla, pero se critica su excesiva amplitud que conduce a una determinación de la causalidad hacia el infinito, y que el correctivo de la culpa, ideada para reducir su extensión, no se aplica en la responsabilidad objetiva; además que con ello se tiende a confundir un problema de causalidad y culpabilidad.

En España, DE COSSIO formula la siguiente crítica: "*Esta tesis en el plano jurídico, presenta serias dificultades, y tal vez por afirmar demasiado, no resuelve nada. El ejemplo clásico que se ha puesto para demostrar su inconsistencia e inutilidad es el del armero que vende la pistola con que luego se comete el asesinato, ignorando desde luego el fin a que la va a destinar el comprador: ¿será causa del delito? Porque no existe duda que si no hubiese vendido el arma, el asesinato no podría haberse realizado... por lo menos con ella.*"

Posteriormente se fueron introduciendo matices a esta teoría para limitar las absurdas consecuencias a que llevaría su aplicación estricta.

Para más antecedentes, ver MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho penal. Parte general*, 5a. edic., Barcelona, 1998, pp. 218 y 219; ARAYA *La relación de causalidad*, cit., pp. 15 y 16; MARTY, *La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile*, cit., pp. 690 y ss., y DE COSSIO, ALFONSO: "*La causalidad en la responsabilidad civil: estudio de derecho español*", en ADC, t. XIX, año 1956, p. 531.

³⁶² **La teoría de la causa próxima** tiene sus orígenes en Inglaterra, con la formulación de FRANCIS BACON en el Siglo XVI. Sin embargo, es en Alemania, donde fue desarrollada por ORTMANN hacia el

Entre ellas, la de la adecuación causal significó un verdadero aporte en la tarea de delimitar el perjuicio indemnizable, y hoy en día parece todavía erigirse como la predominante o, por lo menos, ser uno de los referentes más importante en la materia. Sin embargo, ha sido también objeto de importantes críticas por parte de la doctrina de los diferentes países³⁶⁴, lo que ha determinado su paulatino abandono en algunas naciones, como es el

año 1875, aunque ha sido poco seguida en dicho país. Sus adherentes postulan que hasta la última condición necesaria existe una suerte de equilibrio entre las condiciones favorables y hostiles al daño, y que la última que rompe el equilibrio es la que debe ser retenida como causa. En otras palabras, *entienden por causa aquella de las diversas condiciones necesarias de un resultado, que se halla más próxima temporalmente a éste*.

El reproche a esta teoría es de ser frágil por conceder importancia exclusiva a la última condición, descuidando los antecedentes anteriores que pueden ser mucho más importantes. Ver MARTY, M GABRIEL, *La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile*, cit., pp.691 y ss. y ARAYA, *La relación de causalidad*, cit., p. 25.

³⁶³ Al estudiar el sistema de extensión del daño en el Derecho alemán, señalamos los postulados básicos de esta teoría.

³⁶⁴ Las críticas que se le han formulado, podemos resumirlas de la siguiente manera.

1.- No soluciona el problema de la descripción del evento, existiendo diversas teorías al respecto. Para TRIMARCHI esta es la observación decisiva en contra de la causalidad adecuada. Como ya vimos, el juicio de probabilidad sobre la producción del daño variará, según se tomen en cuenta una mayor o menor cantidad de circunstancias en el supuesto de hecho, por lo que todo dependerá de las condiciones o circunstancias a considerar.

2.- No necesariamente la causa que según esta teoría aparezca como la adecuada, es en realidad la auténticamente decisiva para causar el daño. Es la crítica que formulan autores como YZQUIERDO. Al parecer, ha sido también la idea de los Tribunales españoles que no han querido amarrarse a una concepción doctrinal determinada, buscando una tendencia más realista en la solución del problema causal.

En Francia, SOLEAU hace presente que los tribunales, aunque decían aplicar la teoría de la causalidad, en verdad llegaban a soluciones contrarias a la que dictaminarían los principios de la doctrina causal. Prueba de lo anterior es que consideraban imprevisibles hechos que en realidad no lo eran (los actos de vandalismos), y estimaban previsibles actos que, según la teoría causal en la corriente doctrinal más seguida, en realidad eran imprevisibles (como los daños por predisposiciones patológicas o particularidades personales de las víctimas).

3.- No contiene criterio material alguno de delimitación, lo que la hace ineficaz en la práctica, obligando a aceptar quedar en manos del buen criterio del juez. En realidad, sólo ofrecería una regla muy superficial y aparente. Ha sido la crítica que han formulado en Alemania autores como VON THUR y SCHÄFER. El primero señala que para los casos concretos esta teoría por regla general sólo proporciona un asidero muy superficial y aparente, pues no es posible ningún criterio infalible y en este sentido no cabe sino el buen sentido y tacto del juez. SCHÄFER, por su parte, expresa que se ha puesto en duda la capacidad y aplicabilidad de la teoría de la adecuación, porque no contiene un criterio material de delimitación, sino que simplemente se centra en una previsibilidad de espera mayor, es decir, la del observador óptimo y se plantea como obtener de ella criterios de delimitación objetivos y consentidos. Agrega que si se quisiera tomar en serio esta teoría, se convertiría en una fórmula vacía porque al observador óptimo, más experimentado no se le ocultaría casi nada de lo que pudiera resultar del siniestro.

Para más antecedentes, sobre la teoría de la causalidad adecuada, puede consultarse, entre muchas otras obras, ARAYA, *La relación de causalidad*, cit., p. 20; SOLEAU, *La prévisibilité du dommage contractuel*, cit., pp. 265 y ss.; MARTY, “La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile”, cit., pp. 691 y ss.; TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., pp. 32 y ss. y 42 y ss.; Díez-PICAZO, *Derecho de daños*, cit. p. 338 y ss.; VON TUHR, *Tratado*, cit. p. 71. SCHÄFER y CLAUS, *Manual*, cit., p. 187.

caso de Alemania; situación a la que tampoco es ajena España.

Resulta curioso, y lamentable a la vez, que debido al desconocimiento de sus propias normas legales y de los principios jurídicos que ellas contienen, nuestros países hayan debido acudir a una serie de teorías causales importadas de otros sistemas, con el fin de limitar el *quantum resarcitorio* ³⁶⁵. Demuestran de esta forma, ignorancia sobre los claros y precisos criterios jurídicos de extensión del perjuicio, que en el caso de España están establecidos en el artículo 1.107 del CC, bajo las expresiones *consecuencias necesarias de la falta de incumplimiento y daños previstos o que se hayan podido prever* ³⁶⁶.

El problema, no es sólo que se acuda a teorías creadas para satisfacer las necesidades de otros sistemas, sino también el fracaso de la finalidad que con las mismas se persigue, pues ***todas ellas, en mayor o menor medida, han demostrado ser ineficaces para resolver el problema del nexo causal.*** Las razones de este fracaso se debe, entre otros motivos, a que no han sabido precisar su funcionamiento u operatividad en los dos planos de la causalidad; vale decir, no han aclarado en forma expresa si están destinadas a resolver los problemas del *an*, del *quantum* o de ambos. Pero sin duda ***la razón fundamental ha sido el que no han sabido distinguir los aspectos de hecho de las valoraciones jurídicas*** y, por lo mismo, no han logrado proporcionar reglas claras y precisas que permitan delimitar adecuadamente la carga indemnizatoria. Se conforman con dar un simple principio (cualquier condición cuya ausencia determina que el perjuicio no se produzca, la más próxima o la que se haya unida al daño por un vínculo adecuado, etc.), y en lo demás entregan la resolución del problema al criterio y buen sentido del juez. Con tales postulados, no se puede solucionar la infinidad de problemas que presentar el nexo causal, llegándose muchas veces a decisiones injustas o inadecuadas, sin ningún fundamento jurídico

³⁶⁵ Aclaremos que nada hay en sí de malo en importar creaciones doctrinarias —de hecho, la teoría de la imputación objetiva lo es—. El problema es no percatarse de las diferencias de sistema entre unos y otros países y si realmente ellas están destinadas a suplir una deficiencia normativa en el país en que se implantan.

³⁶⁶ Además del criterio establecido en el artículo 1.103 del CC.

real, o, para evitar tales resultados, se tergiversa el caso o la regla aplicable para de ese modo acomodarlo a la decisión.

Con todas sus deficiencias, es justificable que países como Alemania, donde no existen criterios jurídicos limitativos del daño, haya formulado y adoptado las teorías causales vistas, en especial la de la adecuación. Pero lo que ya no resulta tan justificable es que países como España o Chile, donde sí existen criterios normativos o legales, como son los contenidos en la expresión *consecuencia necesaria* del incumplimiento, hayan procedido sin más adoptar tales teorías, y hayan aceptando la idea que el nexo causal encierra meros aspectos fácticos.

Afortunadamente, esta situación ha ido variando en la doctrina española del último tiempo, donde se va abriendo camino la idea de que en el nexo causal deben distinguirse cuestión de mero hecho junto a valoraciones de naturaleza jurídica. En este sentido, LEÓN señala que las interminables dudas y controversias que ha suscitado y todavía suscita la pregunta acerca del ***quantum respondeatur*** “viene a desmentir la errónea creencia de que en este campo sólo se plantean cuestiones de mero hecho que nada o muy poco importan desde el punto de vista teórico y de la elaboración científica del derecho”³⁶⁷. CARRASCO PERERA indica que, aunque minoritaria, la mejor jurisprudencia sostiene que la fijación del daño resarcible no es una cuestión de hecho. Agrega que *la determinación de las bases de la indemnización es una **cuestión de derecho** que hace procedente la casación*, a través del número cinco del artículo 1692 de la Ley de enjuiciamiento civil; **son de hecho**, en cambio, la cuantificación de estas bases, así como la fijación de los hechos sobre los que han de establecerse las bases³⁶⁸. SANTOS BRIZ, por su parte, distingue en el nexo causal entre *elementos fácticos o de hecho* “que revelan la relación de causalidad entre el acto realizado por el agente y el resultado”, y la *calificación jurídica de la cadena causal* o del acto único productor del resultado, que afecta a la imputabilidad y culpabilidad del agente³⁶⁹.

³⁶⁷ LEÓN, “Acotaciones históricas al artículo 1.107”, cit., p. 579, segunda nota pie de página. Ver también DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, cit., p. 331.

³⁶⁸ CARRASCO, “Comentario al artículo 1.106”, cit., p. 730.

³⁶⁹ SANTOS BRIZ, JAIME, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal*, Madrid,

Digno es de hacer notar que en la jurisprudencia también se ha visto una evolución en los últimos años. Partamos por recordar que tradicionalmente el Tribunal Supremo no ha tenido una posición uniforme respecto a la naturaleza del nexo causal, y en algunas ocasiones ha señalado que se trata de una cuestión de hecho reservada a los jueces de instancia, y en otras, que sería una cuestión compleja con componentes fácticos y jurídicos. En apoyo de la primera posición tenemos las sentencias de 31 de Octubre de 1946³⁷⁰ y 18 de Febrero de 1993,³⁷¹ y en apoyo de la segunda, podemos mencionar las de fecha 3 de Julio de 1998³⁷² y de 12 de Mayo de 1964³⁷³.

Pero la jurisprudencia de los últimos años ha experimentado un importante giro en su concepción del nexo causal. Según veremos, la sala civil del Tribunal Supremo acoge actualmente la teoría de la imputación objetiva y como consecuencia de su adopción empieza a distinguir claramente los aspectos de hecho y de derecho que integran la causalidad. Testimonian esta evolución, entre otras, las sentencias de fecha 24 de octubre de 2003,³⁷⁴ 27 de junio de 2005,³⁷⁵ 2 de marzo de 2006³⁷⁶ y 2 de enero de 2006. Esta última, expresa:

Montecorvo, 1993, p. 272.

³⁷⁰ "igualmente cuestión de hecho la de determinar si se da o no el nexo causal entre el incumplimiento del contrato y los perjuicios cuya indemnización se reclame". Sentencia de 31 de Octubre de 1946 (RJ 1946/1170)

³⁷¹ La "real causación ha de llevarse a cabo en la fase probatoria del pleito, correspondiendo su apreciación al Tribunal de instancia y sólo es impugnabile en casación por la vía del núm. 4.º del artículo 1692 de la Ley Procesal Civil". Considerando primero, Sentencia núm. 102/1993 de 18 de Febrero de 1993 (RJ 1993\1245)

³⁷² "... tanto la culpa o negligencia, por acción u omisión, como el nexo causal o relación entre ella y el daño, contienen un componente fáctico que hoy sólo puede atacarse por error en la valoración de la prueba con cita de la norma de hermenéutica tasada que se considere infringida, pero **son cuestiones con acentuado componente jurídico** que, como tales, pueden acceder a la casación por el núm. 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil". Sentencia núm. 648/1998 de fecha 3 de Julio de 1998.

³⁷³ "El nexo causal imprescindible para la exigencia de la culpa aquiliana, entre la acción u omisión y el daño causado, **entraña un problema complejo fáctico-jurídico que repercute en casación** y determina la posibilidad de que, respetando la apreciación hecha en la instancia, sobre la existencia de la acción u omisión, en los términos dichos, se enjuicie la cuestión de la causa como suficiente, como bastante o insuficiente, total o parcial, única o concurrente con otras, al objeto de poder producir el resultado dañoso". La decisión de esta sentencia ha marcado escuela dentro de la presente línea jurisprudencial, como lo demuestra el que haya sido citada en fallo de fecha 18 de Octubre de 1978 (RJ 1991/3394) que prácticamente repite la misma doctrina, como se aprecia de la lectura de ambas sentencias.

³⁷⁴ CONSIDERANDO SEGUNDO, RJ 2003\7519

³⁷⁵ RJ 2006\129.

³⁷⁶ Sentencia N° 174/2006.

“El nexo entre acción y daño, entre comportamiento del sujeto frente al que se pide la reparación, o por causa de cuya conducta se pide, y el daño producido, no puede reducirse a una quaestio facti, sino que, a partir de una constatación de un cierto hecho/acontecimiento/conducta (Sentencia de 10 de enero de 2001 [RJ 2001 \ 1309]) que es objeto de prueba, se ha de determinar qué daños causalmente ligados han de ponerse a cargo del presunto responsable, utilizando para ello criterios que han de extraerse del sistema normativo de la responsabilidad, a través de la operación que se denomina en la doctrina imputación objetiva y consiste en la determinación de una «causalidad jurídica» de los daños”³⁷⁷.

C.- LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.

En el último tiempo, los partidarios de la imputación objetiva han tenido un papel destacado en difundir y defender la idea de que en materia de responsabilidad debe distinguirse tajantemente los aspectos de hecho de las cuestiones jurídicas. Y su influencia ha traspasado el ámbito meramente doctrinario, ya que, como acabamos de ver, gracias a su recepción por parte de los Tribunales, se ha ido asentando la idea jurisprudencial de que el nexo causal no es una mera cuestión fáctica. Esta es precisamente la razón para considerarla el tercer aporte doctrinario.

En la primera parte del presente capítulo ya hicimos alusión a ella y ser mérito de PANTALEON su introducción en España; sin embargo, dada su importancia es necesario efectuar ahora algunas otras precisiones.

Recordemos que esta teoría, cuyo antecedentes se encuentran en el Derecho alemán y anglosajón, parte de un postulado esencial: no debe confundirse o mezclarse el problema de determinar la existencia o no de nexo causal entre la conducta del demandado y el resultado dañoso, con el problema diametralmente distinto, de decidir si tal resultado, causalmente

³⁷⁷ RJ 2005\4438.

ligado a la conducta en cuestión, puede o no ser *puesto a cargo* de aquella conducta³⁷⁸.

El primer problema, esto es, *decidir si existe relación de causalidad entre la conducta humana del posible responsable y el resultado dañoso* (que los anglosajones denominan como “*causation in fact*”), **no es de naturaleza jurídica, sino que es una auténtica cuestión de hecho**, libre de valoraciones normativas. El jurista, como dice Pantaleón, no es un “*productor*” de leyes causales, sino un “*consumidor*” de las mismas. Por lo tanto, en su solución es equivocado aplicar teorías de causalidad jurídica, y para su solución se debe partir de la causalidad propia de la lógica y de las leyes naturales. Por ello, afirman sus partidarios, la única teoría adecuada para resolver este problema es la *equivalencia de las condiciones*.

Como ejemplo de este primer problema —decidir la existencia o no de causalidad entre la conducta del demandado y el resultado dañoso— YZQUIERDO nos da el caso del hormigón que tenía poco cemento y mucha goma arábiga, y eso provocó que la mezcla no fuera resistente y la casa se desplomara. Esto, dice el autor citado, **es una auténtica cuestión de hecho**, libre de valoraciones normativas, donde la determinación de la causalidad se constata, con mayor o menor dificultad, a veces según las leyes de las ciencias experimentales o, en cualquier caso, por la teoría de la equivalencia de las condiciones. Aquí nada tiene que decir el legislador, y en este extremo resulta cierto lo declarado por la jurisprudencia en el sentido que la relación o nexo causal es atribución exclusiva de la sala sentenciadora, sin que se

³⁷⁸ TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., pp. 45 y 46, señala que a los conceptos unitarios de la causalidad, algunos autores modernos contraponen criterios articulados y contruidos en conexión con la finalidad de la norma jurídica violada. Este reclamo al carácter funcional y práctico de los conceptos jurídicos proviene de países del *comon law* y ha encontrado eco sobre todo en Alemania. La crítica al concepto unitario encuentra su exposición más enérgica y extrema en la obra de GREEN (*Rational of proximate cause*), según la cual bajo la etiqueta de la causalidad se suelen discutir problemas que poco tiene que hacer los unos con los otros, y en realidad una vez constatado el nexo causal natural entre acción ilícita y evento dañoso, el problema de afirmar o excluir la responsabilidad no puede ser resuelto aplicando una fórmula general, sino recurriendo a la función de la norma violada para certificar si el evento reclama o no su ámbito de protección. Esto los jueces lo realizan en realidad, pero poco enterados y por ello tienen necesidad de fundar las soluciones como deducidas de la causalidad inmediata y directa.

permita su revisión por vía de casación³⁷⁹.

El segundo problema consiste en decidir si el demandado debe o no responder de todo aquello que ha causado, es decir, *determinar cuáles eventos dañosos pueden ponerse a cargo del responsable y cuáles no serán de su cargo*. Se puede observar —afirman los partidarios de la teoría de la imputación objetiva—, que **ya no estamos en un problema de causalidad, sino de una cuestión jurídica que se resuelve con los llamados criterios de imputación objetiva**, criterios que pueden ser establecidos por el legislador o deducidos por el intérprete de la estructura y función de las normas de responsabilidad³⁸⁰. A este Segundo problema se le ha dado diversas denominaciones: *causalidad jurídica* por los italianos; *causation in law, legal causation* o *remoteness of damage*, por parte de los anglosajones; y también la de *objektive zurechnung* por parte de la doctrina alemana, denominación esta última que para PANTALEON es la más adecuada.

Ahora bien, puede surgir la interrogante: ¿Por qué al momento de justificar que la causalidad comprende cuestiones de hecho y de derecho, nos referimos a la teoría de la imputación objetiva, que sostiene que la causalidad es una mera cuestión de hecho?, en otras palabras: ¿Por qué al tratar la causalidad estudiamos la *objektive zurechnung*, si sus partidarios señalan que no puede ni debe considerarse una teoría sobre el nexo causal?

Podemos decir a este respecto que, no obstante los reparos o deficiencias que apreciamos en ella, lo cierto es que existen tres razones bien concretas para estimarla un aporte doctrinario en materia de causalidad y abocarnos aunque sea someramente a su análisis. La primera, es que sin importar la calificación que se le quiere dar como una teoría de naturaleza exclusivamente normativa, lo importante es su afirmación de que la responsabilidad no debe ni puede quedar totalmente entregada a un puro juicio fáctico, sino que deben utilizarse también criterios jurídicos que permitan determinar la extensión de la carga resarcitoria. La segunda razón es el hecho de considerar que la *previsibilidad* y *necesariedad* del daño, establecidos en el

³⁷⁹ YZQUIERDO, *Sistema de responsabilidad*, cit., p. 194.

³⁸⁰ PANTALEÓN, “*Causalidad e imputación*”, cit., pp. 1563 a 1566.

artículo 1107, son criterios de imputación objetiva³⁸¹, y con ello desestimar la arraigada creencia de que son cuestiones de mero hecho, entregada a la libre apreciación del juez³⁸². Finalmente, y como tercer motivo, la jurisprudencia civil de los últimos años ha empezado a aceptar que en el problema causal no sólo existen cuestiones de hecho, sino también de derecho, y este cambio de actitud es producto, precisamente, de un significativo viraje a favor de la teoría de la imputación objetiva.

Fuera de PANTALEÓN, participan también de la doctrina de la imputación objetiva, entre otros autores, DÍEZ-PICAZO³⁸³, SOLER³⁸⁴, MONTÉS e YZQUIERDO³⁸⁵.

³⁸¹ PANTALEÓN, *Del concepto de daño*, cit., pp. 573 y “El sistema de responsabilidad contractual”, pp. 1036 y 1037. También CARRASCO, *Comentario al artículo 1.107*, cit. pp. 725 y ss.

³⁸² La idea que la exigencia de ser el daño *consecuencia necesaria* del incumplimiento es un criterio de imputación objetiva empieza a ser acogida expresamente por el Tribunal Supremo, como lo demuestra el *obiter dictum* de la sentencia de fecha 2 de marzo de 2006, considerando tercero: “...las pautas o parámetros de imputación objetiva, que consiste en establecer... qué daños es justo poner a cargo del agente, descartando de este modo algunos que podrían ser conectados al hecho dañoso (como ocurre, por ejemplo, con los que no sean previsibles como consecuencia regular del hecho o que no necesariamente se deriven de él, de acuerdo con el criterio establecido por el artículo 1107 I del Código civil)”.

³⁸³ DÍEZ-PICAZO (*Derecho de daños*, cit., pp. 340 y siguientes), parte reconociendo que la teoría de la causa adecuada significó un evidente avance en relación a la teoría de la equivalencia de las condiciones. Siguiendo a CLAUS ROXIN, señala que **el propósito que ella persigue no es el de una teoría causal, sino una teoría de la imputación**, ya que si el problema se plantea en términos estrictos y genuinos de causa, basta la teoría de la equivalencia, y el problema consistirá “...en encontrar los fundamentos de la imputación y tipificar los supuestos que permitan verificarla o excluirla a través de criterios que sean de carácter puramente normativo”. Después de mencionar las cuatro figuras de delimitación propuestas por JAKOBS (riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso y competencia de la víctima), cuyo traspaso genera la obligación de indemnizar, expresa que en el derecho español, la segunda sala del Tribunal Supremo ha efectuado en un buen número de sentencias la distinción entre causalidad e imputación objetiva (idea también expresada por PANTALEÓN).

³⁸⁴ SOLER (*La valoración del daño*, cit., pp. 40 y ss.), sigue los postulados de PANTALEÓN, y en su interesante monografía, analiza la imputación objetiva, en el específico ámbito de la responsabilidad contractual.

La autora parte de la misma premisa: **la relación de causalidad es una mera cuestión de hecho que viene dada por las ciencias lógicas naturales. La labor del jurista comienza donde acaba el juicio empírico, y consiste en determinar si conforme a los criterios valóricos vigentes en cada ordenamiento jurídico debe ponerse el daño de cargo del incumplidor o atribuirse a cualquiera otras concausas.**

Afirma que la única teoría válida para resolver la relación de causalidad es la de la **equivalencia de las condiciones** y **la crítica** que pudiera merecer no es de ser insuficiente por no acotar satisfactoriamente la extensión del resarcimiento, que no es su función, sino por la forma en cómo se enuncia (“...una conducta es causa de un resultado cuando suprimida mentalmente, el resultado, en su configuración totalmente concreta, no se habría producido”), ya que **no resuelve acertadamente los casos de causalidad concurrente y de causalidad hipotética**, por lo que propone que debe matizarse la teoría de la equivalencia, atendiendo a las leyes de la experiencia o criterios de regularidad causal.

Compete al jurista decidir cuáles son los criterios normativos en virtud del cual se debe resolver la cuestión de la atribución de un resultado lesivo a un determinado patrimonio, lo que no se puede lograr desde la perspectiva causalista, y todos los intentos en este sentido han sido un fracaso

Ahora bien, respecto a la jurisprudencia civil, la casi totalidad de los fallos que se han pronunciado sobre el requisito de la causalidad, dictados a partir de los años 2002 y 2003 acogen la enseñanza de la imputación objetiva. A título meramente ejemplar podemos citar las sentencias de 24 de octubre de 2003³⁸⁶, 27 de junio de 2005³⁸⁷, 14 de febrero de 2006³⁸⁸ y 20 de febrero de 2003³⁸⁹, y aunque en su mayoría son posteriores al año 2000, ya en el año 1997 encontramos un adelanto de esta evolución jurisprudencial, en la sentencia de fecha 15 de enero de 1997³⁹⁰.

(teoría causa próxima y adecuada), pero la crítica a tales intentos o teorías ha sido muy útil, porque ha permitido un elenco de criterios jurídicos que "...posibilitan predecir porque y cuando va a considerarse adecuado imputar un concreto daño a un determinado hecho lesivo".

SOLER desarrolla los criterios para la responsabilidad contractual (Ambito de protección del contrato, el deber de mitigar el daño, la certidumbre del daño y la equidad), no sin antes aclarar que los más importantes son el del incremento del riesgo y el fin de protección de la norma, y que el criterio de adecuación juega como regla de cierre.

³⁸⁵ *Sistema de responsabilidad*, cit., pp. 193 y ss.

³⁸⁶ Considerando segundo: "No basta, como ya se ha admitido por este Tribunal en las Sentencias de la Sala Segunda de 5 de abril de 1983 (RJ 1983\ 2242) y de 20 de mayo de 1981 (RJ 1981\ 2247) «con la constancia de la relación causal -a determinar según el criterio de la equivalencia de las condiciones-, sino que además se precisa la imputación objetiva del resultado...", en RJ 2003\7519.

³⁸⁷ RJ 2005\4438

³⁸⁸ Considerando 12: "...Estos hechos, que llevan a la sentencia de instancia a considerar (desde el ángulo de la *quaestio facti* o cuestión de hecho de competencia del tribunal de instancia: STS 983/2005, de 30 de noviembre de 2005) la conducta del médico recurrente como relevante causalmente desde el punto de vista estrictamente físico, en cuanto su actuación es susceptible de ser considerada como **conditio sine qua non** [condición indispensable] para la producción del resultado dañoso (la extirpación de la trompa izquierda con las consecuencias de la limitación de las facultades de procreación de la paciente), **no son compatibles, sin embargo, desde la perspectiva de la imputación objetiva** que resulta de la necesidad de integrar jurídicamente el nexo de causalidad (STS de 20 de julio de 2005), con el reconocimiento de la existencia de un ligamen causal jurídicamente relevante entre la infracción de la *lex artis* que se le imputa (realización de un legrado incompleto no detectado debidamente) y el resultado dañoso", en JUR 2006\837113

³⁸⁹ RJ2003\1174.

³⁹⁰ Considerando segundo: "La letra del artículo 1902 del Código Civil parece hacer responsable al sujeto negligente de todos los daños de los que su acción u omisión haya sido «causa», sin embargo carece de buen sentido hacerle responsable de cualquiera de las eventualmente infinitas consecuencias dañosas de su conducta, por alejada e inesperada que fuese. De ahí que la relación de causalidad pueda abordarse desde dos ópticas bien diferentes, una que descansa sobre la llamada teoría de la equivalencia de las condiciones y para la cual causa es toda condición que ha producido el resultado, de forma que éste no se hubiera producido si la condición no se hubiera dado («*conditio sine qua non*»); y otra, denominada teoría de la imputación objetiva, para la cual el problema radica en determinar cuáles de los eventos dañosos natural y lógicamente ligados a la conducta del responsable pueden ser puestos a su cargo y cuáles no. Para la teoría de la equivalencia de las condiciones la causalidad es una cuestión de hecho que ha de resolverse atendiendo a las leyes de la experiencia científica; para la de la imputación objetiva, se trata de una cuestión de derecho cuya solución ha de encontrarse con los criterios más o menos precisos que los operadores jurídicos pueden extraer del sistema normativo de responsabilidad". AC 1997\40.

A estas alturas, puede considerarse ya una realidad el que la sala civil del Tribunal Supremo siga la teoría de la imputación objetiva, y en ello sin duda tuvieron un papel destacado magistrados como VICENTE MONTÉS PENADÉS y JESÚS CORBAL FERNÁNDEZ. Sin embargo, esto no impide la existencia de algunos fallos —aislados, eso sí—, que parecen remontarse a la vieja doctrina de prescindir de todo exclusivismo doctrinal y volver al criterio del buen sentido del juez, como nos lo indica la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2004³⁹¹.

Volviendo a la doctrina, YZQUIERDO, realiza una precisión de primera importancia, al señalar: “Una vez decidido que existe relación causal, resta ver si, existiendo varios protagonistas en la secuencia (el constructor y el fabricante del hormigón), ha de ser uno u el otro el que responda, y de cuántas consecuencias. Y para ello podrá servir el criterio de la adecuación, el de la eficiencia, el de la proximidad o el que sea. Pero esto ya es un problema de imputación objetiva, no de causalidad...”³⁹².

En consecuencia, para este autor los criterios de imputación son utilizados no sólo para determinar la extensión del daño causado, sino también para decidir quién o quiénes de los varios causantes de un daño deberán responder.

De esta forma, se hace patente una regla o principio que, no obstante su importancia y su aplicación en la práctica, tiende a olvidarse o por lo menos pasar por alto, y que podemos sintetizar señalando que:

Los criterios jurídicos o de imputación objetiva deben intervenir tanto en la primera función de la causalidad (determinar si el hecho dañoso puede o no ser atribuido a determinado sujeto), como en

³⁹¹ CONSIDERANDO TERCERO: “...Esta Sala se basa en la doctrina jurisprudencial de la causalidad adecuada o eficiente para determinar la existencia de relación o enlace entre la acción u omisión, causa, y el daño o perjuicio resultante, efecto, *pero siempre termina afirmando que opta decididamente por soluciones y criterios que le permitan valorar en cada caso si el acto antecedente que se presenta como causa tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto dañoso producido, y que la determinación del nexo causal debe inspirarse en la valoración de las condiciones o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como índice de responsabilidad, dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos, con la abstracción de todo exclusivismo doctrinal*, RJ2004\ 6898.

³⁹² Sistema de responsabilidad, cit., p. 194. (lo subrayado es nuestro). Hacemos presente que al desarrollar esta idea se está refiriendo al ejemplo del derrumbe de una casa porque el hormigón tenía poco

la segunda (determinar hasta donde se extiende la responsabilidad). Es decir, reciben aplicación en la determinación del *an* y del *quantum respondeatur*.

Es posible que el no haber advertido esta circunstancia sea la razón por la cual los partidarios de la imputación objetiva, aunque afirman que la teoría de la equivalencia es la única adecuada para resolver el problema de decidir la existencia o no de relación causal material entre la conducta del posible responsable y el resultado dañoso, reconocen las críticas que se le formulan por ser ella incapaz de solucionar acertadamente los casos de *causalidad concurrente* y de *causalidad hipotética*. Es obvio que resulte insuficiente para tales efectos, porque en la primera función de la causalidad, al igual que en la segunda, intervienen elementos fáctico como jurídicos, y decidir quién es el responsable en los casos de *causalidad concurrente* o *hipotética*, es precisamente, un problema de valoración normativa y no meramente fáctico.

Siguiendo a PANTALEÓN, podemos indicar como criterios de imputación objetivos aplicables a la responsabilidad civil los criterios del riesgo general de la vida, la prohibición de regreso, el criterio de provocación, el incremento del riesgo, el fin de protección de la norma fundadora de responsabilidad y el de adecuación. En todo caso, se trataría de una enumeración no taxativa, pues no estamos ante criterios fijos y perfectamente precisados; además deberá observarse cada ordenamiento jurídico en particular para determinar cuál de estos principios tiene aplicación concreta³⁹³.

A continuación, pasaremos a exponer sucintamente estos criterios, y ello por una doble razón: Primero, para confirmar la idea de que algunos están destinados a establecer, desde un punto de vista jurídico, la causalidad en su primera función, y otros, a fijar la extensión del daño indemnizable — que son los que realmente interesan para los efectos del presente trabajo—. De esta forma, podremos reconocer los criterios normativos que

cemento y mucha goma arábica

³⁹³ PANTALEÓN, “*Causalidad e imputación*”, cit., pp, 1566 y ss.

efectivamente se utilizan en la valoración del *quantum* resarcitorio. La segunda razón para su estudio es el hecho que la jurisprudencia de los últimos años está haciendo aplicación práctica de los mismos. Hacemos eso sí presente que muchos de ellos parecen estar más bien dirigidos al campo de la responsabilidad aquiliana.

a.- El criterio del riesgo general de la vida (*allgemeine lebensrisiko*).

Este criterio o principio de imputación parte de la base que siempre han existido riesgos que forman parte de la vida en sociedad. Situación que es absolutamente inevitable porque cualquier contacto social entraña un riesgo; incluso hasta el más inocuo, como dar un apretón de manos, puede transmitir una infección sin siquiera saberse. Como una sociedad sin riesgos no es posible y la vida en sociedad no es posible, el ordenamiento jurídico no puede garantizar la total ausencia de riesgos, y los que son inherentes a la configuración social han de ser autorizados. Por lo mismo, no corresponde al sujeto responsable amparar a la víctima ante la ocurrencia de algunos de estos riesgos.

PANTALEÓN explica este principio diciendo que se propone “*negar la imputación de daños que sean realización de riesgos habitualmente ligados a la existencia natural del dañado: tanto los vinculados a formas de actuar que ordinariamente ocurren o que siempre cabe esperar en el normal transcurso de la existencia del afectado, como los que, con independencia de una acción u omisión del dañado desencadenada precisamente por la conducta del responsable, estén ligados de forma muy general a la existencia humana en la forma de socialización y civilización correspondiente*”³⁹⁴.

Por lo tanto, no cabría imputar al responsable de heridas leves las consecuencias del atropello sufridos por la víctima que iba caminando a ser atendido en el hospital; tampoco los daños de un accidente aéreo cuando dolosamente se le ha impedido tomar el avión que tenía previsto; de igual

³⁹⁴ PANTALEÓN, “*Causalidad e imputación*”, cit., pp. 1566 y 1567. Ver también JAKOBS, GÜNTHER, *La Imputación objetiva en derecho penal*, traducción de Cancio Mellá, Civitas, Madrid,

forma, el responsable de un accidente con gigantesco atasco no responderá de los perjuicios causados en las propiedades vecinas por automóviles que buscaban sortear el atasco; tampoco responderá, por regla general, de los daños por la impresión sufrida en una persona al ver el accidente; pero se dice que sí respondería cuando entre el espectador y la víctima exista una íntima relación de afecto, y, quizás también, cuando el accidente sea extraordinariamente horroroso³⁹⁵.

Sin embargo, se toma el cuidado de precisar que la producción de aquellos eventos dañosos, al que la víctima esta especialmente expuesta o propensa —por ser enfermo al corazón, hemofílico o por otra circunstancia semejante—, no puede considerarse un riesgo general de la vida, salvo que el suceso imputable que actualizó la predisposición dañosa no sea sustancialmente distinto de otros que suceden habitualmente en la vida cotidiana. Esto parece al profesor PANTALEÓN el justo término, entre el derecho de los enfermos y los débiles a no ser ciudadanos de segunda y el de sus conciudadanos a no cargar con las enfermedades ajenas; sin embargo reconoce que los límites son muy difíciles de precisar³⁹⁶.

En la jurisprudencia de los últimos años el criterio del riesgo general de la vida ha recibido aplicación en sentencias como las de fecha 15 de enero

1996, pp. 117 y ss.

³⁹⁵ PANTALEÓN, “*Causalidad e imputación*”, cit., p. 1567.

En opinión de SALVADOR, en el Derecho español, la doctrina del riesgo permitido es aplicada con frecuencia por la tercera sala del Tribunal Supremo, y ello con la finalidad de moderar las consecuencias de medio siglo de insistencia judicial y doctrinaria de la responsabilidad objetiva del Estado, donde los únicos modos de eliminar la responsabilidad es negar la existencia de un vínculo causal o que la víctima lo fue de la concreción de un riesgo general de la vida, es decir, de un daño que debía sufrir, soportar o tolerar. Los magistrados de la tercera sala suelen resolver por falta de causalidad cuando estiman que un daño no debe ser indemnizado por el Estado, y cuando el riesgo excede los normales, la tercera sala aplica un estándar de culpa comparativa, es decir, de compensación de culpas; para hacerlo así tiene a veces en cuenta la omisión de advertir de un peligro poco frecuente o del de reducir su gravedad. Agrega que el argumento de texto que mejor permite aplicar la teoría del riesgo es el artículo 41 de la ley 30/1992. Así, los daños causados por el desembalse de una presa tras una lluvia torrencial concreta un riesgo que hay que soportar a diferencia del derrumbamiento de una presa. Ver SALVADOR CODERCH, PABLO, “*Causalidad y Responsabilidad*” (2ª Edición), en *www.indret.com* n. 94, Junio de 2002, Barcelona p. 9.

³⁹⁶ Por ello critica el fallo *Smith v. Leech Brain*, ya referido en el capítulo primero y en el cuál se decidió que se debía responder de la muerte por cáncer por no haberle facilitado una mascarilla ante una herida en un labio que fue el agente promotor del cáncer.

de 1997, 11 de noviembre de 2005³⁹⁷, y 5 de enero de 2006.

La última de las sentencias nombradas resulta especialmente interesante, al aplicar el principio en cuestión a un caso de responsabilidad contractual. Una arrendataria interpuso demanda de indemnización de perjuicio en contra de sus arrendadores, y la fundó en los daños que le causó el derribo por ruina del edificio arrendado; derribo que en su opinión se debió al incumplimiento que pesa sobre el arrendador de su obligación de conservación y reparación del bien. El Tribunal Supremo desechó el recurso de casación y confirmó los fallos de instancia que rechazaban la demanda interpuesta. Para tal efecto, tuvo presente que el derrumbe del edificio no era imputable a la conducta de los arrendadores, sino que operó a este respecto *la regla excluyente —criterio de valoración de «imputación objetiva»— del «riesgo general de la vida»*³⁹⁸.

³⁹⁷ Trata el caso de una señora que tropieza con el escalón que dejaba el ascensor al parar en la segunda planta. La sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz estimó que existía concurso de culpa pues a la perjudicada le era exigible un mínimo de cuidado, reduciendo en un 20% la indemnización. Se deduce casación, y entre otras razones se pretende la invalidación de la reducción por «conurrencia de culpas» basada en la prueba de presunciones, “*por cuanto -dice el recurrente- la Sala deduce falta de atención de la víctima cuando la Sentencia de Primera Instancia había señalado que no se había acreditado*” El Tribunal Supremo rechaza el recurso, y para ello recurre a lo que podríamos calificar como una verdadera interpretación de lo decidido por la Audiencia Provincial, al señalar: “*La Sala, en realidad, no usa la prueba de presunciones, sino que valora un elemento de «imputación objetiva» que implica no poner a cargo de los responsables un daño cuando hay que aceptar un «riesgo general de la vida» y se ha de partir de que necesariamente el comportamiento humano, en la generalidad de los casos, según la regla del «id quod plerumque accidit» implica soportar pequeños riesgos, y conducirse con un «mínimo de cuidado y de atención», como dice la Sala*”, RJ 2005\ 9883, considerando tercero.

³⁹⁸ Considerando séptimo: “*La resolución recurrida no realiza ninguna inversión de la carga de la prueba por lo que no pudo vulnerar el art. 1214 CC. Con fundamento en los hechos probados declara que no aprecia factor doloso o negligente en los arrendadores. Una cosa es que se presuma la culpa cuando se estima acreditada la causalidad dañosa de una conducta, y otra diferente, indiscutible, la posibilidad de desvirtuar la presunción con base en los hechos probados por estimar que no ha habido negligencia alguna, y por tanto resulte improcedente el reproche culpabilístico. Pero es más, y ello hace innecesario discurrir acerca de los argumentos de la parte recurrente sobre la aplicabilidad -que postula- de la doctrina del riesgo o bien de la objetivación de la responsabilidad, no es que falte la culpabilidad, es que en el caso falta la causalidad en su secuencia jurídica o de atribuibilidad, porque la ruina no es imputable a una conducta de los arrendadores, sino que opera la regla excluyente -criterio de valoración de «imputación objetiva»- del «riesgo general de la vida» (tomado en cuenta en las recientes Sentencias de 21 de octubre y 11 de noviembre de 2005), pues opera tal pauta axiológica cuando el evento generador del daño -demolición por ruina económica- es consecuencia de la extinción de la vida del edificio por causa, sin otra concurrente, de su vetustez y las condiciones estructurales, algunas en buena medida determinadas por su antigüedad y fecha de la construcción. Y si no hay causalidad no cabe hablar, no ya de responsabilidad subjetiva, sino tampoco de responsabilidad por riesgo u objetivada, a lo que debe añadirse, respecto a la faceta fáctica del elemento causal, que no rigen*

b.- El criterio de la prohibición de regreso (Regressverbot).

Se niega la imputación objetiva cuando en el curso causal dañoso, puesto en marcha por el demandado, ha intervenido sobrevenidamente la conducta dolosa o muy imprudente de un tercero, salvo que esta última se haya visto significativamente favorecida por el actuar del demandado o, salvo también, que la norma de cuidado infringida tuviera la finalidad de prevenir la conducta de dicho tercero; finalidad de prevención o cuidado que puede establecerse por la ley (padres, tutores, empleadores) o bien por la jurisprudencia. Se dice que se utiliza la expresión “*prohibición de regreso*” para graficar la idea que no se puede “*regresar*” desde el tercero que dolosa o culposamente ha intervenido causando el daño, hasta el que desencadenó el curso causal inicial³⁹⁹.

El ejemplo clásico es el proporcionado por FRANK, sobre el cazador que deja una escopeta cargada en la taberna en la que se encuentran discutiendo varias personas, y uno de los participantes utiliza el arma para matar dolosamente a otro. Aquí no existiría imputación objetiva por parte del cazador, pues a pesar de que él puso en marcha el proceso causal, sobrevino en la secuencia causal la conducta dolosa de un tercero que impide regresar hasta quien puso en marcha el curso causal. En forma muy parecida, SALVADOR da como ejemplo el del sujeto que presta dinero a un tercero y este compra un arma para cometer un delito⁴⁰⁰.

PANTALEÓN señala el caso de *Corporación médica extrahotelera gerontológica de España con Banca catalana*. El secretario de la Corporación, aprovechándose de la negligente confianza de los otros dos firmantes, cobró un talón por 6.700.000 pesetas y se fugó con el dinero. El talón tenía dos defectos: no tenía el nombre completo del que retiró el dinero y tenía un

presunciones ni cabe hablar de desplazamiento del «onus probandi», de modo que, normalmente, no se altera la doctrina general de la carga probatoria, que incumbe -generalmente- al que formula la reclamación indemnizatoria”, RJ 2006\131.

³⁹⁹ PANTALEÓN, ““*Causalidad e imputación*””, cit., p. 1568; DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, cit. pp. 346 y 347, y SALVADOR “*Causalidad y Responsabilidad*”, cit., p.11..

⁴⁰⁰ YZQUIERDO, *Sistema de responsabilidad*, cit., p. 194, y SALVADOR “*Causalidad y Responsabilidad*”, cit., p.11.

problema de fecha. La Corporación demandó a Banca catalana. En primera instancia se condenó a pagar la mitad del dinero porque se estimó culpa concurrente de los consejeros; en segunda instancia se redujo a un millón de pesetas; y, finalmente, el Tribunal Supremo, en Sentencia de dieciséis de noviembre de 1983, desestimó completamente la demanda.

El máximo tribunal fundó su decisión en el hecho que el daño no surgió de la operación bancaria de realización o pago del talón, sino de la conducta del tomador al apropiarse del dinero efectivo, por lo que aún en la hipótesis de la boleta absolutamente correcta el daño se habría producido igual, pues el perjuicio estaba directa y causalmente conectado con la conducta extracontractual y dolosa del procesado rebelde y no con los defectos del talón. A PANTALEÓN el fallo le parece correcto, dejando de lado, eso sí, el hecho de que trata como problema causal, lo que en realidad es un problema de imputación objetiva, pues es evidente que si Banca Catalana no hubiese pagado, el secretario no se habría podido escapar con el dinero⁴⁰¹.

Señalamos que la prohibición de regreso no operaría cuando la conducta del tercero se haya visto significativamente favorecida por la actuación del demandado o la norma infringida tuviera, precisamente, la finalidad de prevenir la actuación de este tercero. Como ejemplo de este último caso, se menciona la sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona de tres de marzo de 1989. El caso consiste en que los atracadores del Banco burlaron el censor de seguridad al ingresar dos de ellos como clientes y colocar sobre él un capuchón de plomo. Se demandó subsidiariamente al banco y se señala en la sentencia que el punto polémico está en la existencia o no de una infracción reglamentaria. En definitiva, se decide que la exigencia

⁴⁰¹ PANTALEÓN (“*Causalidad e imputación*”, cit., pp. 1568 a 1570), indica también el **Caso del hotel Corona de Aragón de Zaragoza**, consistente en el incendio que causó 76 muertes. En primera instancia se desestimó la demanda y el Tribunal Supremo desestimó el recurso, argumentando que en la causa originaria del incendio intervino un elemento extraño explosivo colocado por personas desconocidas, por lo que no existe relación de causalidad entre la presunta negligencia de la conducta de los empleados del hotel y el resultado lesivo. De nuevo el autor lamenta la confusión cuando menos terminológicas entre cuestiones de causalidad y de imputación objetiva, aunque es obvio que el Tribunal no consideró aquellas cuestiones como de mero hecho. .

SALVADOR (“*Causalidad y Responsabilidad*”, cit., p.11), menciona la sentencia Tribunal Supremo de fecha doce de junio de 2001, en la cual se decide que no se puede imputar responsabilidad a RENFE ni al maquinista que arrojó por la noche a un viajero cojo y ebrio, que decidió caminar por la vía del tren.

de instalación de sensores es una cuestión de primera importancia y se cuestiona que el dispositivo se pueda burlar de manera tan simple⁴⁰².

Dos aclaraciones más respecto a la operatividad del presente criterio. Primero, la imputación objetiva no resulta excluida si la conducta lesiva voluntaria y consciente de un tercero es conforme a derecho. El caso típico es el de las destrucciones causadas por los bomberos en caso de extinción de un incendio. En segundo lugar, se dice que no sería suficiente una conducta meramente culposa o negligente del tercero para impedir la imputación objetiva, sobre la base del principio de la prohibición de regreso, aunque su grado de culpa sea superior a la del demandado.

Como ejemplo de la última observación, tenemos la sentencia de fecha cuatro de marzo de 1987 resuelta por la Audiencia provincial de Pamplona. Se trataba del caso de un niño muerto en una intervención quirúrgica destinada a operar la fractura del fémur que sufrió en un local comercial. El Tribunal señala que si bien la cirugía es uno de los tratamientos comúnmente indicados en esta clase de lesiones, el factor muerte, aunque extraordinariamente reducido en la actualidad, está siempre presente. Por lo tanto, *“no cabe descartar la existencia de relación de causalidad entre la fractura y el fallecimiento por acto quirúrgico”*, salvo que se acredite la intervención de una causa extraña como un fallo o error médico con entidad suficiente para romper aquel nexo causal entre el accidente que ocasionó la lesión y el deceso de la víctima.

Sin perjuicio de criticar la confusión entre cuestiones causales y de imputación objetiva, PANTALEÓN alaba el fallo, pues precisa que aunque hubiese existido error médico procedería la imputación objetiva entre la

⁴⁰² Señala PANTALEÓN (*“Causalidad e imputación”*, cit., pp. 1573 a 1575), que no cabe duda que también se debe responder cuando el vigilante nocturno se duerme o el empleado de la empresa de mudanza deja la puerta abierta (salvo que se demuestre que los ladrones habrían robado igual). Igualmente, si se choca una camioneta de mercadería no sólo se responde de la que resultó destruida, sino también de la desperdigada en la carretera; pero no responderá el culpable de lesiones si el médico causa dolosamente la muerte. Dice que plantea dudas el caso del que atropella a otro y huye dejándolo sin prestar auxilio y unos ladrones le roban la cartera, pues las normas que imponen el deber de socorro no pretenden evitar daños como el hurto de la cartera. Por nuestra parte, estimamos que sí debe responder, porque con su actuar *facilitó considerablemente la actividad de los ladrones* y, por ende, no se aplica la prohibición de regreso.

fractura y el fallecimiento, y solamente sería lo contrario ante una negligencia de una gravedad absolutamente infrecuente, y partiendo de la base de que el tratamiento médico era el normalmente indicado para esta lesión⁴⁰³.

La jurisprudencia reciente hace aplicación del principio de la prohibición de regreso en fallos como los de fecha 24 de octubre de 2003⁴⁰⁴ y de 14 de febrero de 2006, ya citados, además de las sentencias de 29 de abril de 2003⁴⁰⁵ y 6 de septiembre de 2005⁴⁰⁶.

La sentencia de 14 de febrero de 2006 resuelve un complejo caso de responsabilidad médica que más o menos puede resumirse como sigue: A principios de 1993 la actora padeció **un embarazo intrauterino no evolutivo**, el cual le producía dolores y pérdidas sanguíneas que hicieron aconsejable terapéuticamente su evacuación mediante legrado, el que se le practicó con

⁴⁰³ Se menciona también el caso resuelto por la sentencia de 27 de noviembre de 1981 del chofer que dejó mal estacionado el camión y en su ausencia su copiloto empezó a maniobrar los comandos y produjo un atropello a un niño, siendo condenados en proporción de uno y dos tercios, respectivamente, pues la conducta del dueño del camión fue una de las causas determinantes de que el camión se pusiera en movimiento y se le califica como concausa. La argumentación no le gusta a PANTALEÓN (Ibid., pp. 1570 a 1572), pero considera que el fallo es correcto. Distinto habría sido el caso si el acompañante hubiese actuado con dolo.

⁴⁰⁴ Trata el caso de un joven de 15 años que ingresó a un sitio donde se encontraba una edificación en obras, sube a la terraza del edificio y al pasar por una claraboya de cristal reforzada se produce la rotura de uno de los cristales, cayendo al vacío y sufriendo serias lesiones. Los padres demandaron de indemnización de perjuicios a los encargados de la obra y al Ayuntamiento. El Tribunal Supremo confirma la sentencia de instancia denegatoria de la demanda indemnizatoria por estimar que el accidente es por culpa de la víctima. Sin embargo, aclara que aún en el hecho que debiera estudiarse la existencia del nexo causal entre una supuesta negligencia por omisión de los responsables de la ejecución de las obras, de todas maneras debería rechazarse la demanda por no existir relación de causalidad, porque: *“...no basta, como ya se ha admitido por este Tribunal en las Sentencias de la Sala Segunda de 5 de abril de 1983 (RJ 1983\ 2242) y de 20 de mayo de 1981 (RJ 1981\ 2247) «con la constancia de la relación causal -a determinar según el criterio de la equivalencia de las condiciones-, sino que además se precisa la imputación objetiva del resultado, para lo que se requiere la adecuación de la causa para producir aquél, como consecuencia lógica y natural de aquélla», en términos de la Sentencia citada en último lugar, y de acuerdo con la doctrina moderna unos de los criterios para establecer o excluir la imputación objetiva que más se acomodan al caso de autos, es la llamada «prohibición de regreso», supuesto en el que no es posible la imputación, cuando puesta en marcha la relación causal, sin embargo el daño se produce por subsiguiente intervención dolosa o gravemente imprudencia de un tercero, no pudiendo regresar desde el tercero causante del daño al que inició el curso causal. De la misma forma ocurre cuando es la víctima a la que corresponde el control de la situación, habida cuenta de la configuración del contacto social, es a ella a la que ha de imputarse las consecuencias lesivas y no el autor mediato, en este caso aparece claro que con las indicaciones existentes de la prohibición de la entrada a las obras, las vallas que impedían el paso y la superficie cerrada en las que se realizaban las mismas, a las que únicamente podían accederse por una puerta y no obstante, entran en el edificio”*. En RJ2003\7519.

⁴⁰⁵ RJ2003\4535.

⁴⁰⁶ RJ2005\6745

fecha 15 de marzo de 2006. Con fecha 20 de marzo se realiza una ecografía que revela un útero vacío, examen que en todo caso no puede calificarse de concluyente para estos casos. Ante diversas anomalías en los días posteriores, con fecha 24 de marzo **otro facultativo determina que la actora sufre de un embarazo ectópico**, pues mostraba una trompa engrosada, y **procede a la extirpación de un segmento de la trompa de Falopio izquierda**, con pérdida funcional de dicho órgano Finalmente, la práctica del estudio histopatológico posterior demostró que la intervención no fue justificada.

La paciente demanda a los dos médicos y al Servicio Andaluz de Salud (SAS). Las sentencias de ambas instancias condenan a los tres demandados en forma solidaria. Sin embargo, **el Tribunal Supremo absuelve al facultativo autor del legrado por considerar que respecto de él no existió nexo de causalidad con los daños demandados**. Señala el fallo:

“La sentencia impugnada considera responsable al médico recurrente como consecuencia de que el legrado practicado fue incompleto y de que, al no advertirse esta circunstancia, se desencadenó un proceso posterior que condujo a un erróneo diagnóstico sobre embarazo ectópico y a la indebida extirpación de la trompa de Falopio izquierda de la paciente, que debía haberse evitado”.

“Del propio análisis de los hechos que considera probados la sentencia impugnada se advierte que la única intervención que se atribuye al expresado facultativo en el curso de los acontecimientos fue la indicada, esto es, la realización de un legrado que resultó incompleto y por lo tanto deficiente, sin que se advirtiera esta circunstancia con posterioridad a su práctica, cuando debió serlo.

*“Estos hechos, que llevan a la sentencia de instancia a considerar (desde el ángulo de la *quaestio facti* o cuestión de hecho de competencia del tribunal de instancia: STS 983/2005, de 30 de noviembre de 2005) la conducta del médico recurrente como relevante causalmente desde el punto de vista estrictamente físico, en cuanto su actuación es susceptible de ser considerada como *conditio sine qua non* [condición indispensable] para la producción del resultado dañoso (la extirpación de la trompa izquierda con las consecuencias de la limitación de las facultades de procreación de la paciente), no son compatibles, sin embargo, desde la perspectiva de la imputación objetiva que resulta de la necesidad de integrar jurídicamente el*

nexo de causalidad (STS de 20 de julio de 2005), con el reconocimiento de la existencia de un ligamen causal jurídicamente relevante entre la infracción de la lex artis que se le imputa (realización de un legrado incompleto no detectado debidamente) y el resultado dañoso a que acaba de hacerse referencia, puesto que el curso de los acontecimientos demuestra que entre dichas conducta y resultado se produjo la actuación de otros facultativos ajena a la intervención del recurrente, una de las cuales, al menos, resulta directamente relevante desde el punto de vista causal para la producción del resultado dañoso⁴⁰⁷.

Del fallo resulta evidente que el Tribunal supremo, a la luz de los

⁴⁰⁷ JUR 2006\837113 (lo subrayado es nuestro). Continúa el fallo en su considerando decimosegundo: “Con esto, resulta evidente que la imputación objetiva al recurrente (o atribución del resultado, quaestio iuris [cuestión jurídica] revisable en casación en el ámbito de la aplicación del art. 1902 Código civil, citado como infringido: STS de 21 de octubre de 2005) de las consecuencias de la extirpación total de la trompa izquierda practicada por otro médico que realizó una valoración laparoscópica inexacta apoyándose en la ecografía que constaba en el historial clínico de la paciente -cuando no se deriva de los hechos declarados probados que en esta valoración y prueba ecográfica interviniese el recurrente, que había realizado el legrado con anterioridad-, significa, sin más fundamento que ser anteriores en el tiempo y constituir eslabones en el curso de los acontecimientos que condujo al resultado, un regreso a conductas anteriores de otros sujetos, en este caso el médico recurrente que practicó el legrado, en el momento de cuya realización, sin intervención en el curso posterior de la paciente, no podía preverse racionalmente el resultado final producido, relacionado directamente con un error en el diagnóstico posterior y, por ello, anudado causalmente y de manera más inmediata a la negligencia posterior de otro facultativo.

Este retroceso no es admisible en la labor de integración del nexo causal desde el punto de vista jurídico, que debe realizarse manteniendo un grado de proximidad razonable, aceptable en términos de Derecho, y adecuado a las reglas de experiencia sobre la posibilidad de previsión de las consecuencias, al menos cuando la imputación lo es a título de culpa (arts. 1105 y 1107 Código civil), entre la conducta o conductas negligentes a las que se anuda la responsabilidad y el resultado dañoso producido -que quiebra cuando existen conductas posteriores de carácter más específico y determinante-, sin cuyo requisito la posible negligencia apreciada en la conducta del agente carece de la necesaria relevancia para dar lugar a la existencia de responsabilidad civil.

“La parte recurrida trata de demostrar que la responsabilidad de D. Hugo no deriva simplemente de la realización del legrado incompleto, sino de no haber advertido esta circunstancia con posterioridad, de no haber completado los informes ecográficos necesarios para advertirla, de no haber practicado un legrado posterior y de no haber utilizado la técnica de aspiración en lugar de la de legrado. Sin embargo, no podemos considerar estos hechos y su posible influencia para cerrar el círculo de imputación objetiva a este médico del resultado dañoso producido, ya que los mismos no han sido reflejados en su valoración de la prueba por los tribunales de instancia, quienes únicamente se refieren a la intervención del mencionado facultativo en la realización del legrado incompleto, que consideran en sí mismo incorrecto, pero no en su control posterior que también estiman defectuoso, sino que vinculan su responsabilidad al hecho de que el legrado incompleto no advertido dio lugar a una cadena de acontecimientos anómalos que propiciaron errores de diagnóstico y desembocaron en el resultado dañoso generador de responsabilidad. El examen de otras circunstancias relevantes de índole fáctica, ajenas al relato probatorio efectuado por la sentencia impugnada, exigiría, en consecuencia, por parte de este tribunal una nueva valoración de la prueba en su conjunto, que constituye objeto vedado a la casación.”

hechos, consideró que si bien podía existir una relación de causalidad fáctica con el primer facultativo —el autor del legado—, no existió un nexo jurídico de causalidad de acuerdo al criterio de la “**prohibición de regreso**”. Podemos señalar como comentario al margen que los hechos del caso determinaron el predominio del criterio de dicho criterio sobre el “*principio de confianza*” que habría podido exonerar al autor de la *extirpación de un segmento de la trompa de falopio* y condenar al autor del legado.

c.- El criterio de provocación (Herausforderung).

Se dice que este principio ha sido desarrollado para resolver dos tipos de casos.

Primero, si como consecuencia de perseguir a un dañante o delincuente, una persona resulta lesionada o lesiona a un tercero, estos perjuicios serán objetivamente imputable al que huía, siempre que esta persecución haya sido “*provocada*” por él, en el sentido de considerarse que no fue irrazonable atendida la condición del perseguidor y tras una ponderación *ex-antes* de los riesgos reconocibles de tal seguimiento. Obviamente, la persecución debe aumentar el riesgo típico, porque si los perjuicios podían suceder igual, no existe imputación objetiva.

Segundo, el caso del sujeto que ante una situación de peligro cierto creado por otro, asume el riesgo del daño que finalmente resulta víctima o se lo causa a un tercero en un intento de salvar su persona y bienes o la persona y bienes ajenos. El responsable de estos perjuicios será el que creó la situación de peligro, con independencia de que la acción de salvamento tenga o no éxito, salvo que se considere altamente irrazonable, por existir una absoluta desproporción entre el riesgo asumido y el valor del bien o la probabilidad de salvarlo. Los autores ponen el ejemplo de quien perece por la explosión de un vehículo al querer auxiliar a sus ocupantes. Sin duda que esta muerte será de responsabilidad del autor del estallido; pero no podrá imputársele el fallecimiento del que intentaba salvar las maletas.

Debe sí tenerse presente que aunque la conducta de la víctima sea objetivamente irrazonable, existirán situaciones en que de todas maneras no

deberá negarse la imputación objetiva. Así por ejemplo, la sentencia de fecha 27 de enero de 1984 resolvió el caso de las lesiones sufridas por una mujer que, al presenciar el atropello del marido de una amiga, salió corriendo despavorida para dar aviso a la esposa del fallecido, y en esa carrera irreflexiva fue a su vez arrollada por un vehículo que no pudo impedir atropellarla⁴⁰⁸.

d.- El criterio del incremento del riesgo (Risikoerhöhung).

En todo ordenamiento jurídico se considera correcta la realización de actividades más o menos peligrosas, en atención a la mayor o menor utilidad social de las mismas y al mayor o menor coste social de las medidas de reducción del riesgo. Por ello, *el autor de una conducta solo responderá de los daños que cause, cuando con ella sobrepasa los límites del riesgo que el ordenamiento jurídico estime aceptables o tolerables*, es decir, cuando incrementa el riesgo permitido.

¿Cómo se determina si una conducta negligente incrementa o no el riesgo? Se responde diciendo que no existirá tal incremento, cuando se constate con una seguridad o probabilidad cercana a la certeza de que un resultado sustancialmente idéntico se habría producido, igualmente, de haberse actuado con diligencia.

En otras palabras, un evento perjudicial no es objetivamente imputable a la conducta negligente de una persona, cuando comparada con la conducta diligente, no ha incrementado el riesgo de que se produzca el evento dañoso en cuestión. Si se considerara imputable, el legislador trataría en forma diferente supuestos que en lo relevante son idénticos, porque respecto de la concreta actuación dañosa, la conducta negligente ha sido exactamente igual a su alternativa diligente.

En Italia, siguiendo similar criterio, TRIMARCHI señala que la resarcibilidad del perjuicio será excluida cuando eliminando o modificando algunos elementos en la descripción de la conducta, es posible obtener un

⁴⁰⁸ PANTALEÓN, “Causalidad e imputación”, cit., pp. 1575 y ss., y DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, cit. pp. 347 y 348.

acto lícito que habría causado igualmente el evento dañoso (sin introducir causa de justificación o modificar sustancialmente los eventos relevantes del proceso causal). Aquí el procedimiento a seguir es similar al utilizado para determinar si la conducta es condición *sine qua non*; pero se diferencian en que allá es para ver si el evento se habría realizado sin el hecho dañoso y acá es para determinar si se habría producido con un acto análogo al efectivamente realizado⁴⁰⁹.

Como ejemplo de aplicación jurisprudencial de este principio, se señala la sentencia de 5 de marzo de 1976. Se produjo un choque entre un camión y un turismo, sin que el primero redujese la velocidad al tomar la curva, como era exigido en este caso. Sin embargo, el Tribunal Supremo absolvió al conductor del camión, fundado, entre otras razones, en el hecho que el accidente se habría producido de todas formas aunque hubiese reducido la marcha, porque el turismo venía a una velocidad excesiva y sin ajustarse a su lado derecho⁴¹⁰.

En la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo, podemos mencionar también las sentencias de fecha 13 de diciembre de 2002⁴¹¹ y 2 de enero de 2006. Esta última se refiere a la demanda de indemnización de perjuicio contra la propietaria de un helicóptero que se precipitó a tierra muriendo el piloto y causando graves heridas al resto de los pasajeros. La sentencia de la Audiencia provincial considera responsable a la empresa propietaria de la aeronave y empleadora del piloto causante del accidente. Se interpone recurso de casación, el que se funda, entre otros motivos, en la falta de relación de causalidad, pues no se logro determinar si el accidente se

⁴⁰⁹ TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., p. 72

⁴¹⁰ Por el contrario, se considera que la conducta lícita no habría causado el mismo daño en el caso del ahogo de la piscina de Medina de Rioseco. De este modo la sentencia de fecha 5 de marzo de 1984, aunque apreció culpa concurrente de la víctima (se bañó en plena digestión), condenó al Ayuntamiento a la suma de 750.000. Argumentó que existía enlace lógico y preciso entre el ahogo de la víctima y que estuviera con amigos que no advirtieron su inmersión y el hecho que si la piscina hubiese tenido un vigilante, éste tampoco se hubiese podido percibir, al igual que no lo hicieron los amigos de la víctima. También podemos citar la sentencia de fecha 25 de mayo de 1987 consistente en la muerte de dos obreros al caer en una caldera en ebullición que tenía sus paredes veinte centímetros por debajo de lo autorizado. El Tribunal supremo desestima la argumentación de que el accidente se habría producido igual sin esta circunstancia. PANTALEÓN, “*Causalidad e imputación*”, cit., pp. 1577 y ss. Ver también DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, cit. pp. 348 y 349.

debió a la concurrencia de varias causas («volaba demasiado bajo, a más de tres mil metros de altura y en una zona en la que se producen fuertes vientos racheados que pueden alcanzar los 130/140 kms./ hora») o alguna de ellas en particular, y en la existencia de un caso fortuito.

El Supremo rechaza el recurso, y al efecto señala:

*“De modo que **cabe concluir que sin la actuación imprudente del piloto no se hubiera producido el evento dañoso**, cumpliendo así la exigencia básica que, de acuerdo con la teoría de la condicio sine qua non, se exigiría para determinar el nexa causal, y mucho más si se considerara desde la perspectiva de la llamada «causalidad adecuada...”*

*“Pero si el soporte causal es, en el caso, más que suficiente para establecer la conexión entre acción y resultado, **la conclusión alcanzada por la Sentencia recurrida no puede ser objetada tampoco desde el análisis de la imputación objetiva realizada, ya que baste proyectar sobre el caso el criterio denominado de incremento del riesgo para obtener la conclusión de que, con gran probabilidad rayana en la certeza, sin la actuación del piloto no se daban las condiciones para el accidente”.***

También desestima la alegación de existir caso fortuito, al indicar:

*“Para la exoneración por el casus se requiere que el deudor o el agente se estén comportando correctamente en la conducta de prestación o, en general, en el desarrollo de la actividad de que se trate, **salvo que el comportamiento negligente o culposo no haya producido un incremento del riesgo de que se produzca el evento dañoso en cuestión**, o, en otras palabras, no se producirá imputación cuando aún de haber obrado diligentemente el deudor o el agente el concreto evento dañoso se hubiera producido con total seguridad o con una tal probabilidad que haya de ser tenida por equivalente a la certeza. Lo que no ha ocurrido en el caso, puesto que, en la estimación del Tribunal a quo que la Sala ha de compartir, **el comportamiento del piloto ha generado ciertamente el incremento de riesgo del accidente, sin olvidar que, en el caso, se trata de un comportamiento debido que se sitúa, de entrada, en la prestación contractualmente convenida de Heliswiss con Helisol y de ésta con Viprom, concurriendo aquí, como se ha dicho en la instancia, responsabilidad contractual y extracontractual”.** ⁴¹²*

⁴¹¹ RJ 2002\ 10746

⁴¹² RJ 2006\ 129. La negrilla es nuestra.

En cuanto a la llamada concurrencia de responsabilidad a que se hace mención, resulta útil tener presente que la doctrina española ha puesto de manifiesto que muchas acciones de responsabilidad extracontractual encubren en realidad supuestos de responsabilidad contractual⁴¹³. Precisamente, el fallo en estudio es un típico ejemplo de ello (incumplimiento de la obligación de seguridad en los contratos de transporte), al punto que la propia sentencia declara que existiría concurrencia de responsabilidades. En todo caso, lo importante para nosotros, es que el caso en estudio permite apreciar que el incremento del riesgo es uno de los criterios que sirve para imputar o no el incumplimiento de una obligación contractual, esto es, para fijar desde un punto de vista jurídico la primera función de la causalidad.

e.- El criterio de “fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad” (Schutzzweck der Haftungsbegründenen Norm).

No se puede imputar a una persona la lesión de un bien jurídico que no está protegido por la norma infringida que justifica el juicio de responsabilidad. En otras palabras, no se puede atribuir aquellos eventos dañosos que caigan fuera del ámbito o finalidad de protección de la norma, sobre la que pretende fundar la responsabilidad del demandado⁴¹⁴.

TRIMARCHI lo trata como un criterio de limitación de la responsabilidad al riesgo prohibido. Señala que no toda creación de peligro es ilícita, pues para que lo sea debe tener una cierta relevancia respecto a la probabilidad del incidente o a la gravedad del daño amenazado. Así por

⁴¹³ Para más antecedentes sobre la conjunción de responsabilidades y la llamada “teoría de la rigurosa órbita de lo pactado”, ver DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, cit., pp. 245 y ss., e YZQUIERDO, *Sistema de responsabilidad*, cit. pp. 99 y ss.

⁴¹⁴ Pensando en los casos de responsabilidad por culpa, algunos prefieren señalar que la imputación objetiva del resultado dañoso exige, junto al de causalidad, un nexo de *antijuricidad* entre aquel y la conducta del dañante, nexo que solo concurrirá cuando esta conducta pueda ser considerada antijurídica en relación con la concreta persona lesionada, el concreto bien dañado y la concreta forma de acaecimiento. PANTALEÓN (“*Causalidad e imputación*”, cit., pp. 1570 a 1572), expresa que dejando de lado el problema de si *antijuricidad* puede o no ser relativa, se trata de una diferencia sólo terminológica y se prefiere *el criterio del fin de protección de la norma*, en cuanto es utilizable también en los casos de responsabilidad por riesgo. Ver también DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, cit. p. 348, y SALVADOR “*Causalidad y Responsabilidad*”, cit., pp.12 y ss.

ejemplo, los casos de responsabilidad objetiva tienen un ámbito de aplicación amplio pero limitado, y fuera de él no existirá obligación de indemnizar, por estimarse un riesgo lícito. Para excluir el resarcimiento de los perjuicios causados por una conducta que provoca un peligro lícito o no prohibido, no es necesario acudir a la relación de causalidad. Da el ejemplo de quien transporta dos niños en la motocicleta que se enferman de gripe, donde la prohibición de trasladar los dos infantes no es para evitar una enfermedad respiratoria. En definitiva, no se puede fundar la responsabilidad por un riesgo que no está prohibido y que no es objeto de prevención por la norma en cuestión. Sin embargo, cuando interviene una actuación dolosa, debe existir mayor rigor a la hora de decidir la exclusión del resarcimiento⁴¹⁵.

Uno de los casos clásicos mencionados por la doctrina española, es el resuelto por la sentencia de fecha 22 de febrero de 1946, que trata de la explosión de un polvorín cerca de una fábrica donde los trabajadores laboraban un domingo, infringiéndose de esta forma la normativa laboral. Aunque se rechazó la demanda alegando falta de causalidad, se estima que la verdadera razón para negar la indemnización se debió a que la norma infringida (trabajar el día domingo) no tiene por finalidad proteger la vida o integridad de los trabajadores que laboran cerca de un arsenal.

Los otros casos son los resueltos por las sentencias de 2 de octubre de 1950 y 30 de enero de 1951. Se trataba de un camión que al momento de producirse el accidente, por rotura de frenos, transportaba a cinco personas en su caja destinada a llevar mercaderías, infringiendo así el artículo 205 del Código de la circulación. Aunque el Tribunal Supremo desechó la demanda fundada en la falta de relación causal, PANTALEÓN indica que la cuestión es determinar si la norma violada tiene o no por finalidad evitar sucesos como el acaecido. Concluye que no, porque la misma disposición, en su párrafo final, dice que de sorprenderse su contravención, en ningún caso los pasajeros deberán dejarse en tierra. Por lo tanto, la finalidad de la norma es impedir que la clientela propia de los vehículos de transporte sea movilizad por otros vehículos, y no evitar accidentes.

⁴¹⁵ TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., pp. 65 a 66 y 84 a 86.

Si bien se mencionan estos casos como demostración de la aplicación del principio en estudio, la doctrina reconoce que no se hace en ellas una declaración expresa del mismo. Donde sí lo hace, aunque a título de *obiter dictum*, es en la sentencia de fecha 17 de marzo de 1981 de la primera sala del Tribunal Supremo, al señalar: “*no basta una relación causal adecuada, sino que hay que determinar en qué y por qué se ha infringido la norma por la conducta del agente, pues solo serán antijurídicas aquellas condiciones que concurren a un resultado que infrinjan la finalidad protectora de la norma*”.

Se dice que este principio tiene expresa acogida en materia de responsabilidad contractual, donde se identifica con el requisito de la previsibilidad del daño⁴¹⁶, requisito que al decir de la sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 2 de marzo de 2006, es una de pauta o parámetros de imputación objetiva.

f.- El principio de confianza (Vertrauensgrundsatz, bilateral care).

Este principio parte de la observación de que nadie puede estar siempre controlando el actuar de los demás, los cuales como sujetos también responsables deben someter su conducta a los deberes de precaución que el ordenamiento les impone, y aunque es posible que cometan errores, nosotros debemos confiar en que actuarán correctamente, y no puede ser de otra forma, porque en caso contrario sería imposible la división del trabajo.

En opinión de JAKOBS, este principio tiene dos modalidades. La primera, se refiere a que alguien actuando como tercero genera una situación inocua siempre que el actor a continuación cumpla sus deberes. Se da el ejemplo de quien entrega a otro un reloj de gran valor, lo que no causará perjuicios si quien lo recibe lo toma con cuidado. En la segunda modalidad, la confianza se dirige a que una situación preexistente haya sido preparada correctamente por un tercero, de manera que quien haga uso de ella, si

⁴¹⁶ PANTALEÓN, “El sistema de responsabilidad contractual”, cit., p. 1026; y SOLER, *La valoración del daño*, cit. p. 44. En Alemania, por todos, ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho privado*, cit., pp. 129

cumple sus deberes, no ocasionará daño alguno. Aquí el ejemplo es el del cirujano que confía en que el material quirúrgico haya sido convenientemente esterilizado⁴¹⁷.

En España, se cita el caso del contratista demandado que rompió los cables de la Compañía Telefónica, actora, que los había enterrado a solo diez o doce centímetros de profundidad, incumpliendo la licencia municipal. El Tribunal Supremo, en sentencia de fecha 23 de febrero de 2001, expresó que la diligencia debida del causante del daño comporta un *juicio de valor* en relación con la conducta de quien sufrió el daño, a fin de comprobar cuál de los dos quebrantó la conducta que jurídicamente cabía esperar de él⁴¹⁸.

g.- El criterio de la adecuación.

Los autores creen que en la teoría de la imputación objetiva también tiene lugar el viejo criterio de la causalidad adecuada. Sin embargo, discrepan del papel que le correspondería. Para PANTALEÓN presta una utilidad residual para solucionar casos de cursos causales completamente irregulares o anormales, que no la encuentra fácilmente en los otros criterios, como por ejemplo el famoso caso *Polemis* resuelto por los tribunales ingleses⁴¹⁹. Para YZQUIERDO, por el contrario, es el primer criterio que debe considerarse y de ahí se debe jugar con los restantes⁴²⁰.

PANTALEÓN reconoce que entre el criterio de la adecuación y los demás principios pueden existir soluciones opuestas, lo que no debe extrañar, pues no son dogmas de contornos perfectamente dibujados, sino tópicos de impreciso halo, en cuanto condensan juicios de valor, a veces contradictorios y siempre difíciles de aprehender⁴²¹.

No hemos extendido en el desarrollo de la imputación objetiva — quizás en demasía—, porque junto a ser uno de los importantes aportes doctrinarios, es la teoría actualmente aplicada por los Tribunales de justicia.

y 130.

⁴¹⁷ JAKOBS, *La Imputación objetiva en derecho penal*, cit., pp. 105 y 106.

⁴¹⁸ Sentencia del TS, 1ª sala. Ver SALVADOR “*Causalidad y Responsabilidad*”, cit., pp. 10 y ss..

⁴¹⁹ PANTALEÓN, “*Causalidad e imputación*”, cit., pp. 1590 y 1591.

⁴²⁰ YZQUIERDO, *Sistema de responsabilidad*, cit. p. 196.

⁴²¹ PANTALEÓN, “*Causalidad e imputación*”, cit., pp. 1590 y 1591.

Pero no son las únicas razones por lo cual no hemos detenido en ella, también lo ha sido porque de su exposición saltan a las vista algunos aspectos que no deja de causar cierta perplejidad. Nos referimos al hecho de que pese a sostener que se trata de una teoría normativa destinada más bien a delimitar el *quantum resarcitorio*, es decir, abordar desde un punto de vista jurídico el problema planteado por la segunda función de la causalidad, ***la verdad es que muchos de los principios utilizados están dirigidos realmente a solucionar el problema del an respondeatur***, es decir, a determinar desde un punto de vista jurídico el o los sujetos responsables del hecho delictual o del incumplimiento contractual.

Ejemplo de lo anterior, es *la prohibición de regreso*; criterio normativo dirigido a determinar quién, desde un punto de vista jurídico, es el autor de un hecho dañoso, exonerando, de esta forma, al que materialmente figura como tal. Excluye en consecuencia de la obligación de indemnizar a un sujeto que en principio puede ser estimado como supuesto responsable, pero que, jurídicamente hablando, no lo es.

En verdad, si se efectúa un análisis más atento, podemos concluir que la mayoría de los principios o reglas de imputación objetiva sirven para delimitar jurídicamente la causalidad en su primera función. En efecto, además de la *prohibición de regreso*, los criterios de *incremento del riesgo*, *riesgo general de la vida* y *principio de confianza* dan respuesta al problema del *an respondeatur*. Por su parte, el *fin de protección de la norma* o *previsibilidad* y el *daño necesario* permiten fijar la extensión del perjuicio indemnizable.

Recordemos que en responsabilidad contractual también rige la distinción entre las dos funciones del nexo causal. Como señala LEÓN, en los casos en que el deudor alegue que el incumplimiento se debe a una causa ajena a su voluntad, como el caso fortuito, el hecho de un tercero o la conducta del propio acreedor, aquí también será necesario afrontar previamente un problema propio de la primera función de la causalidad⁴²².

⁴²² LEÓN *Gravedad de la culpa*, cit. pp. 37 y 38, y “*Acotaciones históricas al artículo 1.107*”, cit., p. 582.

Pues bien, en tales supuestos la falta de cumplimiento, desde un punto de vista material, debe imputarse al deudor; pero al efectuarse —y probarse alguna de las alegaciones anteriores—, se deberá determinar desde una perspectiva jurídica si al deudor debe seguir imputándosele el incumplimiento. Para tal efecto, también tendrá importancia la aplicación —con las adecuaciones del caso—, de criterios como la *prohibición de regreso*, *principio de confianza*, o *el riesgo general de la vida*. En este sentido, recordemos la demanda de indemnización de perjuicios contractuales por ruina de un edificio, donde el tribunal excluyó la imputabilidad por el principio *riesgo general de la vida*. Recordemos también el caso del accidente de una aeronave en que se hizo aplicación del principio de *incremento del riesgo*, y si bien se planteó como de responsabilidad extracontractual, era en realidad un supuesto contractual.

Por lo expuesto, la denominación de *imputatio facti*, que los estudiosos de la Edad Media daban a la primera función del nexo causa, no es del todo acertada. Es cierto que esta primera función tendrá un fuerte componente fáctico para determinar si puede considerarse al sujeto sometido al juicio de responsabilidad autor del daño en cuestión, y muchas veces en materia contractual podrá bastar con dicho aspecto material o de hecho; pero en otras ocasiones, deberá acudir a los criterios normativos para determinar, desde el punto de vista jurídico, quien es el autor del incumplimiento.

Establecido que muchos de los llamados criterios de imputación objetiva sirven para la determinación del *an respondeatur* y no del *quantum*, resulta por lo menos extraño que los partidarios de dicha teoría no hayan explicitado claramente tal circunstancia —salvo algunas excepciones, como es el caso de YZQUIERDO—, y más bien de sus palabras parece darse a entender que consideran que tales criterios están destinados exclusivamente a resolver el problema de la extensión del perjuicio indemnizable⁴²³. Lo

⁴²³ Estimamos que el no percatarse que varios de los criterios de imputación objetiva están destinados a resolver el problema jurídico de la primera función de la causalidad, es lo que lleva a la afirmación de que no se ha resuelto adecuadamente los problemas de causalidad concurrente y de causas hipotéticas del daño.

anterior resulta aún más extraño si se considera que el desarrollo más exhaustivo ha sido para los criterios jurídicos destinados a la primera función del nexo causal.

Respecto a las reglas destinadas a fijar el *quantum respondeatur*, si bien ha existido algún grado de preocupación y análisis para la previsibilidad o ámbito de protección de la norma, como también lo denominan, los criterios representados bajo la expresión *consecuencia necesaria* han sido más bien descuidados, especialmente el principio que permite excluir del resarcimiento los perjuicios anormales o debidos a la situación económica del acreedor, donde se conforman con acudir a la vieja teoría de la causalidad adecuada⁴²⁴.

Efectuadas todas estas precisiones y aclaraciones —necesarias debido a la confusión o poca claridad que todavía existe en estas materias—, nos corresponde entrar en el análisis de los dos criterios de delimitación del daño que en nuestra opinión se encuentran comprendidos bajo la expresión *consecuencia necesaria* del incumplimiento.

2.- EL DEBER DE EVITAR O MITIGAR EL DAÑO.

A.- ANTECEDENTES.-

Coloquialmente, se explica diciendo que la víctima no debe quedarse sentada sin hacer nada para minimizar las pérdidas que fluyen de un mal. Muy por el contrario, debe realizar todo lo que esté a su alcance para colocarse en la misma situación que estaría si el contrato se hubiese cumplido o el ilícito no se hubiese producido⁴²⁵. Antecedentes del deber de mitigar se pueden encontrar incluso en algunos textos del Digesto, como, por ejemplo, nuestro ya conocido pasaje del comerciante que no entrega el trigo o

⁴²⁴ El deber de mitigar el daño ha corrido mejor suerte, como lo demuestra el estudio de SOLER en *La valoración del daño*, cit. pp. 61 y ss., y “Comentario al artículo 77”, en obra colectiva *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la convención de Viena*, Madrid, Civitas, 1998, pp. 621 y ss. Aunque no siempre se le ha considerado un criterio normativo que encuentre acomodo en la expresión consecuencia necesaria o consecuencia inmediata y directa.

⁴²⁵ BURROWS, *Remedies*, cit., p. 69.

vino vendido (D 19,1, 21, 3). Pero también se ha negado tal origen histórico, por estimar que él es más propio de una concepción social del Derecho, y no de una de naturaleza individualista, como era el Derecho romano⁴²⁶.

Donde sin discusión es posible encontrar reconocido este deber es en la pandectística alemana. En este sentido, BERNHARD WINDSCHEID, después de señalar la regla del Derecho germano según la cual son indemnizables todos los perjuicios que sin el hecho en cuestión no se hubiesen producido —sin importar si es o no inmediato, necesario o previsto—, señala el caso de excepción: *no se resarcirán aquellos daños que si bien son consecuencia del hecho ilícito, pudieron haber sido evitados por el dañado mediante la conveniente cautela*; excepción que, en todo caso, no rige en caso de dolo⁴²⁷.

Pero en verdad fueron los autores que precedieron a la codificación en Francia. DOMAT y muy especialmente POTHIER, fueron los que se preocuparon de analizar la inactividad del acreedor o la víctima ante los perjuicios que sufría, como una de las circunstancias que impedía otorgarles a éstas el resarcimiento de ciertos daños. Demostrativo de todo lo anterior, es el ejemplo del viñedo proporcionado por DOMAT, donde su propietario había contratado un transporte que nunca llegó. Debido al incumplimiento del acarreador no se puede vendimiar, y llega una granizada que hace perder toda la cosecha, único recurso con el que el propietario esperaba pagar un acreedor, que enseguida le embarga y vende sus bienes. Respecto a la pérdida de las viñas, uno de los factores a considerar para decidir o no su indemnización es, precisamente, la circunstancia de si pudo o no el acreedor contratar otro transporte. Entonces, uno de los criterios para decidir la indemnización, es la posibilidad o no de haber evitado el perjuicio, acudiendo a una contratación alternativa que supla la obligación incumplida.

⁴²⁶ En contra de la idea que el deber de mitigar el daño tiene sus antecedentes en el derecho romano, CRISCUOLI, GIOVANNI: “Il dovere di mitigare il danno súbito”, en *Rivista Di Diritto Civile*, N° 6, 1972, pp. 567 y ss. Ver también SOLER, *La valoración del daño*, cit. p. 62, y “Comentario al artículo 77”, p. 621, CARRASCO, *Comentario al artículo 1.107*, cit. p.734; y DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, cit., p. 689.

⁴²⁷ *Diritto delle pandette*, v. 2, traducción al italaiano de C. Fadda y P. Bensa, Torino, 1904, § 258, pp. 43 y ss.

POTHIER, por su parte, desarrolla el criterio de la evitabilidad del perjuicio en el ejemplo del que vende una vaca sabiendo que está enferma, la que contagia al resto del ganado. En este caso existen tres clases de daños claramente diferenciados: el valor de la vaca enferma y el demás ganado contagiado, la falta de cultivo de las tierras y el daño derivado del desastre económico. La primera clase de perjuicios se considera totalmente indemnizable, sin ningún tipo de duda. Para resolver la indemnización de las otras dos, introduce el concepto de *consecuencia necesaria*, en base al cual formula dos reglas o principios. Una de ellas, es que *el nexo de causalidad no se interrumpe por el carácter remoto de los daños, sino por la evitabilidad de los mismos*. En el ejemplo, esta regla es aplicada a los perjuicios por no cultivo de la tierra.

Se niega el resarcimiento por la falta absoluta de cultivo, sobre el presupuesto que esta consecuencia habría podido ser evitada por el adquirente acudiendo a medios de cultivos extraordinarios. Se le reprocha al comprador una actitud negligente, y se excluye la existencia de un nexo causal necesario o suficiente entre el mismo daño y el contenido culpable del vendedor. Pero como se reconoce que aún así el acreedor diligente no habría podido evitar la totalidad de este perjuicio, se admite la reparación por el menor provecho derivado de una cultivación de emergencia, respecto de la que habría obtenido laborando el terreno con las propias bestias⁴²⁸.

De este modo, y como ya expresamos al efectuar el análisis histórico, ***el deber de evitar el daño tiene expreso reconocimiento legal en todos los códigos seguidores del sistema francés de extensión del perjuicio; específicamente, en la expresión consecuencia necesaria o directa del incumplimiento.***

No obstante lo anterior, el mayor desarrollo de esta regla limitativa no se ha alcanzado —todavía al menos—, en los sistemas latinos, sino en el *common law*, donde se le conoce bajos los nombres de *duty of mitigation*, o *mitigation of damages rule* o *avoidable consequences rule*.

⁴²⁸ POTHIER, *Traité*, cit., n. 167, pp. 190 y 191. Ver también, LEON, *Gravedad de la Culpa*, cit., pp. 48 y ss., y *Acotaciones históricas.*, cit., pp. 591 y ss.; y FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità*, cit., pp. 44 y

Comprende este deber dos principios: el primero consiste en la carga del actor de tomar todos los razonables pasos para minimizar las pérdidas, principio que en el derecho inglés⁴²⁹ tiene su formulación clásica en el caso *British Westinghouse Electric v. Underground electric Railways co of London Ltd* (1912). El segundo principio, señala que el acreedor no debe incurrir en gastos irracionales como consecuencia del incumplimiento, es decir, aquellos que supusieran un despilfarro.

En Estados Unidos, la regla parece también ser antigua, remontándose incluso a una sentencia del año 1767. En la actualidad se ha convertido en un principio general, con aplicación en materia de daños a la propiedad, a las personas y, por supuesto, en materia contractual⁴³⁰. En Canadá, por su parte, el principio ha sido explicado por la Corte Suprema de Justicia, en la causa *Red Deer College v. Michaels et al*⁴³¹.

Además, en el *common law* el ámbito de aplicación del *duty of mitigation* no se limita a los casos de resarcimiento, como en el sistema francés, sino que se extiende también sobre la excepcional pretensión de cumplimiento⁴³².

Volviendo a los ordenamientos del *civil law*, recordemos que algunos países, como Alemania, Suiza e Italia⁴³³, han contemplado en sus

ss.

⁴²⁹ Para el Derecho anglosajón, ver BURROWS, *Remedies*, cit., pp. 69 y ss.; STONE, *The modern law*, cit, pp. 448 y ss., y SOLER, *La valoración del daño*, cit., pp. 61 y ss.

⁴³⁰ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN: “Notas sobre el deber de minimizar el daño”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 5, año 2005, pp. 75 y ss.

⁴³¹ *The primary rule in breach of contract cases, that a wronged plaintiff is entitled to be put in as good a position as he would have been if there had been proper performance by the defendant, is subject to the qualification that the defendant cannot be called upon to pay avoidable losses which would result in an increase in the quantum of damages payable to the plaintiff. The reference in the case law to a “duty” to mitigate should be understood in this sense.*

In short, a wronged plaintiff is entitled to recover damages for the losses he has suffered but the extent of those losses may depend on whether he has taken reasonable steps to avoid their unreasonable accumulation.

⁴³² SOLER, *La valoración del daño*, cit. p. 65.

⁴³³ Los derechos alemanes y suizos fueron objetos de análisis en la primera parte del presente trabajo. Razón por la cual nos remitimos a lo ya señalado en esta materia, y a continuación simplemente transcribimos las normas pertinentes.

§ 254 del BGB (Compensación de Obligaciones)

1. Si cualquier tipo de culpa por parte de la persona dañada ha contribuido a causar el daño, la obligación de indemnizar a la parte perjudicada y el alcance de la indemnización a realizar depende de

textos el deber de evitar el daño. Otros, y que sin duda son la mayoría, como Francia⁴³⁴, España y Chile, no acogen este criterio expresamente y con carácter general —o por lo menos así se cree—, sin perjuicio de algunas normas específicas que lo contemplen. Así, por ejemplo, en España, el artículo 17 de la ley 50/1980 de contrato de Seguro indica: “*El asegurado o el tomador del seguro deberán emplear los medios a su alcance para aminorar las consecuencias del siniestro*”.

No obstante lo anterior, *la Jurisprudencia ha hecho aplicación de este deber con carácter general, en forma expresa o tácita*; decisión apoyada por la doctrina, que ante la supuesta falta de regulación legal, se ha preocupado de dar respuesta a los presupuestos básicos, como son su naturaleza, fundamento, aplicabilidad y contenido. En todo caso, la doctrina de los pocos países que consagran el deber de mitigar en forma expresa y amplia, también han de dar respuesta a cada uno de los aspectos indicados, a veces con soluciones no muy pacíficas.

las circunstancias; sobre todo de hasta qué punto el daño ha sido causado predominantemente por una u otra parte.

2. *Esto se aplica también incluso si la culpa del perjudicado consistió sólo en una omisión a la hora de llamar la atención del deudor acerca del peligro de un daño anormalmente alto que el deudor ni conocía ni debiera haber conocido, o en una omisión a la hora de evitar o mitigar el daño. La disposición del § 278 se aplica mutatis mutandis.*

Artículo 44 del Código de las Obligaciones Suizo: *Le juge peut réduire les dommages-intérêts, ou même n'en point allouer, lorsque la partie lésée a consenti à la lésion ou lorsque des faits dont elle est responsable ont contribué à créer le dommage, à l'augmenter, ou qu' ils ont aggravé la situation du débiteur.*

Artículo 1227 del Código civil Italiano: *Concorso del fatto colposo del creditore. Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate .*

Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza

En el mismo sentido, **el artículo 1479 del Código civil de Québec** del año 1991, y en vigor desde el 1 de enero de 1994, dispone: *La personne qui est tenue de réparer un préjudice ne répond pas de l'aggravation de ce préjudice que la victime pouvait éviter*, en (<http://www.canlii.org/qc/legis/loi/ccq/20050211/tout.html>).

⁴³⁴ En Francia la acogida al deber de minimizar el daño es más bien tibia por parte de la doctrina (DURRY, JOURDAIN, VINEY). Se da como razón el peso que tiene la tradición del principio de la reparación íntegra. Agrega DOMÍNGUEZ (“*Notas sobre el deber de minimizar el daño*”, cit., pp. 80 y ss.), que la jurisprudencia hasta el momento ninguna sentencia ha recogido expresamente la obligación de la víctima de minimizar su daño, y los fallos que se han señalado por algunos autores son más bien de moderación del perjuicio.

B.- LA DISTINCION ENTRE EVITAR Y MITIGAR EL DAÑO.-

En doctrina y en algunos textos se utilizan las expresiones *evitar* y *mitigar* (*avoidable* y *mitigation*, en el *common law*). Aparece, entonces, como primera cuestión, saber si tales términos hacen alusión a dos deberes diferentes o uno sólo con manifestaciones diversas. Dar respuesta a lo anterior, no deja de tener importancia, a lo menos para **tres aspectos**. En primer lugar, para interpretar el alcance de las normas que se refieren al criterio en estudio. En este sentido, recordemos, por ejemplo, el Código civil italiano, cuyo artículo 1227 apartado segundo, habla únicamente del deber de *evitar* el perjuicio, mientras que el artículo 1914 del mismo texto legal utiliza ambas expresiones; pero referido exclusivamente al contrato de seguro. Luego, surge la interrogante del alcance amplio o restringido que debe darse a la expresión *evitar* del artículo 1217 del *Codice*, ya que es la norma de aplicación general para toda clase de obligaciones⁴³⁵.

En segundo lugar, si estimamos que son instituciones relacionadas pero distintas, el fundamento jurídico de ambas podría variar: mera concurrencia causal o “culpa del acreedor” en un caso, y criterio delimitador del perjuicio fundada en la buena fe y deberes de corrección, en el otro. Finalmente, como tercer aspecto, definir el alcance amplio o restringido de la expresión *evitar*, nos permitirá precisar su contenido, y de esta forma establecer si el acreedor ha cumplido o no con su carga.

Ahora bien, respecto al significado de los conceptos de *evitar* y *mitigar* el perjuicio, en opinión de CRISCUOLI, el primero dice relación con los daños que aún no se han producido e impone a la víctima un deber negativo, de respeto a la esfera jurídica de los otros, que se observa con la inercia. La mitigación, por su parte, está referida a los perjuicios ya producidos y es un deber positivo de intromisión eficaz en la esfera jurídica de otro, que se viola con la inercia⁴³⁶. En definitiva, se cumple con la evitación cuando no se agrava con la propia actividad el daño ya producido, y se observa el deber de

⁴³⁵ Situación diferente se da en el BGB, cuyo § 254 expresamente incluye ambos deberes.

⁴³⁶ CRISCUOLI, *Il dovere di mitigare il danno*, cit., p. 560

mitigar cuando se realiza una acción destinada a remover las consecuencias negativas del incumplimiento.

Estamos de acuerdo en que la diferencia entre mitigar y evitar se da en relación a si el perjuicio se ha manifestado o producido en el mundo tangible o todavía no lo ha hecho. En ambos casos, eso sí, deben encontrarse reunidos todos los requisitos de la responsabilidad, por lo que es un hecho cierto que el perjuicio se produjo o se va a producir. En la mitigación, el acreedor debe ejecutar los actos conducentes a lograr su aminoración. En la evitación, por el contrario, debe realizar las actuaciones dirigidas a impedir el nacimiento de un determinado daño, respecto del cual ya se encuentran reunidas todas las condiciones necesarias para que él se produzca, de no media la intervención del acreedor⁴³⁷.

Sin embargo, lo que no podemos compartir es aquella afirmación, respecto a que en la evitación basta la mera inactividad para dar por cumplido el deber, y únicamente en la mitigación se requerirá un actuar positivo. Pensamos que en ambos será exigible casi siempre una actividad de parte del afectado, no bastando su mera abstención, y los ejemplos que se dan para explicar el contenido de este deber así lo confirman⁴³⁸.

De lo expuesto, puede también apreciarse que la distinción entre evitar y mitigar el perjuicio tiene estrecha relación con la clasificación de daño actual y futuro. Así, si estamos ante perjuicio futuro, verbigracia el lucro cesante en la mayoría de las veces, pesará sobre el acreedor el deber de evitarlo. Por el contrario, si se trata de uno actual o presente, como son la generalidad de los daños emergentes, se deberá intentar su mitigación⁴³⁹.

Establecido ambos conceptos y lo que los distingue, es necesario determinar si en los ordenamientos como el italiano, donde la norma de

⁴³⁷ Por ello, podríamos decir que la actuación del acreedor en cumplimiento del deber de evitación es una causal hipotética que impediría que el daño se produzca.

⁴³⁸ En este sentido, ROSSELLO, CARLO, "*Il danno evitabile con l'ordinaria diligenza*", En *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale a cura di Giovanna Visintini*, Milan, Dott., 1984, p. 61.

⁴³⁹ YZQUIERDO (*Sistema de responsabilidad*, cit. p. 150), siguiendo en este punto a ZANNONI, indica que no siempre el lucro cesante es un daño futuro, y cuando sea un perjuicio presente procederá, antes que su evitación, su mitigación, y esto último será también exigible en los casos en que la evitación sea imposible. Respecto al daño emergente, en los casos en que todavía no ha ocurrido, es decir, cuando sea

general aplicación se refiere únicamente a la evitación del perjuicio (artículo 1227 del *Codice*), debe, sin embargo, entenderse también comprendido el deber de mitigación. CRISCUOLI se manifiesta abiertamente partidario de la respuesta afirmativa⁴⁴⁰. No obstante, y a pesar de haberse incluido expresamente la evitación en el nuevo Código civil italiano, las opiniones a favor incluir el deber de mitigación no son muchas ni sus argumentos muy satisfactorios. En efecto, la mayoría de la doctrina, si bien reconoce la existencia de un deber de no agravar el perjuicio sufrido —al que en todo caso no confunden con la concurrencia causal—, niegan que pueda incluirse en la mitigación.

De hecho, del mismo *Codice* pueden extraerse argumentos en contra, como sería el ya mencionado artículo 1914 que alude a ambos deberes —*evitare* y *diminuire*—, por lo que si el 1227 se refiere únicamente al de *evitar*, no puede entenderse incluida en dicha disposición la mitigación, pues si el legislador hubiese deseado que se entendiese comprendido lo habría señalado expresamente. Sin embargo, tal argumento de texto no es sostenible, pues la primera norma no puede influenciar la interpretación de la segunda, ya que ambas miran a situaciones netamente diversas, no existiendo ninguna relación de derivación del 1227 al 1914. Por el contrario, es la disposición sobre el contrato de seguros, que atiende a la relación específica entre dañando y asegurador que no es autor perjuicio, pero que contractualmente está obligado a soportar las consecuencias del siniestro, la que representa una especial aplicación legislativa del artículo 1227, que regula la relación entre la víctima y autor del daño sobre el plano general de la responsabilidad civil.

Excluido el artículo 1914 del Código civil como fundamento en contrario, queda por señalar cuál son las razones a favor de estimar incluido el deber de mitigación en el 1227. En este sentido, CRISCUOLI nos indica como argumento a favor el hecho que ***el legislador emplea el término daño***

de carácter futuro, podrá exigirse su evitación.

⁴⁴⁰ En contra RESIGNO, para quien cuando el legislador ha querido incluir el deber de disminuir el daño lo ha señalado expresamente, como en el caso del artículo 1914 del *Codice*. Ver CRISCUOLI, *Il dovere di mitigare il danno*, cit., p. 560, nota 29.

en diferentes sentidos: por un lado como lesión que aún no se ha producido, y por otro como sinónimo de la consecuencia que se acompaña a la lesión, integrándola en su contenido. Si se utiliza en el primer significado, la expresión normativa evitar los daños quiere decir “no agravar” el ya sufrido, dando lugar a una nueva causa autónoma de lesión⁴⁴¹. Por el contrario, cuando se utiliza en el segundo significado, la expresión representa una formula elíptica indicativa de la necesidad de “evitar las consecuencias del daño sufrido”, siendo en éste último sentido un típico deber de mitigación. *De esta forma, el concepto de evitar el daño, comprende también el de aminorarlo.*

Agrega que el artículo 1227 y el deber de mitigar los daños tienen su fundamento en la buena fe, entendida ésta como un deber positivo, pero indeterminado. El carácter positivo implica una conducta fundada sobre el plano de la solidaridad social, como una exigencia del deber de cooperación, pero dentro de los límites de la ordinaria diligencia. Que se trate de un deber indeterminado, significa que es independiente del supuesto de hecho en orden al cual los perjuicios se han sufrido; por lo que si estamos ante un contrato incumplido el contenido del deber no va depender de la voluntad de los contratantes ni va a estar subordinado o condicionado por la finalidad o contenido del contrato⁴⁴².

Entre otros autores partidarios de incluir la mitigación del daño en el artículo 1227, podemos mencionar también a DE CUPIS, BIANCA, CATTANEO y CARBONE⁴⁴³.

En la jurisprudencia italiana, aunque con algunas vacilaciones, se ha ido asentando la idea de que la evitación del perjuicio es una expresión del deber objetivo de la buena fe, que impone al acreedor incumplido o al lesionado abstenerse de agravar su daño como también realizar una actividad

⁴⁴¹ En verdad, aquí la expresión no evitar significa impedir las consecuencias dañosas del hecho.

⁴⁴² *Il dovere di mitigare il danno*, cit., pp. 560 y ss., en especial pp. 560, 571, 572, 579 y 580.

⁴⁴³ En este sentido, ver DE CUPIS, ADRIANO, *El daño*, cit., n. 34, pp. 286 y ss. BIANCA, C. MASSIMO, *Diritto civile. La responsabilità*, t. v. Dott, Milán, 1995, pp. 142 y ss., y *Dell' inadempimento delle obbligazioni*, L. IV, Boloña-Roma, 1967, pp. 334 y ss. y 354 y ss., y autores citados por CRISCUOLI en *Il dovere di mitigare il danno*, cit., p. 570, nota 69.

destinada a evitar o a reducir el ya sufrido, dentro del límite de la ordinaria diligencia⁴⁴⁴.

En España, donde no existe un texto expreso de carácter general, los autores que se han preocupado del tema siempre han entendido que este deber, anclado en la buena fe, comprende tanto la mitigación como la evitación del daño⁴⁴⁵. De esta forma, mantienen cierta sintonía con lo señalado por CRISCUOLI.

Por último, resulta interesante constatar que, a diferencia del Derecho Italiano, donde el problema es encuadrar o entender incorporado el deber mitigar en el artículo 1227 del *Codice*, en la versión alemana del artículo 88 de la LUVI el problema era el inverso, vale decir, establecer que

⁴⁴⁴ **La sentencia de casación de cinco de mayo de 1995**, expresa: *La prospettazione della questione di diritto così operata dal ricorrente non trova il conforto della giurisprudenza della Corte, secondo la quale il dovere di correttezza imposto al danneggiato dall'art. 1227, comma 2°, c.c. presuppone il compimento di un'attività che avrebbe avuto il risultato certo di evitare o ridurre il danno, onde non implica l'obbligo di svolgerne una gravosa e comportante rischi espese* (Cass. 15 dicembre 1970 n. 2690; Id. 7 maggio 1991 n. 5035).

En similar línea argumentativa, **la sentencia de casación de fecha 14 de enero de 1992**, señala en su parte pertinente: *Tenendo anche conto degli ordinamenti stranieri che attribuiscono al creditore, danneggiato dall'inadempimento, un dovere di mitigare il danno (duty to mitigate damages), ovvero stabiliscono obblighi accessori (neben) di protezione o di comportamento (Verhaltenspflichten), in attuazione di « une règle générale de conduite » ispirata alla correttezza e alla buona fede, si riconosce al capoverso dell'art. 1227 c.c. una portata autonoma e differenziata rispetto all'art. 1223 C.C., nel senso che i danni evitabili con l'ordinaria diligenza son o costituiti da quelle ripercussioni patrimoniali negative che pur essendo « per intero » risarcibili in quanto conseguenze immediate e dirette che hanno già superato il vaglio dell'art. 1223 C.c., potevano tuttavia essere evitate, mediante un rimedio o una controazione di segno opposto da parte del creditore.* La norma che onera il danneggiato ad uniformarsi ad un comportamento attivo ed attento dell'altrui interesse, rientra tra le fonti di integrazione del regolamento contrattuale, per cui **la stessa « evitabilità » del danno e coordinata con i principi di correttezza e di buona fede oggettiva, contenuti nell'art. 1175 c. c.**, applicabile ad entrambe le parti del rapporto obbligatorio e non al solo debitore, nel senso che costituisce onere sia del debitore che del creditore di salvaguardare l'utilità dell'altra parte nei limiti in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio a suo carico. A questa evoluzione interpretativa non è stata insensibile questa Corte che già con Cass. 7 aprile 1983, n. 2468 aveva affermato **che l'onere di comportamento contemplato dall'art. 1227 c.c. « ben lungi dall'limitarsi all'inerzia o alla mera astensione dall'arrecare pregiudizio con fatto proprio possa richiedere, secondo le circostanze del caso, anche una condotta positiva.** Inoltre, in tante altre decisioni si riconosce il collegamento dell'evitabilità del danno con i doveri di buona fede oggettiva e di correttezza (Cass. 13 dicembre 1980, n. 6430 in motivazione) escludendo il compimento di « attività gravose e straordinarie », **ma perciò stesso ammettendo di poter pretendere dal creditore un comportamento attivo, non gravoso né straordinario, positivamente rivolto a ridurre il danno verificatosi e non solo dall'astenersi dall'aggravarlo.** Ver PINORI, *Il danno contrattuale*, cit., pp. 369 y ss.

⁴⁴⁵ Así se aprecia en SANTOS BRIZ (*La responsabilidad civil*, cit. p. 105), cuando expresa: “la buena fe, como principio informante de todas las relaciones jurídicas, impone al que ha sufrido un daño contribuir según las circunstancias a reducirlo o a evitar que aumente”, y en SOLER (“Comentario al artículo 77”, cit., p. 623), al señalar que se “impone al acreedor del resarcimiento una carga (onere) de **mitigación del**

dicha norma no sólo imponía medidas mitigadoras en sentido estricto, sino también la adopción de medidas de evitación de los perjuicios que amenazaban producirse debido al incumplimiento⁴⁴⁶.

En suma, ***estimamos que el deber de evitar o mitigar el daño es uno solo, pero con manifestaciones diversas, que comprende tanto las medidas tendientes a reducir o aminorar los perjuicios ya producidos, como las destinadas a evitar o impedir las consecuencias dañinas que aún no han ocurrido, pero que amenazan con hacerlo.*** Y ello es así, sea porque el texto legal comprende expresamente a ambas manifestaciones de este deber, como es el caso de Suiza y Alemania; sea porque si bien se explicita sólo una de ellas —como en Italia—, se entiende que las engloba a ambas, pues evitar significa también mitigar o reducir las consecuencias de un perjuicio ya causado; sea, en fin, porque al no existir texto expreso, la buena fe impone realizar actividades que no sólo impidan el desarrollo de un perjuicio, sino que también aminoren sus consecuencias.

C.- FUNDAMENTOS.

Establecido el concepto y alcance del deber de evitar y mitigar el daño, intentaremos dar respuesta sobre su fundamento, es decir, señalar cuál es la razón por la que el acreedor está compelido a llevar a efecto las medidas mitigadoras, y que para el caso de no realizarlas deberá soportar todos los perjuicios efectivamente sufridos y que pudieron ser evitados o mitigados. Podría pensarse que éste es un problema propio de los países que no cuentan con texto expreso; pero no es así, ya que en Italia, la polémica sobre el fundamento ha dividido tradicionalmente a su doctrina.

En opinión de un importante sector doctrinal y jurisprudencial estamos ante un deber autónomo e independiente, fundado en la buena fe contractual y en el principio de la corrección. En Italia, esta opinión es la que cuenta, actualmente, con la mayor adhesión de la doctrina. Hemos vistos lo

daño ya manifestado y evitación de la propagación de las consecuencias del mismo”

⁴⁴⁶ SOLER, *Comentario al artículo 77*, cit., p. 623

indicado por CRISCUOLI, para quien la mitigación es un deber de carácter positivo e indeterminado, basado en la buena fe y razones de solidaridad social. En igual sentido, autores como VISINTINI⁴⁴⁷ y BIANCA⁴⁴⁸, ven una estrecha relación entre este deber y la regla de corrección establecida en el artículo 1175 del *Codice*. La jurisprudencia italiana, en fin, también tiende a ver en el artículo 1227 inciso segundo una manifestación del principio de la *buona fede oggettiva* y la *correttezza*, como lo demuestra el fallo de casación de fecha 14 de enero de 1992⁴⁴⁹.

En España, desde los años sesenta del siglo pasado SANTOS BRIZ⁴⁵⁰ viene preconizando que el fundamento del deber de mitigación se encuentra en la buena fe, idea que modernamente es también sostenida por la mayoría de los autores como, DIEZ-PICAZO⁴⁵¹, CARRASCO, NAVAS⁴⁵² y SOLER. Esta última autora indica que la exigencia de la labor de mitigación se fundamenta en razones de política socioeconómica, que promocionan el uso diligente de los recursos y el desincentivo de actitudes pasivas que permitan incrementar las pérdidas sufridas. “*Razones que, a su vez, conforman lo que actualmente debe entenderse como un comportamiento conforme a la buena fe, principio general en el que debe situarse la justificación de esta carga*”⁴⁵³.

Para CARRASCO, una de las razones para negar al acreedor la indemnización de los daños consecuenciales es su deber de mitigar el perjuicio. Agrega que en el derecho común esta carga se fundó en la máxima según la cual la persona no sufre un daño, si lo padece por su propia causa, y actualmente se funda en el principio de la buena fe, y que en el derecho español se utiliza en alguna ocasión a través del criterio de “*la culpa del*

⁴⁴⁷ *La responsabilita' contrattuale*, Nápoles, Dott, 1979, pp. 163 y 164.

⁴⁴⁸ *Diritto civile. La responsabilita'*, cit., pp. 143 y 144. Ver también ROSSELLO, “*Il danno evitabile con l'ordinaria diligenza*”, cit., p. 54.

⁴⁴⁹ PINORI, *Il danno contrattuale*, cit., pp. 369 y ss.

⁴⁵⁰ *La responsabilidad civil*, cit. p. 105

⁴⁵¹ *Fundamentos*, cit., p. 689

⁴⁵² *El resarcimiento de daños* cit., pp. 1242.

⁴⁵³ *La valoración del daño*, cit. pp. 64 y 65, y *Comentario al artículo 77*, cit., p. 622.

acreedor"; pero no existe una carga general para reducir o atenuar las consecuencias del perjuicio⁴⁵⁴.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo español parece también inclinarse por estimar que el deber de mitigación tiene su fundamento en la buena fe, al decidir que no se puede *“poner a cargo del arrendatario los daños que se hayan producido después de que quien los ha sufrido pudiera haberlos evitado al asumir el control y la salvaguarda de la cosa, cumpliendo así un deber, anclado en la regla de la buena fe, de evitar o de mitigar el daño”*⁴⁵⁵.

Pero dentro de los autores que consideran a la buena fe el fundamento del deber de mitigación existen divergencias. Así, para DIEZ-PICAZO, cuando no se cumple con este deber estamos ante un factor que rompe la relación de causalidad, en cambio SOLER es enfática al sostener que el deber en cuestión nada tiene que ver con los problemas causales, pues se trata de un criterio ulterior de delimitación del *quantum respondeatur*, que supone ya resuelta la causación fáctica y la imputación jurídica del mismo al deudor incumplidor⁴⁵⁶.

Las opiniones anteriores nos sirven para recordar que no es nueva en la doctrina y en la jurisprudencia la discrepancia entre quienes consideran el deber de mitigación una cuestión causal y los que, por el contrario, niegan absolutamente esta circunstancia. Incluso en países como Italia y Alemania está presente tal discusión, a pesar de que sus textos legales parecen distinguir claramente ambas situaciones.

En el caso italiano, el artículo 1227 inciso primero se refiere un claro problema de concurrencia causal⁴⁵⁷, a diferencia de su apartado segundo que regula el deber de evitación del perjuicio; pero a pesar de ello, no han faltado pronunciamientos que ven en ambos incisos la regulación de un problema

⁴⁵⁴ CARRASCO, *Comentario al artículo 1.107*, cit. pp. 734 y 735.

⁴⁵⁵ RJ2005\7352. En igual sentido sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de mayo de 2003, considerando cuarto (RJ2003\4749).

⁴⁵⁶ SOLER, *Comentario al artículo 77*, cit., p. 622, y *La valoración del daño*, cit. pp. 61 y 62.

⁴⁵⁷ **Artículo 1227 del Código civil Italiano:** *Concorso del fatto colposo del creditore. Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate.*

propriadamente causal. En todo caso, en la actualidad tiende a predominar la idea que nos encontramos ante dos normas que regulan problemas diferentes con distintos fundamentos⁴⁵⁸.

De lo expuesto, queda claro que para algunos el deber de mitigar el daño nada tiene que ver el nexo causal, y se trata de una expresión del principio de la buena fe o autorresponsabilidad. Otros en cambio, lo consideran una manifestación de la causalidad, y entre estos últimos algunos lo estiman un problema de concurrencia de causas entre deudor incumplidor y el acreedor de la obligación incumplida. Por último, también se ha sostenido que este deber hace más bien referencia a un aspecto jurídico del *quantum* resarcitorio.

Surge inmediatamente la pregunta: ¿Porqué estas opiniones tan discrepantes? Estimamos que en gran parte se debe a la diferente concepción de la causalidad que se maneja, pues aunque exista acuerdo de que estamos ante un problema del *quantum* resarcitorio, de naturaleza jurídica y no fáctica, para unos será una cuestión propia del nexo causal, y para otros —los partidarios de la teoría de la imputación objetiva— nunca lo será, porque la causalidad es sólo de carácter fáctica.

Para una debida solución al tema planteado, debemos distinguir entre las dos funciones de la causalidad, y precisar en cuál de las dos encuentra acomodo el deber de mitigación.

Partamos por aclarar, y de esta forma despejar la situación más controvertida, esto es, que *no estamos ante un problema de concurrencia del acreedor en la producción del daño*⁴⁵⁹. En el caso de estar ante la llamada “*concurrencia de culpa del acreedor*”, el deudor no va a responder de la totalidad del perjuicio por la sencilla razón de que él sólo en parte lo ha causado. En el deber de mitigación, la situación es diferente, pues este criterio limitativo, solamente entra en juego únicamente cuando ya no puede

⁴⁵⁸ Ver CATTANEO, “*Concorso di colpa del danneggiato*”, cit., pp. 40 y ss.; PINORI, *Il danno contrattuale*, cit., pp. 342 y ss., y BIANCA, *Diritto civile. La responsabilità*, cit., pp. 142 y ss. Por la idea que el inciso segundo del artículo 1227 es un colorario del art. 1223, que trata el conflicto entre diversas causas humanas imputables, FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità*, cit., pp. 57 y ss.

⁴⁵⁹ Para RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ el deber de mitigar y la concurrencia de culpa son temas íntimamente conectados. Ver *Lecciones sobre responsabilidad civil*, Universidad de Deusto (reimpresión), Bilbao, 1978, p. 114.

atribuirse el daño a un nuevo curso causal introducido por el acreedor, por otro sujeto o por un hecho de la naturaleza, es decir, una vez resuelta la causalidad en su primera función, esto es, la imputación del daño al incumplimiento.

Es importante recalcar que ***el deber de mitigación entra en juego una vez resuelta la primera función del nexo causal***. Y sucede que muchas veces, en especial cuando se habla de la evitación del perjuicio, se está en realidad ante el primer problema o función de la causalidad y no en el segundo, que es donde entran a actuar los criterios limitativos de extensión del perjuicio, como es el deber de mitigación.

Ya nos hemos referido que el artículo 1107 I *in fine* del Código civil presupone resuelto el problema del *an respondeatur*, y no es necesario volver sobre ello. Lo que interesa ahora es resaltar que *no es lo mismo hablar de un deber de evitar el incumplimiento o el hecho dañoso en sí, que hablar del deber de evitar las consecuencias de dicho incumplimiento o hecho, es decir, los perjuicios*. Distinción esta que en el *common law* se conoce bajo las denominaciones de *contributory negligence* y *duty of mitigate damages*, o en palabras de BIANCA, al comparar los dos incisos del artículo 1227 del Código civil italiano, el *danni-eventi* y el *danni-conseguenze*.

Así por ejemplo, si el acreedor no ha colaborado con el deudor para lograr el cumplimiento —como serían situaciones de mora del acreedor—, podremos estar ante un caso de concurrencia de culpa del acreedor, donde reciban aplicación alguno de los denominados criterios de imputación objetiva propias de la primera función del nexo causal. Aquí, como se puede apreciar, no estamos en la evitación del daño propiamente tal.

En palabras de SOLER: “*El deber de mitigar el daño es un criterio ulterior de delimitación del quantum respondeatur. Presupone pues la causación fáctica de un daño y la imputación jurídica del mismo al deudor incumplidor*”⁴⁶⁰. Para dejar en claro que nada tiene que ver con la concurrencia causal, señala en otra parte: “*el deber de mitigar entra en juego una vez que se ha resuelto la cuestión de la imputación objetiva del daño al incumplimiento, esto es, cuando ya no hay duda alguna de que el incumplimiento es la*

*causa de (todo) del daño, sin que pueda atribuirse su propagación a un nuevo curso causal introducido por el acreedor*⁴⁶¹.

De lo expuesto, resulta evidente que **el deber de mitigación es, en definitiva, un criterio jurídico de extensión del perjuicio**, es decir, un principio propio de la causalidad en su segunda función y que, como se vio al analizar la formación histórica de la norma, está recogido por el artículo 1.107 del Código civil español en la expresión *consecuencia necesaria del incumplimiento*⁴⁶². Tiene, en consecuencia, una precisa e inmediata consagración y fundamento legal, sin perjuicio, por supuesto, de considerar a la buena fe su fundamento último. No es, por tanto, un problema del nexo causal en su primera función, y tampoco atañe al aspecto material de la causalidad en cualquiera de sus funciones.

D.- NATURALEZA Y CONTENIDO.-

Parece existir consenso en la doctrina en cuanto a la naturaleza de este deber es más bien el propio de una carga (*onere*) y no el de una obligación. El argumento de tal afirmación es el hecho que en el extremo opuesto de toda obligación se encuentra el derecho de la contraparte a solicitar la ejecución del comportamiento que conforma su contenido, y aquí —en el deber de mitigación—, no existe en realidad un derecho del causante del perjuicio para que el dañado lo evite o minimice. Además, se dice que el incumplimiento del deber de mitigación no lleva aparejado sanción alguna, sino simplemente una reducción de la indemnización por los daños que se

⁴⁶⁰ SOLER, *Comentario al artículo 77*, cit., p. 622.

⁴⁶¹ SOLER, *La valoración del daño*, cit. p. 64

⁴⁶² En España, LEÓN —*Gravedad de la culpa*, cit. P. 50, y “*Acotaciones históricas al artículo 1.107*”, cit., p. 591—, ha puesto de manifiesto que con la expresión *consecuencia necesaria* se excluye la indemnización de los daños evitables. SOLER también reconoce que fue POTHIER el que más contribuyó a la difusión del criterio, al utilizarla como fundamento de la regla de delimitación del resarcimiento en el número 167 de su *Traité* (donde utiliza las expresiones *suite nécessaire* e *indirecte*); pero la expuso de una forma que dio lugar a la confusión con otra figura afín, aunque radicalmente distinta en su concepto, como es la concurrencia en la producción del daño. Ver de esta última autora *La valoración del daño*, cit. p. 63.

podrían haber evitado⁴⁶³; aunque, por otro lado, resulta discutible la afirmación de que la reducción indemnizatoria no es en verdad una sanción.

Respecto al grado o nivel de exigencia que se impone al acreedor o víctima del perjuicio en el cumplimiento de este *onere*, se han dado soluciones parecidas en Derecho comparado; pero no idénticas. En el ordenamiento anglosajón el dañado debe adecuar su conducta destinada a mitigar el perjuicio al estándar objetivo de la razonabilidad (*reasonable steps*)⁴⁶⁴; igual patrón ha sido adoptado en las convenciones internacionales⁴⁶⁵. En Italia, por el contrario, el legislador ha optado por el estándar de la ordinaria diligencia (artículo 1227 apartado segundo). Se dice que no siempre lo que es “ordinario” es también “razonable” y ambos criterios difieren. El parámetro inglés es de naturaleza neutra, constituido por un dato puramente racional que deja a la conciencia del juez determinar su eventual variación en el tiempo y su valoración con las circunstancias del caso concreto. El italiano, en cambio, está determinado por un parámetro de responsabilidad fijado a priori que vincula al Juez⁴⁶⁶.

A falta de norma expresa, estimamos que en España se debe imponer al acreedor la adopción de medidas mitigadora útiles y razonablemente exigibles, atendiendo al modelo del buen padre de familia. Además, se debe tener siempre presente que el alcance de este esfuerzo debe medirse con *flexibilidad*, sin ser riguroso en la conducta exigida al acreedor, porque no debe olvidarse que es una carga que se impone a la víctima del incumplimiento⁴⁶⁷, incluso a favor del incumplidor doloso⁴⁶⁸.

En cuanto al contenido de este deber de mitigación del perjuicio, partamos por recordar que, dentro del canon de diligencia exigido, se impone

⁴⁶³ CRISCUOLI, *Il dovere di mitigare il danno*, cit., p. 562; SOLER, *Comentario al artículo 77*, cit., p. 622, y *La valoración del daño*, cit. P. 64; y CARRASCO, *Comentario al artículo 1.107*, cit. p 734. En opinión de un autor se comete cierto exceso por la doctrina en la precisión de si se trata de un deber o de una obligación, y lo importante es saber, en definitiva, lo que se impone a la víctima del daño. En este último aspecto, ver DOMÍNGUEZ, “*Notas sobre el deber de minimizar el daño*”, cit., p. 92.

⁴⁶⁴ “*British Westinghouse Electric v. Underground electric Railways co of London ltd*”

⁴⁶⁵ Por ejemplo, artículo 77 de la Convención de Viena. Ver también artículo 9:505 de los Principios europeos del derecho de contrato, y artículo 7.4.8. de los principios de Unidroit.

⁴⁶⁶ CRISCUOLI, *Il dovere di mitigare il danno*, cit., pp. 587 y 588.

⁴⁶⁷ SOLER, *La valoración del daño*, cit. P. 69

⁴⁶⁸ A diferencia del Derecho justinianeo donde en caso de concurrir dolo se admitía el resarcimiento del

al acreedor tanto evitar un perjuicio que aún no se ha producido, como mitigar o reducir los que ya se han verificado⁴⁶⁹, y en la gran mayoría de las veces se requerirá una actuación o actividad, no bastando la mera abstención.

Establecido lo anterior, corresponde determinar cuáles serán específicamente las actividades que deberá desplegar la víctima del perjuicio para que se estime que ha cumplido con su carga mitigadora. Si tenemos presente que el patrón o grado de diligencia exigido es el correspondiente al de un buen padre de familia, la respuesta más evidente —y quizás la más certera— es indicar que las actuaciones a realizar por el acreedor dependerán del caso concreto, tomando en consideración lo que este *bonus pater familia* haría de encontrarse en la misma situación. Sin perjuicio de lo anterior, la doctrina y la jurisprudencia, especialmente comparada, han ido configurando las diferentes medidas idóneas para dar cumplimiento a la carga mitigadora, y que para su exposición distinguiremos entre las medidas conservativas, de reparación, de sustitución o reemplazo y la aceptación de una prestación inexacta o incompleta.-

a.- Las medidas conservativas.-

Es la primera de las medidas mitigadoras y la más básica. Consiste en tomar los resguardos necesarios para que el incumplimiento no cause daños y si los ha producidos no sigan propagándose. La medida de conservación es típica en materia de seguros, circunstancia que lleva al artículo 556 número cuatro del Código de comercio chileno ha recogerla en forma expresa⁴⁷⁰. Así por ejemplo, el siniestrado deberá adoptar la vigilancia o el traslado y depósito a un lugar adecuado de los bienes muebles que se salvaron del incendio que consumió el inmueble donde ellos se encontraban. Otro ejemplo del deber de conservación sería el tener que retirar el mobiliario situado en una habitación cuyo techo presenta problemas de filtración, debido

daño evitable, RATTI, *Il risarcimento del danno nel diritto gustiniano*, cit., p. 189.

⁴⁶⁹ En ambos casos, por supuesto, deben encontrarse reunidos todos los requisitos de la responsabilidad y, en consecuencia, ser cierto que el perjuicio ocurrió o va a ocurrir. En caso contrario, más que una evitación del perjuicio podríamos estar ante una evitación del incumplimiento

⁴⁷⁰ El asegurado deberá “*tomar todas las providencias necesarias para salvar o recobrar la cosa asegurada, o para conservar sus restos*”.

a deficiencias del constructor. Se refiere también a estas medidas de conservación los artículos 85 a 88 de la Convención de Viena de 1980.

En España, la Sentencia de 28 de octubre de 2005 denegó una de las partidas de la indemnización contractual demandada, por haberse faltado precisamente al deber de conservación exigido. Se había terminado anticipadamente por desahucio el contrato de arrendamiento de un bar. La actora, junto al cobro de unas rentas adeudadas, demanda la indemnización de daños provocados por la falta de parte del material inventariado, desperfectos sufridos en el material que sí se encontraba en el local, y daños causados en las instalaciones. Dato importante para la decisión del juicio fue la entrega de las llaves del local a la actora, en el Acta del Juicio Verbal de desahucio. El Juez de primera instancia, acogió la demanda de indemnización por los dos primeros ítem, pero no el tercero (daños causados en las instalaciones), porque consideró que se habían realizado con autorización de la demandante. La Audiencia Provincial limita la indemnización a los daños por desaparición de material inventariado que fue retirado por los demandados y la rechaza en lo demás (desperfectos sufridos por parte del material existente y daño en las instalaciones). Para ello tiene presente que:

«... entregadas las llaves en mayo y abandonado el local por el arrendador hasta octubre, la existencia de daños y desaparición de objetos distintos del material inventariado no podrá imputarse a los demandados por existir una duda razonable acerca de la época en que se produjeron los desperfectos y posibles sustracciones».

Resolviendo el recurso de casación interpuesto por la actora, el Tribunal Supremo lo rechaza y deniega la indemnización por los anteriores conceptos. Para tal decisión, tuvo presente que se ofrecieron las llaves durante el juicio y la actora las rehúso, por lo que desde la técnica de la imputación objetiva, se impide poner de cargo del arrendatario los daños que se pudieron haber evitado, al asumir el control y la salvaguarda de las cosas, cumpliendo así un deber anclado en la regla de la buena fe, de evitar o mitigar el daño ⁴⁷¹.

⁴⁷¹ SEXTO: “...Y respecto de los daños que proceden de deterioro o mal estado, lógico es que antes de imputarlos haya de constatarse el momento en que se produjeron, para determinar la posición de las

Señala el Máximo tribunal:

“...Y respecto de los daños que proceden de deterioro o mal estado... puede haberse producido, como se verá, un problema de imputación objetiva, puesto que no es irrelevante que el daño o el menoscabo se haya producido antes o después de que la arrendadora hubiera podido tomar posesión, habiéndola abandonado los arrendatarios”

En conclusión, para el Tribunal Supremo entre de los criterios de imputación objetiva se encuentra el deber de mitigar el daño que incluye las medias de salvaguardas o conservación, y, como ya lo hicimos presente, lo estima además fundado en el principio de la buena fe.

partes en tal momento, pues puede haberse producido, como se verá, un problema de imputación objetiva, puesto que no es irrelevante que el daño o el menoscabo se haya producido antes o después de que la arrendadora hubiera podido tomar posesión, habiéndola abandonado los arrendatarios, como se ha de ver más adelante. La Sala estima necesaria la prueba de que los daños se han producido durante el tiempo de vigencia de la relación arrendaticia concreta que se examina (y no, por ejemplo, durante un arrendamiento anterior) así como la determinación del momento en que tales daños se generan, antes o después de la entrega de llaves, que ha podido impedir la reclamación por razones de «imputación objetiva». Aspectos ambos en los que no juega una inversión de la carga de la prueba a tenor del artículo 1563 CÓDIGO CIVIL (LEG 1889\ 27) ni se produce una alteración de la regla del artículo 1214 CÓDIGO CIVIL. CONSIDERANDO SÉPTIMO: “...Por otra parte, si consideramos que las normas sobre reparación de daños derivados del uso realizado por el arrendatario y del incumplimiento de sus deberes de conservación y protección constituyen un supuesto especial subsumible en el marco de la responsabilidad civil contractual, y por ende regido, en cuanto no se comprenda en las reglas específicas, por las generales sobre la materia, diríamos que la actitud del arrendador a quien se ofrecen las llaves durante el juicio de desahucio y las rehusa puede ser considerado desde la perspectiva de la técnica de «imputación objetiva», en cuanto impediría poner a cargo del arrendatario los daños que se hayan producido después de que quien los ha sufrido pudiera haberlos evitado al asumir el control y la salvaguarda de la cosa, cumpliendo así un deber, anclado en la regla de la buena fe, de evitar o de mitigar el daño, y así cabe entenderlo teniendo presente que el ejercicio de todos los derechos se ha de realizar en buena fe (artículo 7.1 del Código civil (LEG 1889\ 27)) y que el acreedor de la restitución tiene la carga de evitar o de mitigar el daño, carga que precisamente cabría considerar ínsita en su posición de titular del derecho subjetivo.

Finalmente, la infracción de los preceptos que se denuncia en el Motivo 6º tiene un hilo conductor, que podría encontrarse en el argumento del recurrente en torno a que la sentencia recurrida estaría desconociendo los derechos de la arrendadora de industria a solicitar inventario, constatar el estado de la cosa y exigir la reparación de daños. Pero no es así. La Sala se limita a decir que no puede precisarse en qué momento se produjeron ciertos daños, afirmación de hecho que ha de ser respetada, y que impediría la imputación teniendo en cuenta el criterio anteriormente afirmado, que obliga a excluir los que se hubieren producido después de que el arrendador haya podido evitarlos, así como que no cabe imputar al arrendatario daños que se hayan producido cuando no se halle en el goce de la cosa arrendada (Sentencia de 7 de marzo de 1991 [RJ 1991\ 2080]). A partir de ese dato de hecho hay que enfocar la solución, evitando una alteración de los presupuestos fácticos de que parte la sentencia, lo que constituiría un caso de desestimación por «hacer supuesto de la cuestión» (Sentencias de 22 de mayo de 2002, núm. 505 [RJ 2002\ 5252] ; 12 de mayo de 2005, núm. 347 [RJ 2005\ 3994] ; 12 de

b.- Las medidas de reparación.-

Se trata de una medida de mitigación evidente y de general aplicación, al punto que es plenamente aceptado que si el daño se puede evitar con una reparación se imputará al acreedor la tardanza en la misma y éste no podrá pretender ser indemnizado, en especial cuando con una módica suma habría sido posible reparar el bien e impedir el perjuicio.

La propia ley contempla situaciones semejantes a este deber, como es el caso contemplado en el artículo 502 del código civil, donde se permite al usufructuario efectuar los arreglos que son de cargo del propietario, cuando éste no las realice y resulten indispensables para la subsistencia de la cosa. También los autores hacen presente que en los casos en que la reparación del bien afectado sea precisamente el objetivo de la pretensión indemnizatoria (por ejemplo, artículo 1591 del Código civil español), nada impide que el mismo dañado actúe, sin esperar que intervenga el obligado a ello, para de esa forma evitar la propagación de mayores perjuicios⁴⁷².

En general, la reparación de bienes materiales no ofrece mayor cuestionamiento. Es en los daños corporales y específicamente en los casos en que el tratamiento a seguir consiste en intervenciones quirúrgicas, donde se han suscitado las mayores discusiones. Se estima que aquí el deber de mitigación choca con los principios de inviolabilidad del cuerpo humano y/o la prohibición de tratamiento sanitario contra la voluntad del paciente, recogidos constitucionalmente en la mayoría de los países⁴⁷³. Se dice que si se trata de simples tratamientos médicos no invasivos, nada impide que el lesionado cumpla con su deber de reparación; pero no podría exigírsele, en aras de este deber, que se someta a intervenciones quirúrgicas peligrosas, pues ello significaría violar las garantías constitucionales del lesionado.

junio de 2002, núm. 574 [RJ 2002\ 4888] , entre tantas otras)", en RJ2005\7352

⁴⁷² BIANCA, *Diritto civile. La responsabilità*, cit., pp. 143 y 144, y DOMÍNGUEZ, "Notas sobre el deber de minimizar el daño", cit., p. 93.

⁴⁷³ Como ejemplos podemos indicar el artículo 15 de la Constitución española, 32 de la Constitución Italiana; 19 n. 1º de la Constitución Chilena. En el caso de Francia, el artículo 16.1 del *Code*, agregado por ley de 29 de julio de 1994, señala textualmente: *Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial.*

La doctrina Italiana y española tiende a sentar el principio que el dañado no estará obligado a someterse a intervenciones quirúrgicas objetivamente peligrosas; pero no revistiendo tal peligro, tiene el deber de someterse a todo tratamiento u operación que no sea excesivamente arriesgada, para evitar males mayores. Respecto al supuesto conflicto de normas se dice que no es tal, porque si bien se reconoce que nadie puede ser intervenido contra su voluntad⁴⁷⁴, en caso de que la víctima decida rehusarse, no obstante que lo prudente, atendida las circunstancias del caso concreto, habría sido aceptar el tratamiento en cumplimiento del deber de mitigación, la consecuencia de tal negativa será que no va tener derecho al total de la indemnización, la que deberá ser prudencialmente reducida, atendido a los perjuicios que se habrían podido reducir o evitar sin riesgo para la salud del lesionado⁴⁷⁵.

c.- Las medidas de sustitución o reemplazo.-

Para referirse a este tipo de medidas, se ha ido imponiendo en la doctrina moderna la denominación de *negocios de cobertura*, y se les define como el contrato que sustituye el incumplido, celebrado con la finalidad de satisfacer el interés de cumplimiento del acreedor. Se estima que son de especial aplicación en la responsabilidad contractual, y, en relación específica al tráfico internacional de mercaderías, son las medidas mitigadoras por excelencia⁴⁷⁶.

La jurisprudencia española ha tenido ocasión de aplicar en más de una ocasión este criterio. Así por ejemplo, tenemos el conocido caso de un viajero frecuente que compraba sus boletos de avión con la tarjeta de crédito del banco del cual era cliente. La compra del pasaje con dicho medio de pago

⁴⁷⁴ Salvo que exista ley que lo obligue, dice el artículo 32 de la Constitución italiana.

⁴⁷⁵ Para mayores antecedentes, ver: CRISCUOLI, *Il dovere di mitigare il danno*, cit., pp. 575 y ss.; RESCIGNO, PIETRO, “*Libertà del “trattamento” sanitario e diligenza del danneggiato*”, en *Studi in onore di A. Asquini*, IV, Padova, 1965, pp. 1639 y ss.; BIANCA, *Diritto civile. La responsabilità*, cit., p. 149; DE ANGEL, *Lecciones sobre responsabilidad civil*, cit., pp. 114 y 115; ROSSELLO, “*Il danno evitabile con l’ordinaria diligenza*”, cit., p. 54; y DOMÍNGUEZ, “*Notas sobre el deber de minimizar el daño*”, cit., p. 92.

⁴⁷⁶ DOMÍNGUEZ, “*Notas sobre el deber de minimizar el daño*”, cit., pp. 94 y 95; y SOLER, *Comentario al artículo 77*, cit., p. 625.

tenía incorporado un seguro de vida por veinte millones de pesetas en caso de accidente con resultado de muerte. Cierta día al intentar realizar esta operación se encontró con que su tarjeta de crédito se encontraba cancelada, consultó rápidamente al banco donde se le informó que se debía a un error, razón por la cual tuvo que comprar su pasaje con dinero efectivo, pero ya no tenía incorporado el seguro, a menos que pagara una cantidad extra de 330 pesetas, cosa que no hizo. El avión en que viajaba el sujeto en cuestión sufrió un accidente, y él falleció sin tener derecho al seguro de vida complementario.

Los parientes demandan al banco por la suma de veinte de millones de pesetas, pretensión que es acogida por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo, conociendo del recurso de casación, determinó que no existía duda en cuanto a la responsabilidad del Banco, pero atendido al bajo monto que significaba contratar un seguro al momento de comprar el pasaje y el principio de la buena fe y la facultad de moderación del artículo 1.103, redujo la pretensión a diez millones de pesetas.⁴⁷⁷ Como se puede apreciar, aunque no se menciona expresamente, se trata, como se puede apreciar, de un claro ejemplo del deber de evitar un daño.

El negocio de cobertura puede tener por finalidad reemplazar definitivamente la prestación incumplida, y, por lo mismo, ser demostrativo de que el acreedor no tiene interés en persistir en el contrato. Pero también puede estar referido únicamente a un reemplazo temporal, mediante arriendo u otro contrato de mera tenencia de un bien semejante, mientras dure la mora del deudor en cumplir con la entrega, siendo todavía posible el cumplimiento del contrato y manteniendo el acreedor el interés en el mismo. Como ejemplo en que era exigible sólo un reemplazo temporal, tenemos un caso resuelto por los tribunales italianos, en el que se reprochó a un odontólogo el incumplimiento a

⁴⁷⁷ Sentencia Tribunal Supremo núm. 1013/1994 de fecha 15 noviembre de 1994 (RJ 1994\8488). Otro caso que los autores indican como una aplicación del principio del deber de mitigar el daño, es el caso del actor que contrató con RENFE el traslado de un circo a precio especial, pero en su momento la empresa de ferrocarriles no respetó el precio acordado y exigió la tarifa normal, cuatro veces superior. El actor se negó a pagar y exigió la devolución del circo y la indemnización por los beneficios dejados de percibir. Aunque la razón aparente para denegar la indemnización fue la falta de pruebas del actor, la doctrina se pregunta si el verdadero motivo no fue que en razón del presente principio el actor debió pagar la tarifa, realizado el espectáculo y después reclamar la devolución de lo pagado en exceso. Ver DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, cit., p. 689.

su deber de mitigación, porque no arrendó una máquina análoga a la comprada durante el tiempo que su vendedor demoró en entregarla⁴⁷⁸.

Respecto a los contratos que implican el reemplazo definitivo de la prestación incumplida, y en relación específica a la compraventa, CRISCUOLI relaciona el deber de mitigar el daño con los artículos 1515 (*vendita in danno*) 1516 y (*compera in danno*) del Codice⁴⁷⁹. Se tiene entendido que el procedimiento establecido en dichas disposiciones es una facultad para los acreedores incumplidos y no una obligación. Por lo mismo, la abstención de acudir a ellos no puede considerarse “culpa” para los efectos del artículo 1227, por lo que el deudor no podrá invocarlos para exonerarse del perjuicio ocasionado. Sin embargo, reconociendo que son procedimientos libres, ello no significa que el acreedor pueda sustraerse a su deber de mitigación, y el reconocer la libertad de acudir o no a estos procedimientos tiene por razón de ser el hecho de que en caso contrario —de haber sido establecidos con carácter obligatorio—, los acreedores habrían estado siempre obligados a comprar o vender, y no habrían tenido otra vía de minoración del perjuicio, ya que de no seguir lo dispuesto en los artículos 1515 y 1516 habrían estado siempre en culpa para los efectos del artículo 1227.

Por lo tanto, no obstante esta libertad que tiene el acreedor, sino efectúa las recompras o reventas estipuladas en las disposiciones antedichas, debe sufrir las consecuencias de la falta de reducción del daño. Si el comprador no realiza la compra de reemplazo en tiempo oportuno y el precio del bien aumenta, sólo tendrá derecho a la diferencia entre el precio acordado en el contrato y el que alcanzó el día en que habría podido y debido realizar dicha compra de reemplazo y no se tomará en cuenta el precio en definitiva pagado⁴⁸⁰. Lo anterior, salvo —agregamos nosotros—, que pruebe que atendida las circunstancias del caso el deber de mitigación se cumplía de

⁴⁷⁸ROSSELLO, “*Il danno evitabile con l'ordinaria diligenza*”, cit., p. 56.

⁴⁷⁹ Estas disposiciones permiten al vendedor, cuyo comprador incumple su obligación de adquirir el bien, a vender sin retardo el bien por cuenta y gasto del comprador, teniendo derecho a la diferencia entre el precio convenido y el que se obtenga con dicha venta. Similar procedimiento permite el artículo 1516, para el caso que el incumplidor sea el vendedor, y siempre que el bien vendido sea de naturaleza fungible y tenga un precio corriente en los términos del artículo 1515 inciso tercero

⁴⁸⁰ CRISCUOLI, *Il dovere di mitigare il danno*, cit., pp. 580 y ss.

mejor forma de otra manera, o en el momento de tomar la decisión así lo parecía.

Finalmente, el artículo 1518 del *Código* se refiere al caso en que se resuelva la compraventa —por culpa de cualquiera de las partes—, y el bien vendido tenga un precio corriente, fijado por la autoridad, en la bolsa o por balance. En este caso, el daño estará constituido por la diferencia del precio convenido y el corriente atendido el día y lugar en que se debía haber hecho la entrega. Como se puede apreciar, se trata de una fijación normativa del perjuicio según parámetros objetivos, que difiere de la medición según el negocio de cobertura, caracterizado por ser un cálculo concreto, real del daño sufrido⁴⁸¹.

Lo expuesto anteriormente hace necesario explicar que, para los casos en que el incumplimiento recaiga sobre bienes que cuentan mercado de referencia al cual acudir para adquirir un bien sustituto, existen dos formas de determinar el perjuicio sufrido. Una según las reglas de mercado —**market rule**— que mide el daño en forma objetiva y abstracta, según el coste de mercado que tenga la adquisición del sustituto. Aquí, para tener derecho al resarcimiento según este método de medición, no es necesario que el acreedor incumplido hubiere efectivamente adquirido o vendido el bien en dicho mercado⁴⁸². La otra forma de medición es la llamada **cover rule**, que determina el perjuicio atendiendo al coste del negocio de cobertura, por lo que es necesaria la adquisición sustitutiva y se trata de una medición concreto y real del daño.

Si bien en el *common law* y en las convenciones internacionales (artículo 76 de la Convención de Viena, por ejemplo) se encuentra expresamente reconocida las reglas de mercado y su aplicación en materia indemnizatoria, la situación es muy diferente en la legislación interna de los

⁴⁸¹ SOLER, *La valoración del daño*, cit., p. 106.

⁴⁸² SOLER, *La valoración del daño*, cit., pp. 91 y ss., y “Comentario a sentencia de 14 de mayo de 2003”, en *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*, enero-abril 2004, p. 140, donde señala: “Es irrelevante, nótese bien, en este orden de ideas, que el comprador tenga o no intención desembolsar efectivamente el citado coste adquiriendo de nuevo mercancías como la prometida y no entregada: el coste de sustitución representa el valor o beneficio económico que el contrato había ya ingresado en su patrimonio, luego el daño emergente que el incumplimiento ha ocasionado al acreedor”.

países del *civil law*, donde salvo algunas excepciones —Códigos civiles de italiano y holandés y Código de comercio alemán, entre otros—, en general no existe reconocimiento legal a la mencionada *market rule*. Sin embargo, esta circunstancia no ha sido obstáculo para que la jurisprudencia de países como España y Francia aplique las reglas de mercado en la determinación del perjuicio causado por un incumplimiento contractual⁴⁸³.

Ahora bien, cuando existe un mercado de referencia al cual acudir, y entendiendo que se acepta por la legislación o la jurisprudencia la regla del mercado, surge la interrogante: ¿cuál de las dos formas de medición será la aplicable en el caso concreto? o, si se prefiere, ¿cuál método tiene preeminencia sobre el otro?

Al respecto, podemos decir que se aplica en forma preferente la regla de valoración de mercado. Por lo tanto, el perjuicio se calculará en forma abstracta atendiendo al mayor coste de adquisición del bien de reemplazo, según la diferencia entre el precio pactado en el contrato y el precio del bien sustituto. De lo anterior fluye que, como regla general, sólo se considerará como perjuicio dicha diferencia de precios porque el acreedor no debió permanecer inactivo, sino que debió actuar acudiendo al mercado para procurarse un bien de reemplazo. En otras palabras, la regla presume el daño que sufre un acreedor que ha cumplido con su deber de mitigación.

Sin embargo, la regla de valor de mercado podrá ser desplazada por la *cover rule*, y tanto el acreedor como el deudor podrán alegar que producto del negocio de cobertura, el coste real del bien sustituto fue mayor o menor. En todo caso, el deudor únicamente podrá aprovecharse del inferior precio de adquisición, y desplazar la medición presuntiva según las *market rules*, cuando acredite que el negocio de cobertura se celebró en un momento posterior, durante el cual el precio del bien experimentó una variación a la baja en el mercado⁴⁸⁴; pero cuando dicho menor valor se deba a un buen negocio del acreedor incumplido, producto de una actividad más

⁴⁸³ SOLER, *La valoración del daño*, cit., pp. 91 y ss.

⁴⁸⁴ En general, en los sistemas del *civil law*, donde la primera prioridad es la pretensión de cumplimiento, se entiende que el momento para acudir al mercado en cumplimiento de su deber de mitigación es aquél en que resulta claro que la alternativa de insistir en el contrato no resulta una alternativa viable. *Ibid.*, p.

allá de la que implica el cumplimiento de su deber de mitigación, no podrá aprovecharse del inferior costo.

También podrá alegarse la indemnización de un mayor daño. Si bien en principio podrá reprocharse al acreedor que el mayor valor del negocio de cobertura es una consecuencia de haber incumplido su deber de mitigación, pues de haber actuado diligentemente se habría podido cubrir en el mercado con una adquisición conforme al precio corriente, lo cierto es que en algunas ocasiones este perjuicio superior deberá ser admitido. Esto último sucederá cuando acreditado que los bienes adquiridos eran de un precio superior (incluido el caso en que el mayor valor se debió a la superior calidad de los bienes de reemplazo adquiridos), el acreedor pruebe además que al momento de efectuar la adquisición aparecía como una medida razonable para mitigar el daño; y puede estimarse que era razonable, por ejemplo, porque sólo pagando un precio más alto se le garantizaba una entrega inmediata, o porque la compra de mercaderías de mejor calidad era la única forma de evitar demoras, gastos y perjuicios por incumplimiento, o porque simplemente en el momento en que debió realizarse la adquisición no se encontraban en el mercado bienes de igual calidad⁴⁸⁵.

En definitiva, podemos decir que en los casos en que se haya incumplido la entrega de bienes con un mercado de referencia al cual se pueda acudir, y considerando el deber de mitigación que pesa acreedor, ***el perjuicio, en principio, estará constituido únicamente por el mayor coste de adquisición del bien de reemplazo en el mercado***, sin perjuicio de que el acreedor pueda solicitar una indemnización mayor, debido a un negocio de cobertura a un precio superior al de mercado, siempre que acredite que al momento de su celebración dicho negocio aparecía como una razonable medida mitigadora. O, viceversa, que el deudor pueda solicitar un resarcimiento de menor entidad, atendida las circunstancias ya expuestas⁴⁸⁶.

100.

⁴⁸⁵ SOLER, *La valoración del daño*, cit., pp. 111 y ss., y “Comentario a sentencia de 14 de mayo de 2003”, cit, pp. 140 y ss.

⁴⁸⁶ En la exposición se ha privilegiado la perspectiva del incumplimiento por parte del vendedor, donde el comprador es el acreedor incumplido, quien debe concurrir al mercado. Pero lo dicho, con las modificaciones del caso, puede ser aplicado también al vendedor a quien su comprador le incumple, pues

Evidentemente, cuando no exista mercado de referencia, ya sea porque el bien es único, insustituible, o porque la demanda del comprador a quién se ha incumplido supera toda la oferta existente, o por cualquier otro motivo, no se podrá aplicar las reglas del mercado para el cálculo del perjuicio y deberá acudirse a las denominados criterios alternativos de valoración de la pérdida⁴⁸⁷.

La valoración de acuerdo a las reglas del mercado o del negocio de cobertura concretamente realizado tampoco excluye, obviamente, que el acreedor pueda reclamar otros perjuicios diferentes al mayor coste de adquisición del bien de reemplazo, que pueden derivar, por ejemplo, de la demora en la obtención de la prestación substituta o de la pérdida de negocios de reventa; perjuicios que además de acreditarse deberán cumplir con los requisitos generales para su resarcimiento, incluido el hecho que no pudieron evitarse en virtud del deber de mitigación que pesa sobre el acreedor incumplido⁴⁸⁸.

Como ejemplo del daño calculado según las reglas de valor de mercado y la estrecha relación que presenta con el deber de mitigación, podemos citar la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de mayo de 2003⁴⁸⁹. El fallo resolvió la demanda de indemnización de perjuicio por incumplimiento de un contrato de compraventa mercantil de mosto, debido a que vendedor no cumplió con la entrega de la tercera partida acordada, prevista para el tres de noviembre del año 1994. Se desiste el comprador del cumplimiento y limita su pretensión a la indemnización de perjuicios, los que fija en la ganancia que podría haber obtenido con la reventa de la mercancía vendida, pero no entregada, considerando para estos efectos el incremento del precio de la misma. Para acreditar lo anterior acompaña contratos de

como bien señala BIANCA —*Diritto civile. La responsabilità*, cit., pp. 145 y 146—, el acreedor deberá acudir al mercado comprando un bien cuando el vendedor incumple o para vender el que el comprador rehúsa adquirir.

⁴⁸⁷ En este sentido, SOLER, *La valoración del daño*, cit., pp. 138 y ss.

⁴⁸⁸ SOLER, *Comentario al artículo 76*, cit., p. 621. En verdad, si se tiene presente la distinción entre cumplimiento por equivalencia (*aestimatio rei*) e indemnización de perjuicios (*id quod interest*), se puede apreciar que las reglas sobre el negocio de cobertura dice relación más bien con el cumplimiento por equivalente que con la indemnización.

⁴⁸⁹ (RJ 2003\4749)

compra de mosto de la misma calidad efectuadas en el mes de octubre de 1994 y un informe de la Consejería de Agricultura que señala que el precio del mosto en los meses de noviembre y diciembre de 1994 ascendió a 520 pesetas/hectógrado (el precio acordado en el contrato incumplido era de 475 pesetas/hectógrado). Además, quedó constancia que en el mes de febrero de 1995 el demandante compró una nueva partida de mosto a otro proveedor en la suma de 530 pesetas/hectógrado.

La Audiencia confirma el fallo de primera instancia y rechaza la indemnización por lucro cesante. Funda su decisión en el hecho de que no estaría acreditadas las compras de reemplazo por la no entrega de Mosto, pues las que se indicaron como tales no lo eran, ya que fueron realizadas antes del incumplimiento (se refiere a compras de fecha 10 y 28 de octubre de 1994, es decir, antes del 3 de noviembre del mismo año, que era el día acordado para la entrega).

El Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia. Parafundar su decisión, señala que una cosa es el daño emergente, representado por las compras a un precio superior para precaverse del incumplimiento, y otra diferente es el lucro cesante. Si la actora hubiese efectivamente adquirido las partidas de mosto para precaverse de las consecuencias del incumplimiento a un precio superior al contratado, existiría un daño emergente que nada tiene que ver con el lucro cesante, que son expectativas de ganancia por la reventa de lo adquirido. Por lo tanto, concluye que en el caso concreto, aunque se acogiera el criterio de la Audiencia en el sentido que la actora no había efectuado compras de reemplazo, quedaría de todas maneras por resolver el tema del lucro cesante frustrado por el incumplimiento, y al no abordarlo la sentencia recurrida infringió el art. 1106 CC.

Conforme a su razonamiento anterior, el Tribunal Supremo determina que en autos existieron perjuicios consistentes en daño emergente y lucro cesante. Los primeros están representados por la diferencia entre el valor del mosto que tuvo que adquirir en el mes de febrero de 1995 (530 pesetas/hectógrado), y fijado en el contrato (475 pesetas/hectógrado), aunque reconoce que en el recurso la actora rebaja la primera cifra de 530 a

520. A este perjuicio debe agregarse el lucro cesante que en el caso de autos no es una mera hipótesis, pues se trataba de una compraventa mercantil entre empresas dedicadas al tráfico de mostos, y la mercancía se adquirió con el propósito de revenderla. Para determinar el lucro cesante tiene en cuenta el precio que alcanzó el mosto al momento en que debía efectuarse la entrega incumplida, fecha que a falta de pacto expreso determinó que debía suceder en el mes de diciembre de 1994, época en la cual el valor era de 520 pesetas/hectógrado, menos el fijado en el contrato, que como ya sabemos era de 475 pesetas/hectógrado. En este mismo orden de ideas, el Tribunal rechaza reducir el monto por lucro cesante, argumentando:

Por otra parte, no hay lugar a una disminución del lucro cesante, pues no se ha demostrado, ni intentado siquiera, que la compradora pudo adquirir en el mercado la misma mercancía a un precio menor al que corría en él para mitigar el daño, que es una obligación de todo acreedor basada en la buena fe (art. 1258), naturalmente siempre que ello sea posible en sus circunstancias.

Finalmente, la sentencia del Tribunal Supremo declara: “la demandada ha de indemnizar por la mercancía no entregada en cuantía correspondiente a la diferencia de precio entre la fecha en que concertó el contrato de compraventa y el siguiente mes de diciembre”.

Este fallo ha recibido un crítico comentario de parte de SOLER. Estima la autora que en el caso en concreto no estaba justificada una indemnización conforme al beneficio presuntamente perdido, esto es, conforme a la diferencia entre el coste de adquisición del mosto no entregado y el precio que en el mercado de venta alcanzó la mercancía en los meses posteriores al incumplimiento del vendedor. El hecho que el demandante fuera un comerciante que compraba la mercancía para revenderla no es suficiente para olvidar que la medida de la indemnización la determina no solamente el criterio de la previsibilidad, sino también el deber de mitigación, que impide el resarcimiento de todo perjuicio que pudo ser evitado mediante las medidas mitigadoras que era exigibles al acreedor, y que en el caso concreto era la celebración de un negocio de cobertura, de acuerdo a los

valores de mercado, que se califica como un daño presunto. Si bien en sistemas como el español el acreedor puede solicitar un perjuicio mayor, siempre que él se encuentre justificado, aquí el actor —nos dice SOLER—, no solamente no probó un perjuicio superior, sino que ni siquiera pidió la medida del daño que puede presumirse y que está representado por el consabido valor de mercado del bien⁴⁹⁰.

Por nuestra parte, tenemos una opinión menos crítica para el fallo en cuestión. Creemos que si bien tuvo errores técnicos, la decisión en sí fue la correcta. Partamos por indicar que en nuestra opinión, y a pesar de lo declarado por la sentencia, en realidad no se indemnizó el lucro cesante, que en este caso estaría representado por los beneficios de reventa perdidos, pues para haberse resarcido tal mayor daño, habría tenido que probarse que no fue posible la adquisición del bien de reemplazo y por ello se dejaron de percibir las utilidades que con su reventa se esperaban. Nada de eso se alegó ni se acreditó. El fallo simplemente indemnizó mayor costo de adquisición del bien, según su valor de mercado y ni siquiera según el concreto superior precio del negocio de cobertura. Recordemos que si bien el coste del contrato de cobertura era de 530 pesetas/hectógrado el recurrente cifró este mayor perjuicio solamente en la suma de 520 pesetas/hectógrado, que era el precio de mercado del mosto al tiempo en que debía ser entregado, y que conforme al deber de mitigación que pesa sobre el acreedor, constituye el momento en que debió adquirir los bienes de reemplazo.

Luego, ***con la indemnización fijada por el tribunal simplemente se compensó el mayor valor de mercado de los mostos no entregados***, y ni siquiera se pagó el real precio de los negocios de cobertura, y menos aún se resarcó algún lucro cesante. En otras palabras, se indemnizó únicamente la diferencia entre el valor de mercado de los bienes no entregados y el fijado en el contrato, perjuicio que se supone sufrirá aún el acreedor diligente que cumple con su deber de minoración acudiendo oportunamente al mercado para adquirir los bienes que sustituirán a los no entregados.

⁴⁹⁰ “Comentario a sentencia de 14 de mayo de 2003”, cit, pp. 145 y ss.

En definitiva, la decisión del fallo la consideramos correcta aunque no su justificación. En efecto, el acreedor no acreditó ningún lucro cesante y, por lo mismo, nada por este motivo le fue indemnizado, a pesar de que la sentencia del Tribunal Supremo parece creer lo contrario. En verdad, lo único que se resarcó al acreedor fue la diferencia entre el precio que el mosto tenía en el mercado en la fecha en que debió adquirir el que reemplazara el no entregado y el que tenía fijado en el contrato; perjuicio que se estima de naturaleza presunta, por lo que no es necesario acreditar que realmente se sufrió. Y aunque queda a salvo, como ya dijimos, el derecho de ambas partes para demostrar que el daño realmente sufrido fue mayor o menor que el presunto, en el caso concreto ninguna de las dos partes ofreció prueba en este sentido⁴⁹¹.

Quizás, la única duda es si el tribunal podía conceder esta indemnización (diferencia de precios) a pesar de no haberla solicitada el acreedor. Creemos que sí, y tal aseveración la fundamos en el deber de mitigar el daño, regla que junto a justificar la el rechazo al resarcimiento de determinadas partidas, entre ellas el lucro cesante, por otro lado, y como lógica contrapartida de estas exclusiones, justifica la indemnización de un daño mínimo, representado en este caso concreto por el mayor coste de adquisición del bien no entregado. Y en los países del *civil law* este deber de mitigación se encuentra recogido en la norma que alude a la exigencia *consecuencia necesaria del incumplimiento*; norma que se estima de orden público, por lo que no necesita ser alegada por las partes.

En Italia, PINORI señala que la obligación de efectuar una prestación sustitutiva es exigida también en contratos como el de arrendamiento y el de trabajo; pero no en el de obra. En el caso del contrato de locación, el perjuicio ocasionado al arrendador por el término anticipado debe ser reducido por no haber éste buscado nuevos arrendatarios. De igual forma, en el caso de un trabajador injustamente despedido, debe reducirse de

⁴⁹¹ Si bien se acreditó un negocio de cobertura con un precio superior al de mercado (520 versus 530 pesetas/hectógrado), el acreedor no invocó este mayor valor, y de haberlo hecho habría tenido que justificar porqué, a pesar del deber de mitigación, no pudo adquirirlo en el precio de 520 pesetas/hectógrado, que era el fijado por el mercado al momento en que se entendió debió efectuar el

su pretensión indemnizatoria todo lo que podría haber ganado en otro trabajo que pudiese haber conseguido con mediana diligencia, sin haberlo hecho. En el contrato de obra, por el contrario, se tiene entendido que el deber de mitigación del perjuicio no impone al comitente buscar una prestación sustitutiva de la incumplida. Se dan como razones de lo anterior, el que la obra resultante de este contrato es naturaleza no fungible, y por ser necesarias relaciones de confianza entre el comitente y el constructor. Sin embargo, cuando es el comitente el que incumple, el constructor tiene el deber de tratar de colocar en el mercado la obra, en la medida que las características de ella lo permitan, y en todo caso de darle una utilidad alternativa al equipamiento y a las máquinas dispuestas para la obra encargada por el comitente⁴⁹².

d.- La aceptación de una prestación inexacta o incompleta⁴⁹³.

En doctrina y en jurisprudencia, se ha ido configurando como otra medida mitigadora el tener que aceptar el acreedor una prestación inexacta o incompleta de parte de su deudor. “*Puede resultar conveniente y exigible — nos dice SOLER—, que el acreedor, en cumplimiento del deber de mitigación que le incumbe, acepte proposiciones abusivas del deudor, como puedan ser la modificación de los términos contractuales*”⁴⁹⁴. En similar sentido, BIANCA señala que si bien el acreedor está en todo su derecho para rechazar un incumplimiento parcial o inexacto, tal prerrogativa debe ser coordinada con el deber que se le impone de evitar el daño, y la aceptación de tales prestaciones puede revelarse como la actuación idónea para limitar el perjuicio⁴⁹⁵.

La jurisprudencia italiana ha señalado que infringe su deber de mitigación el arrendador que se niega a recibir las llaves del inmueble, por no encontrarse éste en las mismas condiciones en que fue entregado, debido a

negocio de cobertura.

⁴⁹² PINORI, *Il danno contrattuale*, cit., pp. 423 y ss., y 433 y ss.

⁴⁹³ En verdad, más que una medida destinada a mitigar el perjuicio por el incumplimiento, parece ser una destinada a evitar el incumplimiento.

⁴⁹⁴ *La valoración del daño*, cit., p. 70 y *Comentario al artículo 77*, cit., p. 625.

⁴⁹⁵ BIANCA, *Diritto civile. La responsabilità*, cit., pp. 149 y 150

que el locatario no había realizado algunas pequeñas reparaciones a que estaba obligado. Se afirma, de esta forma, que el arrendador debe cooperar aceptando una prestación defectuosa (recibir un inmueble que no es encuentra en el mismo estado en que fue entregado), para así eliminar o contener el daño⁴⁹⁶.

En España, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha seis de mayo de 1960 se menciona como ejemplo de perjuicio contractual evitable por el acreedor, de haber aceptado la modificación de las condiciones del contrato. Recordemos que este caso resuelve la disputa surgido a consecuencia de un contrato celebrado por RENFE para el traslado de un circo a una determinada ciudad para las fiestas de navidad. Transportados los elementos del circo, la empresa ferroviaria exigió una tarifa muy superior a la que el actor estimaba aplicable, por lo que se negó a pagar. Como consecuencia de lo anterior, el circo no se instaló para las fiestas y el cliente demandó por las ganancias que se hubiesen podido obtener de haberse entregado a tiempo los bienes acarreados. El Tribunal Supremo rechazó la solicitud de indemnización de perjuicios, y si bien lo hizo fundándose en el criterio restrictivo del lucro cesante, se dice que no cabe duda que la regla aplicable en este caso es la de excluir el resarcimiento pedido, porque el perjuicio pudo haberse evitado si el actor, en cumplimiento de su deber de minoración, hubiese actuado diligentemente aceptando la mayor tarifa exigida y reclamado después la restitución de lo pagado en exceso⁴⁹⁷.

Partiendo de la base que el deber de evitar el perjuicio exige del acreedor una diligencia media conforme al patrón del buen padre de familia, la que debe apreciarse además con flexibilidad —no podemos olvidar que la carga mitigadora pesa sobre la víctima del incumplimiento—, y teniendo presente las diferentes medidas que en cada caso concreto podrá adoptar el dañado, la jurisprudencia y doctrina, fundamentalmente comparada, han ido asentando **algunas reglas que van delineando los contornos y alcances de este deber**, los que pueden sintetizarse de la siguiente forma.

⁴⁹⁶ Sentencia de casación de fecha 18 de junio de 1993, citada en PINORI, *Il danno contrattuale*, cit., pp. 443 y ss.

1.- El dañado no está obligado a poner en riesgo su propia vida o su reputación moral o comercial. Ya vimos que no estará obligado a someterse a operaciones quirúrgicas objetivamente peligrosas; pero no revistiendo tal peligro, debe acceder a ellas para evitar males mayores.

2.- El deber de mitigar no puede implicar comportamientos que puedan dañar a terceras personas.

3.- El perjudicado no es obligado a mitigar el daño, si su condición económica no se lo consiente. En la jurisprudencia inglesa se menciona el caso *Clippens Oil Co Ltd v Edimburgh an District Water Trustees*, según el cual debe tomarse a la víctima tal cual es y si por su posición después se agrava, porque no tiene los medios para mitigar, tanto peor para el responsable.

4.- El dañado no debe soportar un riesgo excesivo en su propio capital. Es una regla diferente a la anterior, porque se orienta a no exigir medidas extraordinarias y gravosas por parte de la víctima del perjuicio. Cuestión nada más lógica si se piensa que el estándar en el cumplimiento de este deber es la razonabilidad, la exigencia ordinaria o la mediana diligencia. Así, por ejemplo, se ha decidido que el comprador no está obligado a procurarse en otra parte del mundo la mercadería comprada y no entregada por el vendedor.⁴⁹⁸ Tampoco lo está el dueño de un terreno víctima de una inundación culposa a realizar inmediatamente un cultivo de reemplazo, si para ello debe proceder a costosas extracciones del material dejado por la inundación.

⁴⁹⁷ Ver DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, cit., p. 689.

⁴⁹⁸ *Lesters Leatherr and Skin Co. v. Home and Overseas Brokers*. Esta situación es aplicable fundamentalmente a mercaderías no fácilmente adquiridas en el mercado. En el caso concreto se trataba de la compra de piel de serpiente y el demandado alegaba que pudo y debió efectuar la compra de reemplazo en la India.

Por el contrario, se ha decidido que falta a este deber un odontólogo que no arrienda una máquina análoga a la comprada durante el tiempo que el vendedor demora en entregarla. De la misma forma, incumple su deber de diligencia el adquirente de una máquina de café que haya mantenido inactivo su local de cafetería hasta la resolución del contrato. En estos dos casos, a diferencia de los anteriores, ya no se estaría exigiendo a los acreedores incumplidos un sacrificio económico excesivo que superara la mediana diligencia.-

5.- Si el daño se puede evitar con una reparación, al acreedor se le imputa la tardanza en la misma. Esta regla no es sino una lógica consecuencia de la carga de efectuar las reparaciones necesarias cuando las circunstancias del caso concreto así lo amerite.

6.- El acreedor debe siempre procurar el empleo de la alternativa mitigadora más económica posible. En definitiva, el acreedor no puede lucrar con su daño⁴⁹⁹.

E.- EFECTOS DE LA CARGA MITIGADORA.-

Las consecuencias o efectos que, desde el punto de vista de la extensión de la indemnización, se siguen de imponer al acreedor el deber de evitar o mitigar el daño son, básicamente, dos:

En primer lugar, limitar el resarcimiento a las pérdidas no razonablemente evitables. Se indemnizan únicamente aquellas perjuicios que el acreedor o la víctima del hecho ilícito no pudieron o no hubiesen podido impedir actuado según los criterios del hombre razonable o del buen

⁴⁹⁹ Para más antecedentes, ver CRISCUOLI, *Il dovere di mitigare il danno*, cit., pp. 589 y ss.; ROSSELLO, “*Il danno evitabile con l’ordinaria diligenza*”, cit., pp. 55 y ss.; CARRASCO, *Comentario al artículo 1.107*, cit. pp. 734 y ss., y SOLER, *Comentario al artículo 77*, cit., p. 621 y ss.

padre de familia. En otras palabras, se excluyen del resarcimiento los daños que pudieron haberse evitado con mediana diligencia.

En segundo lugar, y como contrapartida de la limitación anterior, dentro de las partidas a indemnizar **se incluye el costo de todas las medidas mitigadoras razonablemente adoptadas por el acreedor**. Evidentemente, se resarce el costo de las gestiones o actuaciones que efectivamente lograron evitar o mitigar los perjuicios; pero también las que hayan resultado en definitiva infructuosas. Para que el deudor esté obligado a rembolsar estas últimas, basta con que al inicio hayan aparecido como útiles o razonables, aunque después, debido a circunstancias sobrevenidas, se aprecie que eran en realidad superfluas.

En consecuencia, debe indemnizarse aquellos gastos inútiles, desembolsados por el acreedor que incurrió en un error inicial sobre la oportunidad de la medida adoptada, siempre que el error se haya debido a la situación de apariencia creada por el propio incumplimiento o acto ilícito. Se da como ejemplo de lo anterior, el caso del dueño de un caballo herido que adoptó los razonables, pero inútiles gastos para salvar al animal y en el ínter tanto arrendó otro. Se aceptó el reembolso de estos desembolsos (curación del animal enfermo y arriendo de un sustituto), no obstante que al final se percibió que lo más adecuado habría sido adquirir inmediatamente otro animal. La razón para condenar al deudor a estos gastos es el simple hecho de que no parece justo que el acreedor que incurre en ellos en cumplimiento de su deber deba finalmente soportar su costo, cuando considerados al momento en que debió desembolsarlos parecían razonables⁵⁰⁰.

Si el daño era evitable y el acreedor incumpliendo su deber de mitigación nada hizo, resulta obvio que este perjuicio evitable no debe serle indemnizado; pero: **¿se debe, de todas formas, resarcir el costo de las medidas mitigadoras que debió efectuar para impedir el daño, sin en verdad haberlas realizado?**

⁵⁰⁰CRISCUOLI, *Il dovere di mitigare il danno*, cit., pp. 589 y ss.; y SOLER, *Comentario al artículo 77*, cit., p. 627 y ss. y *La valoración del daño*, cit., pp. 68 a 72.

Somos de la opinión que siempre debe indemnizarse el valor de las gestiones que la víctima pudo tomar para evitar el perjuicio, aunque en el hecho no las hubiese llevado a cabo. Si el deudor no va a cargar con los daños que su incumplimiento causó al acreedor, porque éste pudo haberlas impedido adoptando determinadas medidas, es un principio de lógica y justicia que debe al menos rembolsar el costo de tales gestiones, pues en caso contrario existiría un enriquecimiento injusto a favor del responsable, ya que no indemnizaría ni los perjuicios causados ni el valor de las medidas que justificaron eximirlo de indemnizarlos. Por lo demás, en lo que dice relación específica con el resarcimiento del valor de mercado de las medidas sustitutivas, ya vimos que se estima no ser necesario que efectivamente éstas se hayan realizado⁵⁰¹.

Finalmente, en cuanto al peso de la prueba del deber de mitigación, podemos decir, en términos generales, que corresponde su carga al demandado, ya que será él quien, en definitiva, se beneficie de una disminución del monto a indemnizar por aplicación de este criterio limitativo⁵⁰².

3.- LA REGULARIDAD CAUSAL.

A.- EXPLICACIONES PREVIAS.-

Al estudiar la formación histórica de la expresión *consecuencia inmediata y directa* utilizada por el *Code*, equivalente, como sabemos, a *consecuencia necesaria* empleada por el Código civil español (aunque esta última de mayor precisión y significado, como lo reconoce la doctrina francesa e italiana⁵⁰³), señalamos que ella comprende en realidad dos diferentes criterios delimitadores del *quantum*: uno, el de la evitabilidad o mitigación del perjuicio, al que ya nos hemos referido; y el otro, que permite, al decir de la

⁵⁰¹ En este sentido, SOLER, “Comentario a sentencia de 14 de mayo de 2003”, cit., p. 140.

⁵⁰² SOLER, *Comentario al artículo 77*, cit. p. 627.

⁵⁰³ FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità*, cit., pp. 51 y MAZEAUD, y otros, *Tratado teórico práctico*

doctrina mayoritaria, excluir del resarcimiento todos los daños anormalmente causados por el incumplimiento.

El hecho que estas dos reglas delimitadoras estén recogidas en la expresión *consecuencia inmediata y directa* ha sido puesto de manifiesto especialmente por la doctrina italiana, donde el actual *Codice civile* de 1942 destina dos normas diferentes para su regulación, a diferencia del anterior Código de 1865 que, al igual que el *Code*, destinaba una sola (el artículo 1229). De esta forma, los autores italianos, italianos señalan que actualmente la expresión *consecuencia inmediata y directa* del artículo 1223 ya no comprende los dos significados originarios y atribuidos por su formación histórica, quedando reducido a uno solo, porque el deber de evitar el perjuicio está contemplado expresamente en otra norma: el artículo 1227 apartado segundo⁵⁰⁴.

Nos corresponde, pues, estudiar esta segunda regla, no sin antes reiterar que estamos ante un criterio delimitador del *quantum*, es decir, un principio jurídico propio de la causalidad en su segunda función. Luego, a pesar de cierta confusión que, como nos dice SOLER, puede encontrarse en las explicaciones de POTHIER, lo cierto es que no es una norma destinada a dar solución al problema de la concurrencia causal, la que supone ya resuelta, sino que estamos ante uno de los criterios que fijan la extensión del perjuicio resarcible⁵⁰⁵. Esto no significa, por supuesto, que no puedan darse

de la responsabilidad civil, cit., n 1673pp. 278 y 279

⁵⁰⁴ VISINTINI —“*El criterio legislativo delle conseguenze dirette ed immediate*”, cit. p. 9 y ss.—, expresa que el artículo 1223 consagra un criterio de delimitación del daño que excluye la resarcibilidad de las consecuencias dañosas mediatas e indirectas. Agrega que esta norma deriva del artículo 1229 del código derogado y 1151 del *Code*, y nació históricamente en materia contractual para regular el caso de una secuencia de daños concatenados entre ellos y todos reconducibles al incumplimiento. **Añade que en su significado original la expresión daño indirecto y mediato comprendía los daños evitables con un mínimo de diligencia por parte del acreedor, y solo en el actual Codice este criterio de la evitabilidad viene formulado en forma autónoma en el artículo 1227 apartado 2º.** Ver también REALMONTE, FRANCESCO, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, Dott. A Giuffrè, 1984, p. 204.

⁵⁰⁵ Así lo ponen de manifiesto PINORI, *Il danno contrattuale*, cit., p. 105, y VISINTINI, “*El criterio legislativo delle conseguenze dirette ed immediate*”, cit. p. 11. Pero esto no ha resultado siempre del todo claro, como lo demuestran las palabras de FORCHIELLI, que aunque referidas al criterio de la evitabilidad, nos permite apreciar la confusión entre las cuestiones del *an* y el *quantum*, cuando señala que entre daño inevitable o necesario y el concepto de daño indirecto o extra rem, existe un *quid* común que justifica el uso del atributo indirecto para explicar el daño evitable, y estaría en la consideración práctica que mientras más remoto es el daño es más probable que se inserte otra causa concomitante (como la

problemas de concurrencia causal, y decidir que el daño debe “repartirse” entre los distintos agentes productores del perjuicio, porque el incumplimiento sólo en parte ha causado el daño, pero ya no estaremos ante una cuestión de fijación o extensión del *quantum resarcitorio*.

B.- LA CONCEPCIÓN DE LA DOCTRINA MAYORITARIA.-

Si hay algo en lo cual prácticamente no existe discusión es el hecho de que la expresión *consecuencia necesaria* —y menos aún *consecuencia inmediata y directa*—, no puede ser entendida en su tenor literal⁵⁰⁶. Debe, por tanto, buscarse su significado y alcance acudiendo a otros elementos de hermenéutica legal diferentes al gramatical, y para estos efectos aparece como apropiado el histórico, además del sistemático y del lógico.

Establecido lo anterior, surge la pregunta: *¿cuál ha sido la respuesta de los autores españoles para dar contenido y sentido a la expresión consecuencia necesaria del artículo 1107?*

Como sabemos, tradicionalmente su estudio ha sido descuidado. Sin embargo, la doctrina española más atenta, —siguiendo a la italiana—,

culpa del dañado), en cuya ausencia el perjuicio no se habría producido, *Il rapporto di causalità*, cit., pp. 47 y 48.

⁵⁰⁶ FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità*, cit., pp. 33 y ss., señala que ningún intérprete se queda con el significado literal del término inmediato, y se requiere dejar de lado el concepto temporal de inmediatividad y asumir una noción más elástica y razonable, pues en caso contrario tendría que excluirse por regla general la indemnización los lucros cesantes (por ejemplo sería indemnizable la reparación del vehículo, pero por ser mediato, no sería resarcible lo que se dejó de ganar con él; de igual forma, se indemnizaría el caballo muerto, pero no el lucro cesante por la no participación en la carrera, etc.) y en algunos casos también los daños emergentes (sería inmediato, y por tanto indemnizable, el valor del forraje no suministrado según contrato y mediato el derivado de la muerte de la bestia), y obviamente resultaría difícil explicar porque el perjuicio mediato no merece el mismo tratamiento del inmediato, en especial ante un daño inmediato exiguo y uno mediato bastante superior. De igual forma, atendiendo a su significado más común el perjuicio indirecto, es aquel que no consiste en la lesión directa del bien, sino que afecta el incremento patrimonial futuro, y bajo este perfil el lucro cesante sería considerado indirecto, identificándose con el mediato. En semejantes condiciones —agrega FORCHIELLI—, no se puede censurar a la doctrina por negar el significado literal del art. 1223 y que la jurisprudencia en numerosos casos haya rechazado la aplicación del 1223, indemnizando los daños indirectos o mediatos. Por lo anterior, este autor aconseja el examen sistemático e histórico de la norma. Ver también DE CUPIS, *El daño*, cit., n. 31, pp. 260; PINORI, *Il danno contrattuale*, cit., p. 178, BIANCA, *Dell' inadempimento delle obbligazioni*, L. IV, Art. 1218-1229, 2ª ed., Bolonia-Roma, 1979, p. 250., TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., pp. 20 y ss.

indica que en dicha expresión, además del deber de evitar el perjuicio, se acoge otra regla o principio que permite excluir del resarcimiento a todos aquellos daños que si bien fueron causados por el incumplimiento, son ciertamente anormales o irregulares en su producción. Así, para LEÓN existen perjuicios que no se indemnizan independientemente de su evitabilidad, y se excluyen por su anormalidad, es decir, porque no pueden considerarse consecuencia regular del incumplimiento, no derivan de él según los criterios comunes de la experiencia. Hace presente que para decidir la no resarcibilidad de los mismo, más que al carácter excepcional de los sucesos que han contribuido a producirlos, hay que atender a la anormalidad de su conexión causal con el incumplimiento, pues puede darse el caso de que los acontecimientos que concurren con la falta de cumplimiento de la obligación nada tienen en sí de excepcionales; pero combinados entre sí dan lugar a un perjuicio anormal.

“Con un lenguaje más técnico podría decirse, pues, que quedan excluidas del resarcimiento aquellas consecuencias que no constituyen la realización de un riesgo que normalmente depende del incumplimiento. La aplicación de este criterio de delimitación lleva, en definitiva, argumentando a fortiori, a la afirmación siguiente: son irresarcibles aquellas situaciones dañosas que, aun habiendo sido ocasionadas por el incumplimiento no suponen, sin embargo, la realización de un riesgo relacionado con él, es decir, sean eventos respecto de los cuales esa falta de cumplimiento no ha aumentado de forma apreciable la posibilidad de que se produzcan”⁵⁰⁷.

A modo de conclusión, LEÓN señala que el artículo 1107, I, *in fine* del Código civil, además de la regla de la evitabilidad, contiene *“otro criterio causal que podría formularse así: son igualmente irresarcibles aquellas consecuencias dañosas que constituyen un resultado anormal respecto del incumplimiento, es decir, se apartan según la común experiencia del curso ordinario de las cosas”*

En similar sentido, MONTÉS indica que la fórmula empleada por el texto italiano — *consequenza immediata e directa*—, *“algunos autores han*

⁵⁰⁷ LEON, “Acotaciones históricas al artículo 1.107”, cit., p. 594 y *Gravedad de la culpa*, cit. pp. 53 y 54, y “Acotaciones históricas al artículo 1.107”.

derivado la consecuencia de que la causalidad exigida es la llamada “regularidad causal”, es decir, que las ulteriores consecuencias del incumplimiento son —desde el punto de vista jurídico— adscribibles a un determinado sujeto agente solo si en base al curso ordinario de las cosas y en base a los criterios dictados por la experiencia común pueden ser considerados consecuencias normales y regulares⁵⁰⁸.

Los partidarios de la imputación objetiva, como PANTALEON, SOLER e YZQUIERDO, también niegan el resarcimiento a los daños anormales; pero lo hacen recurriendo a la vieja doctrina de la adecuación. Argumentación que no deja de llamar la atención, porque después de partir negando las teorías causales, terminan finalmente acogiendo una de ellas como un criterio de imputación objetiva, y sin perjuicio de diferir sus partidarios en cuanto a la mayor o menor preponderancia de ella⁵⁰⁹. En todo caso, aquí lo importante es que estos autores coinciden en excluir del resarcimiento a los perjuicios que consideran anormales, y hacen presente que en el *common law* también se ha hecho sentir la necesidad de negar su indemnización, como lo demuestra la desautorización del caso *Polemis* por parte del caso *The Wagon Mound*. Además, si consideramos lo manifestado por BIANCA⁵¹⁰, en el sentido que la doctrina de la *regularidad causal*, no es más que la traducción de la causalidad adecuada en materia de extensión del daño, tenemos que en verdad ambas posiciones se acercan.

La jurisprudencia española parece compartir la idea de excluir los daños irregulares o anormales, pero esta exclusión no la funda directamente en la norma del artículo 1107 del Código civil. En efecto, imbuida por los principios de la causalidad adecuada —a la que actualmente considera un criterio de imputación objetiva—, no ha podido menos que rechazar los

⁵⁰⁸ MONTÉS, *Sobre la responsabilidad del deudor de buena fe*, cit., p. 2447.

⁵⁰⁹ Ya vimos la opinión de PANTALEON, para quien el criterio de la adecuación, sigue siendo útil para la correcta solución de casos de cursos causales completamente irregulares o anormales, que encuentra fácil acomodo en los otros criterios de imputación estudiados. En todo caso, para él la adecuación presta una utilidad más bien residual, mientras que para YZQUIERDO, por el contrario, es el primer criterio que debe considerarse y de ahí se debe jugar con los restantes. Ver PANTALEÓN, “*Causalidad e imputación*”, cit., pp. 1590 y 1591., e YZQUIERDO, *Sistema de responsabilidad*, cit. p. 196.

⁵¹⁰ BIANCA, *Dell' inadempimento delle obbligazioni*, cit., pp. 251 y 252.

perjuicios anormales. La razón de este rechazo es obvia, pues un daño anormal, como resulta evidente, nunca cumplirá el requisito de ser probable o verosímil en su producción respecto al hecho ilícito juzgado.

Como consecuencia de lo anterior, los fallos de los tribunales españoles exigen que la conducta ilícita sea apropiada o adecuada para producir el perjuicio en cuestión. Manifestación de esta exigencia es la sentencia de 27 de junio de 2005, al señalar que es necesario que la causalidad no sólo exista lógicamente, sino que, además, sea *adecuada, en el sentido de que la conducta tienda a producir el resultado según las reglas de experiencia general*.⁵¹¹ En igual sentido, la sentencia de 5 de diciembre de 2002, citando a la de 4 de julio de 2002, indica que es necesario determinar si la conducta generadora del daño “es *generalmente apropiada para producir un resultado de la clase dada*”⁵¹².

La idea de que bajo la fórmula *consecuencia inmediata y directa* (*consecuencia necesaria*, en el caso español), manifiesta la exigencia de una *regularidad causal* entre el incumplimiento y el daño, excluyendo por tanto del resarcimiento todo perjuicio irregular o anormal, es principalmente obra de la doctrina italiana. Destaca en este sentido la teorización de DE CUPIS, quien señala que el artículo 1223 no debe ser interpretado literalmente, por lo que no es llegar y considerar excluidos los daños mediatos e indirectos, pues la norma debe entenderse según la *mens legis* y ésta, en atención a los precedentes históricos y los principios de razón, debe venir conformada por el criterio de la regularidad causal. En consecuencia, si bien por la letra de la ley deberían estar excluidos del resarcimiento todos los perjuicios mediatos e indirectos, según el espíritu de la norma tal exclusión se limita únicamente a los que además sean irregulares⁵¹³.

Hacemos también presente que la argumentación recién expuesta no es el resultado del pensamiento de unos pocos autores italianos. Por el contrario, la idea de que el artículo 1223 exige una *regularidad causal* entre el

⁵¹¹ RJ 2005\4438.

⁵¹² RJ2002\10427.

⁵¹³ DE CUPIS, *El daño*, cit., n. 31, pp. 260 y ss. Ver también BIANCA, *Dell' inadempimento delle obbligazioni*, cit., p 252.

daño y el incumplimiento ha tenido una importante acogida en la doctrina⁵¹⁴ y también en la jurisprudencia italiana⁵¹⁵.

De lo expuesto, resulta claro que en opinión de un importante sector doctrinario y jurisprudencial, la expresión *consecuencia inmediata y directa* excluye el daño anormal o irregular, al exigir *regularidad causal* entre el incumplimiento y el perjuicio. El problema consiste, entonces, en resolver cuál es el real alcance o significado que debe darse a la exigencia de la *regularidad causal*⁵¹⁶.

Tradicionalmente, se ha explicado la doctrina de la *regularidad causal* diciendo que debe estimarse causa “*la condición que regularmente concurre, es decir, la que configura la estructura ordinaria de una cosa, para que produzca el efecto. Así, contrariamente, no puede imputarse al sujeto aquel efecto que respecto a su misma acción, aparece anormal o atípico, por no responder al curso normal de los acontecimientos y, por tanto, a lo que suministra la experiencia*”⁵¹⁷.

De la explicación anterior, podemos concluir que BIANCA tiene razón cuando señala que resulta evidente la insuficiencia de la doctrina de la *regularidad causal* para ofrecer un válido criterio general de identificación del nexo causal⁵¹⁸. Además, ***como la regularidad causal no es más que la teoría de la causalidad adecuada aplicada a la segunda función del nexo causal, es decir, al quantum resarcitorio, los problemas de esta última teoría se replican y reproducen ahora en esta nueva formulación***; en especial el no solucionar el problema de la descripción del evento y carecer

⁵¹⁴ Además DE DECUPIS, entre muchos otros, REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, cit., pp. 204 y ss.; BELLINI, “L’oggetto Della prevedibilità del danno ai fini dell’ art. 1225 CC”, en *Riv. Dir. Commerciale*, 1954, II, p. 365. Ver también PINORI, *Il danno contrattuale*, cit., p. 181; BIANCA, *Dell’ inadempimento delle obbligazioni*, cit., pp. 251 y 252 y nota 9, y VISINTINI, “*El criterio legislativo delle conseguenze dirette ed immediate*”, cit. p. 12.

⁵¹⁵ En este sentido, entre otros, los fallos de casación de fecha 1 de diciembre de 1983, 15 de marzo de 1974 y 20 de octubre de 1969, recogidos en PINORI, *Il danno contrattuale*, cit., pp. 183 y ss.

⁵¹⁶ Se trata de una cuestión no solamente doctrinaria, sino también práctica, pues si bien los tribunales aceptan ampliamente esta fórmula, en sus decisiones se pueden ver dos orientaciones diferentes: una dirigida a ampliar el área del daño resarcible, y otra a seguir más bien el sentido literal de la norma. En Italia la sentencia de casación de fecha 29 de noviembre de 1994 parece volver al sentido literal de la expresión, sentencia en la cual se negó la compensación entre el lucro y el daño por no ser ambas consecuencia inmediata y directa del mismo hecho, *Ibid.*, pp. 217 y ss.

⁵¹⁷ DE CUPIS, *El daño*, cit., n. 31, pp. 260 y ss.

⁵¹⁸ BIANCA, *Dell’ inadempimento delle obbligazioni*, cit., p. 253

en la práctica de un real criterio delimitador.

El propio DE CUPIS tiene que reconocer que este criterio atribuye amplia importancia a la apreciación discrecional del juez⁵¹⁹, que no es sino la demostración de su vaguedad y falta de fijeza. Además, no convence del todo la idea de que no se resarcirá a la víctima de un daño, por el único hecho de ser éste excepcional⁵²⁰. De esta forma, la vaguedad de la exigencia de la regularidad causal incide en la falta de certeza respecto a cuáles son los perjuicios anormales, y por lo mismo a su adecuada concreción.

REALMONTE también participa de la idea que la expresión *consecuencia inmediata y directa* excluye los daños anormales; pero se preocupa de dar contenido cierto y específico al criterio, en un intento de librarla de la vaguedad y discrecionalidad que se imputa a la doctrina de la regularidad causal⁵²¹. Parte haciendo presente que en el Código civil de 1865, cuando no existía una norma como el actual 1227 apartado segundo, se calificaban como mediata e indirecta tanto las consecuencias dañosas anormales como las que siendo normales pudieron haberse evitado por el acreedor. Actualmente, estas últimas consecuencias —las evitables—, deben calificarse de inmediatas y directas, y de esta forma se asigna al 1227 inciso segundo un significado autónomo.

Por lo tanto, es posible distinguir consecuencias que se excluyen del resarcimiento si eran evitables, y otras a las cuales se les niega siempre la indemnización. En el caso de estas últimas debe hacerse presente que su irresarcibilidad no está subordinada a la circunstancia de que haya concurrido factores excepcionales en su producción. Demostrativo de lo anterior es el ejemplo de las vacas de POTHIER, donde el embargo y la venta de los bienes a bajo precio son consecuencias indirectas y mediatas, y ello a pesar de que obedezcan al concurso de factores que singularmente no pueden calificarse en sí de excepcionales, como serían la existencia de deudas para

⁵¹⁹ DE CUPIS, *El daño*, cit., n. 30, p. 258.

⁵²⁰ Debe agregarse también la crítica que mediante la idea de la *regularidad causal* el criterio de las *consecuencias inmediata y directa* se identifican o acerca a la previsibilidad del daño. Ver BIANCA, *Dell' inadempimento delle obbligazioni*, cit., p. 252, y *Diritto civile. La responsabilità*, cit., pp. 130 y ss. Ver también la respuesta a esta identificación por parte de DE CUPIS en *El daño*, cit., n. 31, p. 266 y ss.

⁵²¹ El comentario a la opinión de REALMONTE que se hace a continuación se hace en base a su obra *Il*

con terceros y la falta de dinero necesario para cumplir con tales deudas.

De lo expuesto, surge el primer elemento para interpretar el criterio en estudio: más que atender a la singularidad o excepcionalidad de los factores que junto al incumplimiento han concurrido a producir el daño, **la indemnización es excluida debido a la anormalidad del perjuicio en su conexión con el incumplimiento**, anormalidad que puede darse incluso frente a factores concurrentes que no revistan de por sí la calificación de excepcionales. Así, en el ejemplo de POTHIER se niega resarcimiento del desastre económico no porque el acreedor haya tenido deudas o a su falta de dinero, sino al hecho que es anormal que la entrega de animales infectados, combinados con esta o con otras circunstancias, cause tal situación.

La regla limitativa en estudio, que estaría recogida en el artículo 1223, la enuncia REALMONTE diciendo que en virtud de ella *se excluyen del resarcimiento las consecuencias dañosas que no constituyen la realización de un riesgo normalmente conectado con el incumplimiento*. Por lo tanto, no se indemnizarán los perjuicios que, si bien han sido causados por el incumplimiento, no son realización del riesgo propio de la prestación incumplida, con lo que queda claro que para este autor **daño anormal es aquel que si bien es causado por el incumplimiento no constituye un riesgo propio de él**.

No se indemnizarán los perjuicios respecto de los cuales *el incumplimiento no ha aumentado en medida sensible la probabilidad de su verificación*. Es decir, cuando el incumplimiento ha concurrido a provocar una consecuencia dañosa (la destrucción de un bien, por ejemplo), simplemente por haber determinado la presencia del objeto lesionado en el tiempo y en el lugar en que la destrucción sucede.⁵²² Tampoco se resarcirán aquellos perjuicios en que *si bien el incumplimiento fue expresión de un mayor riesgo, no se encuentra normalmente conectado a él*.

Establecido que se entiende por riesgos anormales, REALMONTE estima necesario describir el juicio de normalidad que debe practicarse, tarea

problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno, cit., pp. 204 a 209.

⁵²² Ejemplo de lo anterior, el caso en que un proveedor no entregue la mercadería, y el acreedor al

para la cual debe indicarse el tiempo en que dicho juicio se ha de realizar, la pauta o criterio de análisis y el objeto del mismo. Respecto al tiempo del juicio, se entiende que debe ser *ex ante* al tiempo del incumplimiento. En cuanto al criterio para determinar que es excepcional o no, señala que debe utilizarse la máxima de sentido común; pero reconoce que en la jurisprudencia frecuentemente se acude al criterio de regularidad causal. Finalmente, el objeto de este juicio es el aumento de la probabilidad que una determinada situación dañosa ocurra con las mismas características que la que se ha producido concretamente.

El juicio no tiene por objeto establecer si la consecuencia dañosa se deriva regularmente del incumplimiento, esto es, sin la concurrencia de factores en sí mismo excepcionales, sino más bien ***si es normal que los factores que en concreto intervinieron se combinen con el incumplimiento y provoquen la consecuencia dañosa.***

Existirían, en consecuencia, dos indagaciones independientes la una de la otra: determinar si es normal que los factores que intervienen con el incumplimiento se combinen con él, y si es normal que causen un perjuicio como el ocasionado. Puede darse el caso que intervengan factores que de por sí no son excepcionales, pero que den lugar a un riesgo anormalmente conectado con el incumplimiento (el caso de las vacas infectadas de POTHIER). Y, por otro lado, el evento dañoso puede estimarse una consecuencia normal del incumplimiento, a pesar que los factores que concurren junto a él en sí sean considerados excepcionales⁵²³.

No obstante el aporte que significa la doctrina de REALMONTE, *tiene el inconveniente de no precisar cuándo estaremos ante un riesgo que sea propio del incumplimiento*, y que al final de cuentas termina acudiendo a la idea de las máximas de experiencia común que no viene a ser sino una variante de la regularidad causal, con los problemas que ella presenta.

BIANCA rechaza la idea de que la indemnización deba limitarse

concurrir a procurársela en otra parte, es víctima de un accidente carretero.

⁵²³ REALMONTE da el ejemplo de quien custodia una casa y olvida cerrar la ventana, facilitando así el hurto. Puede parecer excepcional el ingreso del ladrón pero la responsabilidad del custodio se extiende al hurto, porque sin duda, *ex ante*, aparece como la realización de un riesgo normal del incumplimiento, con

únicamente a los daños que son consecuencia normal del incumplimiento y el criterio de la regularidad causal que sirve para determinarlos. Sin embargo, mantiene ciertas coincidencias con lo expuesto por REALMONTE, al señalar que el perjuicio debe ser la realización de un riesgo específico del incumplimiento. Parte su exposición, diciendo que la expresión *daño directo e inmediato* impone un límite a la cadena de consecuencias dañosas a cargo del autor del ilícito, y su contenido no puede ser satisfecho con las soluciones dadas en un determinado contexto histórico. Un correcto método interpretativo impone indagar el concreto significado que la norma ha asumido en su aplicación efectiva. En su opinión, la expresión en estudio expresa *una específica relación de causa a efecto* entre el comportamiento y el perjuicio que permite identificar una *constante típica* de causa a efecto y no la exigencia de una regularidad o normalidad. En suma, estima este autor que ***el daño necesario o directo sería aquél que según la experiencia constituye la realización de un riesgo específico creado por un determinado antecedente.***

Para BIANCA, el *daño directo* permite también el resarcimiento de los daños excepcionales, siempre, por supuesto, que sean el resultado de un riesgo específico creado por el comportamiento positivo u omisivo del dañante. De igual forma, el hecho de un tercero no interrumpirá el nexo de causalidad cuando tal intervención realice un riesgo específico creado por el ilícito o el incumplimiento precedente; incluso si la intervención dolosa de un tercero puede de todas maneras significar la realización del riesgo específico. Este riesgo específico no impone un dato de probabilidad, siendo suficiente que resulte apreciablemente agravado el peligro de su ocurrencia a consecuencia del incumplimiento; pero aclara que tampoco puede identificarse con el criterio fundado sobre la finalidad protectora de la norma o con el riesgo prohibido⁵²⁴.

Sin duda que la doctrina del riesgo específico junto con dar flexibilidad al criterio del daño directo, tiene el mérito de permitir la

los factores que en concreto han operado

⁵²⁴ Ver BIANCA, *Dell' inadempimento delle obbligazioni*, cit., p. 254 y ss., y *Diritto civile. La*

indemnización de una serie de eventos dañosos que conforme a la doctrina de la normalidad se encontraría excluidos, y, a la vez, exige algo más que la mera causalidad material entre incumplimiento y daño. Sin embargo, en nuestra opinión, la formulación presenta a lo menos dos objeciones. Primero, se trata de una creación sin apoyo en la norma ni en su formación histórica y parece más bien superpuesta a ella. En segundo lugar, su amplitud y flexibilidad lleva como contrapartida la imprecisión del criterio. En efecto, cuando BIANCA describe cuales son las hipótesis fundamentales de la constante típica de causa a efecto (que sirve de sustrato a la causalidad específica), acude a la idea de los fenómenos naturales, reglas de experiencia técnica, o actos socialmente idóneos, y por lo mismo define el daño directo como aquel *que según la experiencia* constituye la realización de un riesgo específico. De este modo, aparecen fórmulas propias de la regularidad causal y de la teoría de la adecuación, y con ellas vuelven los problemas y críticas que se intentan superar⁵²⁵.

C.- NUESTRA OPINIÓN.-

Es innegable la adhesión de los autores y la jurisprudencia italiana a la idea de que la expresión *consecuencia inmediata y directa* excluye la indemnización los daños anormales. También es verdad que parte de la mejor doctrina española es del mismo parecer. Pese a lo anterior, mantenemos nuestras dudas, y no estimamos correcto negar siempre a la víctima la indemnización total de un perjuicio causado por el incumplimiento, por el sólo hecho de ser anormal en su producción. En otras palabras, no compartimos el postulado de que el *daño necesario* implica siempre negar el resarcimiento a un daño únicamente por ser anormal.

En consecuencia, sin perjuicio del criterio de la evitabilidad que también se comprende en la norma, creemos que el sentido y alcance de la

responsabilità, cit., pp. 130 y ss.

⁵²⁵ Todo lo anterior, sin perjuicio de no aclarar del todo la diferencia entre la denominada doctrina del riesgo específico y el criterio del fin de protección de la norma, con lo que se corre también el riesgo de volver a la confusión con el criterio de la previsibilidad.

expresión *consecuencia necesaria* es otro: *excluir aquellos perjuicios que no se habrían producido si no hubiese intervenido junto al incumplimiento la deficiente situación económica del acreedor.*

Como fundamento de esta afirmación, se pueden dar a lo menos tres argumentos:

En primer lugar, tenemos una razón de tipo histórico. Con la expresión *consecuencia necesaria* se perseguía excluir únicamente los daños por el riesgo de la específica situación financiera del capital del acreedor. Si bien puede parecer que la regla fue expresada con carácter general, en verdad no tuvo históricamente el amplio alcance que hoy se le quiere dar. Para corroborar lo anterior, basta recordar los ejemplos dados por DOMAT y por POTHIER⁵²⁶ donde se aprecia que los casos no indemnizables siempre se trata de perjuicios en los cuales interviene la precaria situación económica del acreedor.

En este sentido, BARCELONA afirma que no es la anormalidad o excepcionalidad del perjuicio lo que determina su irresarcibilidad, pues en los ejemplos de DOMAT se exponen circunstancias que pueden ser tal insólitas o anormales como aquellas en que interviene la mala situación económica del acreedor, y sin embargo no impiden la indemnización. Así, en el ejemplo de la viña, nos dice que la circunstancia que un acreedor incumplido no pueda hacer frente a sus deudas, es tan extraño como el hecho que toda la cosecha de uvas se pierda por unos días de retardo en el transporte. Sin embargo, este último daño excepcional se indemniza de todas formas, a diferencia del primero⁵²⁷.

En segundo lugar, podemos indicar una razón de equidad y de coherencia con el principio de reparación íntegra. Aparece contrario al principio de justicia —y al decir de BIANCA sin explicación—negar la indemnización de daños que el acreedor ha sufrido y que fueron efectivamente causados, en todo o parte, por el incumplimiento o hecho ilícito en general. Los perjuicios no se desintegran en el aire, por lo que *al liberar al*

⁵²⁶ Además del ejemplo de la vaca infectada de POTHIER, recuérdese los casos del arriendo, de la mercadería encargada y del viñatero suministrados por DOMAT.

deudor de su resarcimiento, automáticamente se decide que será el acreedor, siempre inocente, quien deba finalmente soportarlo.

Decimos acreedor siempre inocente, porque no debemos olvidar que si el acreedor tuvo participación causal en el incumplimiento el deudor no está obligado a indemnizar la totalidad del daño porque sólo en parte lo ha causado. Además tienen aplicación los otros criterios delimitadores del daño, entre ellos el deber de mitigación que niega el resarcimiento de los perjuicios que el acreedor pudo evitar. Luego, ninguna culpa del acreedor puede existir ante un perjuicio que él no causó ni siquiera en parte y que tampoco le era exigible evitar.

De lo expuesto, podemos concluir que la doctrina mayoritaria niega el resarcimiento de un daño, a pesar de ser causado en todo o parte por el incumplimiento, a pesar de que el acreedor no haya podido evitarlo y a pesar de que en su producción no haya intervenido la deficiente situación económica del acreedor, y niega su indemnización por la sencilla razón que según máximas de experiencias o de lo que era esperable no debió ocurrir. El problema es que el perjuicio ocurrió en el mundo real, y según esta opinión — que no podemos compartir—, deberá sufrirlo el acreedor inocente y no el deudor culpable⁵²⁸.

Por lo expuesto, nos parece evidente que negar la indemnización de un daño por la sola circunstancia de ser excepcional es desconocer el derecho a la reparación íntegra. Si bien, con todos los principios delimitadores, este es un principio teórico más que real, debe de todas formas siempre orientar las decisiones e interpretaciones sobre la materia. Por lo demás, si de todas formas se quiere ser benigno con el deudor, en países como España se puede moderar el monto de un perjuicio anormal, situación muy preferible a rechazar por completo y de plano su indemnización.

⁵²⁷ BARCELONA, *Inattuazioni dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit., p. 136, nota 35.

⁵²⁸ Hemos expuestos en la primera parte del trabajo el caso *Liesbosch*, a partir del cual surgió el criterio limitativo de la *Impecuniosity*, y las críticas que ha recibido en el Derecho anglosajón, lo que hace discutible su permanencia; pero muy especialmente su extensión supuestos de anormalidad distintos a los que originalmente estuvo pensado.

En este contexto, resulta interesante hacer presente que los partidarios de negar la indemnización de todo daño anormal por ser tal, como es el caso de PANTALEON, retroceden en el caso de perjuicios por heridas causadas a personas con predisposiciones fisiológicas, como los hemofílicos⁵²⁹. Argumentan que este caso es diferente a las predisposiciones económicas. El problema es que al haber declarado que el perjuicio irregular por ser tal no se indemniza, esta excepción la funda en razones morales en lugar de jurídicas. Más fácil sería señalar simplemente que los únicos daños anormales que no se consideran en el resarcimiento son los causados por predisposiciones económicas del acreedor, sin perjuicio de la moderación judicial, atendidas las circunstancias del caso.

En tercer lugar, no es justificable interpretar el daño necesario como excluyente de todo daño anormal. Una interpretación amplia del perjuicio directo, excluyendo a todo riesgo anormal, pudo ser entendible en los tiempos en que se analizaba la causalidad sin la debida distinción de sus dos funciones, porque con ello, muchas veces, se evitaba resarcir daños que en realidad no habían sido causados por el incumplimiento o el hecho ilícito. Hoy en día, en que la doctrina de los distintos países efectúa, consciente o inconscientemente, la distinción de las funciones del nexo causal, ya no se justifica mantener el criterio de exclusión a todo daño anormal. Es verdad que todavía tiende a confundirse los problemas del *quantum* con el problema del *an*, como sucede en la concurrencia causal, y ello no sólo en los países del *civil law*, sino también en el *common law*, como lo prueba la argumentación que se dio al caso *Liesbosch*. Sin embargo, ya sentadas las bases doctrinarias que permiten claramente su distinción, no tiene sentido desde el punto de vista teórico no hacerlo y extender el concepto de *consecuencia necesaria* para solucionar problemas que no son realmente propios de la delimitación de la obligación resarcitoria.

También una necesidad práctica reclama la adecuada distinción de las funciones del nexo causal y el abandono del concepto amplio o extensivo de *consecuencia necesaria*. En efecto, un evento dañoso que en parte se

⁵²⁹PANTALEÓN, “Causalidad e imputación”, cit., pp. 1568 y 1591

debe al incumplimiento y en parte a otro factor o causa diversa, puede estimarse que es anormal desde el punto exclusivo del incumplimiento y, en base a la noción amplia del *daño necesario* negar completamente su resarcimiento. En cambio este mismo perjuicio, analizado desde la perspectiva de la doble función del nexo causal, puede determinar su indemnización parcial, desde el momento en que el incumplimiento sólo en parte lo ha causado. De esta forma, se logra una solución más justa, que evita la regla del “*todo o nada*”.

Conviene en este punto aclarar que respecto de los daños sufridos por un acreedor con deficiente situación económica a quién se le incumple una obligación, no puede aplicarse las reglas de la causalidad en su primera función —específicamente la concurrencia causal—, porque ***la predisposición económica no es en realidad una causa del perjuicio, sino una característica del ser sobre el cual se actuó.*** En efecto, con anterioridad al incumplimiento el acreedor ya padecía una mala situación financiera, y para que pueda calificarse de causa se requiere que fuera posterior o concomitante a la falta de prestación debida, caso en el cual sí estaríamos frente a un problema de concurrencia causal⁵³⁰.

Si bien los tribunales españoles han rechazado indemnizar del daño anormal o que no cumple con el requisito de la causalidad adecuada, surge la duda de la verdadera razón que se encuentra tras este tipo de decisiones. En otras palabras, es preciso determinar si la indemnización se niega por tratarse de un perjuicio que normalmente no se produciría por el hecho incriminado o, por el contrario, se debe a que el incumplimiento o el hecho ilícito si bien han intervenido materialmente en su producción, desde

⁵³⁰ En este sentido, SOLEAU, *La prévisibilité du dommage contractuel*, cit., pp. 336, 356 y 357, cita a DEJEAN DE LA BATIE para quien es preciso no confundir la situación en la cual viene a insertarse el hecho dañoso y el encadenamiento causal que le sigue. ***La situación originaria, dato estático, sea normal o no, no tiene ningún efecto sobre el carácter directo o no del daño; lo que refleja el daño indirecto es la intervención de lo anormal, especialmente del azar, en el proceso dinámico de la causalidad, y nada de esto aparece en los casos de predisposición.*** Posteriormente, al referirse al hecho amplificador SOLEAU indica que se percibe la diferencia entre el hecho amplificador y las predisposiciones o particularidad personal de la víctima. El primero realiza una modificación de la situación de hecho anterior que permite un acrecimiento del riesgo, pero no resulta de una maniobra de la víctima, no existe ninguna intervención en su realización, y una víctima no puede ser obligada a responder de ellas porque son de su ser y sólo debe responder de sus culpas y no de los caracteres

un punto de vista jurídico son otras las causas del daño, es decir, se excluye el resarcimiento por no existir el nexo causal en su primera función⁵³¹. Creemos que muchas veces es la segunda razón la que está presente en mente de los juzgadores para excluir la indemnización. Por lo tanto, con la doctrina de la anormalidad, en verdad, se está resolviendo un problema del *an* y no del *quantum resarcitorio*⁵³².

anormales de su ser.

⁵³¹ Por ello, DE CUEVILLAS, *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daño*, cit., 94, comentando la teoría de la causalidad adecuada, dice que los efectos de carácter anormal que se producen no se imputan al agente productor, ***puesto que se considera que no han sido realizados por su acción, aunque en concreto su acción haya contribuido a causar el daño***, es decir, haya constituido una condición sine qua non del daño resultante.

⁵³² Un ejemplo de la aplicación de la causalidad adecuada y de la evitabilidad del daño, para decidir en realidad un problema del *an*, lo encontramos en el caso resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de junio de 2005. Se demandó indemnización por daños causados por un incendio en un local de acceso público (Bar). Se estableció que la causa originaria del siniestro ***fue la conducta de una menor, que prendió fuego a una planta artificial existente en dicho local***. La compañía aseguradora, una vez pagada la indemnización al asegurado y subrogada en la posición del mismo, entabló demanda indemnizatoria contra los padres de la menor que identificó como causante del siniestro cubierto por el contrato de seguro (el incendio de un local que produjo la muerte por asfixia de una mujer). Sin embargo, los dos tribunales de instancia rechazaron la demanda, al negar eficacia causal a este hecho. Ante ello, la compañía aseguradora recurre de casación al Tribunal Supremo, fundado en la violación del artículo 1902 del Código civil y que, en aplicación de dicho precepto, debía imputarse a la menor a título de culpa, la totalidad del resultado producido.

El Tribunal Supremo rechaza el recurso de casación. Para ello parte de la distinción entre la causalidad en el plano de la lógica (condición sine qua non), y desde la perspectiva de la imputación objetiva, en que ya no basta que la causalidad exista lógicamente, sino que se requiera que la actuación del autor sea adecuada para producir el resultado, según las reglas de la experiencia, y en este caso la conducta de la menor no lo es, por la evitabilidad de las consecuencias que se le atribuyen, de haber estado dotado el local de elementos no inflamables, y de haber contado con los necesarios aparatos extintores.

Señaló al efecto el considerando SEGUNDO: ***Ha de tenerse en cuenta que, en el plano de la lógica, la relación de causalidad entre una acción y un resultado se afirma, a posteriori, conforme a la regla conocida como de la equivalencia de condiciones, según la que es causa todo aquello que no pueda suprimirse imaginariamente sin que desaparezca también el efecto (condicio sine qua non). Conforme a ese planteamiento no cabe establecer distinciones entre condiciones esenciales y no esenciales del resultado.***

Sin embargo, para una imputación objetiva, a los fines de declarar la responsabilidad civil del autor, es necesario que la causalidad no sólo exista lógicamente, sino que, además, sea adecuada, en el sentido de que la conducta tienda a producir el resultado según las reglas de experiencia general.

Esa matización jurídica de la causalidad lógica se traduce en la posibilidad de que entre causas concomitantes o cooperantes a la producción de un resultado se pueda establecer una graduación de eficacia, por razón, por ejemplo, de la inadecuación de cualquiera o de la evitabilidad de sus consecuencias inmediatas. E, incluso, en que se entienda que alguna de ellas, por su mayor relevancia o significación, absorbe y elimina la influencia causal de las demás. (RJ2005\4438)

Es evidente que aquí no se resolvió un problema del *quantum*, sino del *an*: se decidió que no había una relación adecuada entre la acción de la menor y el resultado. Además la evitabilidad más que del

Luego, para excluir un daño anormal en su producción, por haber intervenido junto al incumplimiento otras causa concomitantes, no es necesario acudir al criterio *consecuencias necesarias*, sino que debe aplicarse la teoría de la concurrencia causal y determinar la parte de los perjuicios que pueden imputarse al incumplimiento. A la inversa, cuando el incumplimiento afecta a un acreedor que al momento de ocurrir éste ya se encontraba en una difícil situación económica, y debido a esta circunstancia sufre un daño anormal atendida la naturaleza de la obligación infringida, ya no puede aplicarse la noción de concurrencia causal, porque la predisposición de la víctima no puede estimarse causa, y será el momento de acudir al criterio limitativo *consecuencia necesaria o consecuencia inmediata y directa*.

En conclusión, podemos resumir todo lo expuesto en la siguiente idea:

La segunda regla o criterio de la expresión consecuencia necesaria excluye del resarcimiento a todos los perjuicios que no se habrían producido de no haberse encontrado el acreedor en una difícil o deficiente situación económica al momento de producirse el incumplimiento.

Por último, como dato al margen, hacemos presente que en temas de responsabilidad médica se ha utilizado también el concepto de *daño anormal*, pero no para excluir su resarcimiento, sino para reconocerlo en materia de responsabilidad sanitaria. Aquí, obviamente, la expresión *daño anormal* está utilizado en un sentido diferente: como liberación de la carga que pesa sobre el paciente para probar la relación de causalidad y la culpa, cuando la intervención quirúrgica ocasiona un perjuicio absolutamente desproporcionado y no obstante la disponibilidad probatoria por parte del facultativo, éste no aporta antecedentes que permitan descartar el procedimiento médico como causa del daño⁵³³.

perjuicio lo era del hecho ilícito o dañoso (considerando segundo).

⁵³³Por todas, la sentencia de fecha 23 de diciembre de 2003 (RJ2003\914).

IV.- SU APLICACIÓN EN MATERIA EXTRACONTRACTUAL.

El artículo 1.107 se encuentra ubicado en el libro cuarto, título primero, capítulo segundo del Código Civil, relativo a la naturaleza y efectos de las obligaciones. Pero no obstante su ubicación, la doctrina ha discutido con cierta intensidad el campo de aplicación de los criterios de extensión del daño —*previsibilidad y consecuencias necesarias*—, que dicha norma contiene.

Antes de analizar los aspectos discutidos, es útil hacer presente que parece no existir controversia en considerar al artículo 1107 una norma de general aplicación en materia de extensión del daño contractual. Luego, cuando la normativa especial nada disponga al respecto, los criterios de delimitación del *quantum* establecidos en esta disposición son aplicables a los diferentes supuestos de responsabilidad contractual (sin perjuicio, según veremos, de la discusión acerca de si al incumplidor doloso se le aplica o no el principio de las *consecuencias necesarias*). **Se trata, por tanto, de una norma supletoria de regulaciones contractuales específicas**; carácter supletorio que no se limita a los contratos civiles, sino que se extiende a las convenciones de otra naturaleza⁵³⁴.

Aclarado lo anterior, podemos decir que las dudas o discusiones que se existen sobre el campo de aplicación de los criterios delimitadores del *quantum* (*previsibilidad y consecuencia necesaria*) son básicamente tres: si el requisito de la *previsibilidad* es aplicable en la responsabilidad extracontractual; si el requisito *consecuencias necesarias* beneficia al deudor doloso que incumple su obligación; y, por último, si en materia aquiliana tiene aplicación el criterio *consecuencias necesarias*. De los tres problemas

⁵³⁴ Así, por ejemplo, la Jurisprudencia ha señalado que las normas del artículo 1.106 y 1.107 se aplican en materia de compraventa comercial, al no existir preceptos especiales que regulen la extensión del daño para los contratos de naturaleza mercantil, como lo demuestra la sentencia de 31 de Octubre de 1946 (RJ 1946/1.170)

planteados, nos interesa en este momento abocarnos al último. Aunque no es el tema que ha causado mayor discrepancia entre la doctrina y la jurisprudencia —más bien parece aceptarse su aplicabilidad en responsabilidad por hecho ilícito—, de todas maneras es fácil constatar dos posiciones básicas: los que niegan su aplicación en materia extracontractual y los que lo aceptan.

Los que rechazan que el criterio *consecuencias necesarias* pueda ser aplicada en responsabilidad aquiliana, en verdad, estiman que la totalidad del artículo 1107 es extraño a esta clase de responsabilidad. Entre los autores partidarios de esta posición se encuentran O'CALLAGHAN⁵³⁵, PUIG PEÑA⁵³⁶, BORRELL MACIÁ⁵³⁷ y ALBALADEJO⁵³⁸. Este último autor en un principio postulaba la aplicación del 1107 en materia extracontractual⁵³⁹, y es en un reciente estudio que nos da a conocer su cambio de posición, junto a variados argumentos que la sustentan⁵⁴⁰.

Señala ALBALADEJO que en responsabilidad aquiliana rige el artículo 1902, donde no procede excluir el daño *imprevisible* o *imprevisto* así como tampoco se excluyen los daños que no sean consecuencia necesaria del acto dañoso, ya que estas limitaciones son propias de la responsabilidad por culpa contractual. El argumento central de su posición es la ausencia de laguna legal que deba ser llenada en el artículo 1902 del Código civil, ya que en dicha disposición se establece una regulación completa de todo el perjuicio, sin distinguir si el acto es culposo o doloso, y con la única condición que el hecho se ligue al daño por una relación de causalidad.

Se adelanta este autor a un supuesto argumento de sus contradictores, que podrían indicar que en realidad no se trata de llenar

⁵³⁵ O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER, *Compendio de Derecho civil II*, v. 1, Edit. de Derecho Reunidas, 1994, p. 363.

⁵³⁶ PUIG PEÑA, FEDERICO, *Compendio de Derecho civil III*, 1º, 1966, p. 194, nota 65.

⁵³⁷ BORRELL MACIÁ, ANTONIO, *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil*, Bosch, 1958, p. 59.

⁵³⁸ ALBALADEJO, "Los daños indemnizables en la responsabilidad contractual y en la extracontractual o aquiliana", cit., pp 1251.

⁵³⁹ Como el mismo reconoce, en su obra *Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, 10ª edic., Bosch, 1997, p. 526, admitía la aplicación del artículo 1107 en materia extracontractual.

⁵⁴⁰ ALBALADEJO, "Los daños indemnizables en la responsabilidad contractual y en la extracontractual o aquiliana", cit., pp. 1251 y ss.

lagunas del artículo 1902 con la norma del 1107, sino de integrar los principios relativos a la reparación del perjuicio que, en cuanto son recogidos por los artículos 1101 y siguientes, podrían ser invocados en tema de indemnización extracontractual. A esta hipotética argumentación, responde diciendo que los principios contenidos en el 1107 apartado primero (*previsibilidad y consecuencia necesaria*) deben ser excluidos del ámbito aquiliano, porque sin duda son sólo válidos para los daños contractuales. La misma suerte deben correr el principio del apartado segundo —conocidamente se deriven—, aunque por diferente razón, pues no hace falta para nada integrar en los extracontractuales los principios del párrafo segundo, ya que la misma idea se contiene en el 1902, según el cual se debe reparar el daño (luego todo el daño) causado⁵⁴¹.

Hay otro argumento para sostener esta posición, y se encuentra directamente relacionado con el hecho de estimar que el único criterio limitativo para el incumplidor doloso es el establecido en el párrafo segundo del 1107, por lo que el requisito de las *consecuencias necesarias* sería de aplicación exclusiva para el deudor de buena fe. Luego, si este criterio no se aplica al deudor doloso contractual, sería ilógico beneficiar con él al responsable doloso extracontractual; y si se pensara aplicarlo exclusivamente en beneficio del que ha cometido un ilícito en forma culpable (para mantener la igualdad de responsabilidades entre los culposos contractuales y extracontractuales), se establecería al interior de la responsabilidad aquiliana una diferencia entre los deudores doloso y culposo que no está considerada en el texto de la ley y que, a mayor abundamiento, el Código penal en sus

⁵⁴¹ Para ALBALADEJO, lo expuesto constituye un argumento suficiente para excluir la aplicación del criterio *consecuencia necesaria*, y de todo el artículo 1107, en el campo extracontractual, pero da otros diez argumentos de refuerzo, para cuyo análisis nos remitimos a la exposición del autor. Además, en las conclusiones de su trabajo vuelve a reiterar su opinión que aunque el 1107 fuese potencialmente aplicable, quedaría desplazado tanto en su primer párrafo, porque sobre él prevalecería como más específico el 1902, como su párrafo segundo, porque el 1902 cubre también el caso de este segundo párrafo, por lo que el 1107 no hace falta para nada. De este modo, aplicar el 1107 inciso segundo a la responsabilidad extracontractual es perjudicial, porque incluye sólo el daño doloso y no el culposo que quedaría sin responsabilidad porque tampoco se le aplica el 1107 inciso primero. También es inútil, porque si se pretendiese aplicar el 1107 inciso segundo al culposo quedarían claro dos cosas: uno que se sacaría de su marco que es el daño doloso, y otro que para que tanto equilibrio imposible si para que se responda de todo perjuicio por hecho ilícito culposo o doloso, ya está el 1902, sin necesidad del 1107. *Idem*, pp. 1253, 1269, 1270 a 1273.

artículos 109 y siguientes tampoco contempla. Pero, como tendremos oportunidad de explicar, y pese a las dudas que surgen de la redacción tan particular del 1107, estimamos que el criterio del *daño necesario* o *directo* sí se aplica al incumplidor contractual doloso, y con ello cae la fuerza de este argumento.

En la opinión contraria a la sostenida actualmente por ALBALADEJO, podemos subdistinguir dos directrices: los que creen que la totalidad de los criterios del artículo 1107 se aplica en materia extracontractual, incluida la *previsibilidad*, y los que opinan que solo la exigencia de las *consecuencias necesarias* recibe aplicación en la responsabilidad por hecho ilícito. La posición de los primeros será estudiada a propósito del campo de aplicación de la previsibilidad, y ahora nos preocuparemos únicamente de la opinión sostenida por los segundos que —adelantamos—, es la que consideramos correcta.

En verdad, muchos autores no se plantean mayormente que la exigencia de *consecuencias necesarias* no sea aplicable en materia de responsabilidad extracontractual, y lo dan por sentado. La razón —al parecer— en la asociación o identificación de la expresión *consecuencias necesarias* con el nexo causal (sin distinguir si en su aspecto fáctico o jurídico), y de esta forma, resulta aplicable dicha exigencia sin mayor cuestionamiento en materia extracontractual, pues no se concibe la responsabilidad sin causalidad; además así lo exige el artículo 1902 del Código civil cuando habla de *daño causado*⁵⁴².

Otros autores como CARRASCO⁵⁴³ y PANTALEÓN⁵⁴⁴ indican claramente que la expresión en estudio no alude a una mera causalidad material sino a más bien a una de naturaleza jurídica o a un criterio de

⁵⁴² Parece estimar que con la expresión *consecuencia necesaria* se alude simplemente a la exigencia de la relación de causalidad, DE CUEVILLAS, *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daño*, cit., 343, y CASTAN, *Derecho civil español, común y foral*, cit. p. 252. Al decir de SANTIAGO CAVANILLAS MUGICA similar apreciación parece extenderse a la jurisprudencia, *Responsabilidad contractual: causalidad y previsibilidad*, Cuadernos de derecho judicial, Madrid, 1996.

⁵⁴³ CARRASCO, *Comentario al artículo 1.107*, cit. p. 725.

⁵⁴⁴ PANTALEÓN, *Del concepto de daño*, cit., p. 573 y “El sistema de responsabilidad contractual”, cit., pp. 1036 y 1037.

imputación objetiva; pero de todas maneras estiman que ella debe recibir también aplicación en materia de responsabilidad extracontractual.

PANTALEÓN postula la aplicación parcial del 1107 en materia extracontractual. Es de la opinión que el criterio de las *consecuencias necesarias* debe aplicarse analógicamente por resolver un problema idéntico en ambas responsabilidades: decidir cuáles son los daños que pueden retenerse “*jurídicamente causados*” (objetivamente imputables). Diferente es la situación de la *previsibilidad*, regla propia y exclusiva de la responsabilidad contractual que busca determinar los perjuicios, dentro de los objetivamente imputables al incumplimiento, que pueden ponerse de cargo del deudor, “*por incluirse dentro de aquellos contemplados por su voluntad “típica” en el momento de configuración y acuerdo sobre la futura obligación de resarcimiento*”. Agrega que así también lo ha reconocido la doctrina francesa en relación con su artículo 1551 del *Code*⁵⁴⁵. CARRASCO, de manera similar, señala que el criterio *consecuencias necesarias* es igualmente aplicable al daño injusto no contractual, “*toda vez que lo que se pretende averiguar es la serie causal que ha de ser imputada al deudor de resultados del acto ilícito*”⁵⁴⁶.

Respecto a la jurisprudencia, podemos decir que prácticamente no ha existido ningún reparo a la aplicación del requisito de las *consecuencias necesarias* en materia de responsabilidad aquiliana y al parecer, como lo demuestran las sentencias de Tribunal Supremo, se aplica en forma automática sin cuestionarse siquiera su procedencia⁵⁴⁷.

Por nuestra parte, estamos de acuerdo con la idea de distinguir entre la *previsibilidad* y la *necesidad* del daño, y que éste último debe recibir aplicación en materia extracontractual, teniendo también presente que con él no se hace una mera referencia al nexo causal en su sentido material, sino más bien a su aspecto jurídico.

Veremos más adelante que, pese a las dudas interpretativas del 1107, el límite de las *consecuencias necesarias* se aplica al incumplidor de

⁵⁴⁵ PANTALEÓN, *Del concepto de daño*, cit., pp. 574 y 720 nota 92. Ver también “El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)”, cit., p. 1037

⁵⁴⁶ CARRASCO, *Comentario al artículo 1.107*, cit. p. 725.

⁵⁴⁷ En este sentido, sentencia de 16 de julio de 2003, considerando segundo (RJ2003\5143), y sentencia de

buena fe y al doloso. Luego, la situación desde el punto de vista práctico en España es la misma que se presenta en países como Francia y Chile, donde su legislación, eso sí, señala expresamente que la regla es aplicable a todo deudor contractual, y el problema por resolver es si también beneficia a los responsables de un hecho ilícito, ya que estos Códigos, al igual que el español, guardan silencio sobre este punto⁵⁴⁸. Por lo anterior, resultará de gran utilidad revisar someramente las argumentaciones dadas en Francia para acoger mayoritariamente la doctrina y jurisprudencia la aplicación de exigencia *consecuencias necesarias* en la responsabilidad extracontractual.

Pese a existir acuerdo acerca de que el *Code* sólo estableció la exigencia de las consecuencias inmediatas y directa en materia de responsabilidad contractual, la gran mayoría de la doctrina y la jurisprudencia acogen la idea de que el límite del *daño directo* es aplicable igualmente a la responsabilidad aquiliana⁵⁴⁹. En apoyo de esta opinión se dan diferentes razones.

El primer argumento para entender aplicable la exigencia *consecuencia inmediata y directa* a la responsabilidad aquiliana, es estimar que dicha expresión manifiesta la exigencia de un debido nexo de causalidad entre el incumplimiento o el hecho ilícito y el daño. Así lo entienden autores como MARTY, los MAZEAUD, PLANIOL, RIPERT y la generalidad de la doctrina⁵⁵⁰. La opinión minoritaria, contraría a asimilar el *daño directo* con el nexo causal, sería la sustentada por autores como DEMOGUE y ESMEIN, quienes, como partidarios de la teoría de la equivalencia de las condiciones,

11 de noviembre de 2004, considerando tercero (RJ2004\6898).

⁵⁴⁸ Hace excepción en este aspecto el Código civil Italiano, cuyo artículo 2056 reenvía expresamente el criterio de la *consecuencia inmediata y directa* del artículo 1223 a la responsabilidad aquiliana.

⁵⁴⁹ En este sentido, y por mencionar alguno de los autores, MARTY, *La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile*, cit., pp. 702 y 703; MAZEAUD, HENRI y otros, *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil*, cit., pp. 274 y ss., n. 1669 y ss.; PLANIOL y otros, *Tratado práctico de Derecho civil francés*, cit., p. 173 n. 861 y *Traité pratique de droit civil français*, cit., p. 192 n. 861, y LE TOURNEAU, PHILIPPE, *La responsabilité civile*, 3ª Edic., Dalloz, Paris, 1982, pp. 226 y 227, n. 681. Ver también *Code civil annoté par Ed. Fuzier – Herman*, t. 13, Paris, 1936, p. 277

⁵⁵⁰ MARTY, *La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile*, cit., p. 703; MAZEAUD, HENRI y otros, *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil*, cit., pp. 274 y ss., n. 1669 y ss.; PLANIOL y otros, *Tratado práctico de Derecho civil francés*, cit., p. 173 n. 861 y *Traité pratique de droit civil français*, cit., p. 192 n. 861, y. Ver también *Code civil annoté par Ed. Fuzier – Herman*, t. 13, Paris, 1936, p. 277

consideraría a la causalidad una mera cuestión de hecho que no puede ser asimilada a la exigencia del *daño directo*⁵⁵¹.

LE TOURNEAU coincide con la doctrina mayoritaria; pero desarrolla una línea argumentativa diferente. Señala que si la regla del *daño necesario* beneficia en materia contractual incluso a los deudores dolosos, con mayor razón este principio debe guiar la juez en el caso de los delitos y cuasidelitos, los cuales suponen a menudo simples culpas, negligencias o imprudencias. Un deudor de dolo no puede ser tratado mejor que un deudor cuasidelictual, respecto del cual no se ha revelado más que una simple culpa. En caso contrario —agrega—, se haría pesar sobre el autor de un ilícito una serie de daños que no se unen a su hecho más que por una serie de causas indefinidamente prolongadas⁵⁵².

A las anteriores argumentaciones, podemos agregar lo expresado por el propio POTHIER, al finalizar su explicación sobre la indemnización debida por el deudor doloso, al indicar en el número 168 parte final de su *Traité* que estas reglas se aplican tanto al dolo *delinquendo* como *incontrahendo*.

Pero también debe reconocerse que los redactores del *Code* se limitaron a expresar la regla del *daño necesario* a propósito del caso particular del deudor contractual culpable de dolo, y la razón fue que tomaron como modelo la exposición de POTHIER, autor que como sus predecesores desarrolló la teoría de los daños e intereses únicamente a propósito de los contratos, omitiendo dar alguna indicación al respecto de la evaluación de los daños e intereses en los delitos o cuasidelitos. Se trató, en suma de un simple olvido, porque las reglas relativas a los daños e intereses están todas insertas en el título de los contratos, y el *Code* —a diferencia de Italia—, hasta el día de hoy no ha colmado esta laguna y ha prescindido de dar alguna indicación bajo la forma de reenvío, en lo que concierne a los daños e intereses extracontractuales⁵⁵³.

⁵⁵¹ Ver, ESMEIN, PAUL, “Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité”, en *Recueil Dalloz*, 1964, p. 205.

⁵⁵² LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, cit., pp. 226 y 227, n. 681

⁵⁵³ VAN RYN, *Responsabilité aquilienne et contrats*, cit., pp. 69 y 70.

Luego, establecido que en el derecho histórico se consideró el límite del daño necesario o directo aplicables por igual en materia contractual y extracontractual, que su falta de inclusión en materia aquiliana se debió a que los redactores siguieron el modelo de exposición de POTHIER, y que por distracción no se hizo el correspondiente reenvío a la responsabilidad por hechos ilícitos, lógico resulta concluir que la exigencia *consecuencias necesarias* es aplicable en materia extracontractual. En definitiva, se trató de un simple olvido del los redactores del *Code*, como consecuencia de seguir la sistemática de los autores del Derecho pre codificado, y no existe ningún antecedentes de que se haya querido innovar sobre la materia.

En conclusión, tanto por las razones lógicas-sistemáticas como por las razones históricas, extrapolables a los textos que tuvieron al *Code* como fuente de inspiración, ***estimamos que el requisito de la consecuencia necesaria es plenamente aplicable en la responsabilidad extracontractual.***

CAPITULO III

LA PREVISIBILIDAD DEL DAÑO.-

I.- ORIGEN Y FORMACION HISTORICA DEL CRITERIO DE LA PREVISIBILIDAD.-

1.- ANTECEDENTES EN EL DERECHO ROMANO.

Se tiene entendido que los antecedentes de la previsibilidad se remontan al Derecho justiniano, circunstancia que se aprecia al revisar algunos pasajes del Digesto, como el del esclavo evicto que se transforma en conductor de coches de carrera o actor de teatros (D. 19, 1, 43)⁵⁵⁴, y la

⁵⁵⁴ **Digesto 19, 1, 43, parte final y 44:** "*Respecto a los gastos que el comprador hizo al instruir al esclavo, habrá que ver, pues estimo que la acción de compra es suficiente en este supuesto, porque no comprende solamente el precio, sino todo el interés del comprador en que el esclavo no fuese objeto de evicción. Claro que dices que el precio excedió tanto que el vendedor no pudo pensar en suma tan grande (por ejemplo, si supones que el se había vendido muy barato se hizo conductor de coches de carrera o actor de teatro, y luego fue objeto de evicción), parece injusto obligar al vendedor en una gran cantidad.*"

44 (cuando acaso también el mismo es de fortuna mediana, y no debe soportar el riesgo más allá del doble) (Afric., 8 quaest)

Texto en latín: "... Sumtibus vero, quos in erudiendum hominem emtor fecit, videndum est, nam emti iudicium ad eam quoque speciem sufficere existimo; nom enim pretium continent tantum, sed omne, quod interest emtoris, servum non evinci. Plane si in tantum pretium excess.iss.e proponas, ut non sit cogitatum a venditore de tanta summa, veluti si ponas agitatore postea factum vel pantomimum, evictum ess.e eum, qui minimo veniit pretio, iniquum videtur, in magnam quantitatem obligari venditorem".

44 Africanus, 8 quaest. "*quum et forte idem mediocrium facultatum et non ultra duplum periculum subire eum oportet*". Ver, *El Digesto de Justiniano*, cit., t 1, p. 707 y 708, y *Cuerpo del Derecho civil romano, Código*, trad, al castellano del latino por García Del Corral, Ildefonso, primera parte, Instituta-Digesto, Barcelona - España, 1895, pp. 946 y 947.

famosa Constitución Imperial de JUSTINIANO (C. 7, 47, I)⁵⁵⁵, destinada a limitar la cuantía del daño. Pero si bien los autores coinciden en que los primeros antecedentes de la regla en estudio se encuentran en este Derecho histórico, difieren, o tienen opiniones un tanto matizada, en cuanto a los textos específicos que la contienen⁵⁵⁶. En todo caso, como bien señala LEON, en lo que sí existe claridad es en que la Constitución de JUSTINIANO es el gran antecedente de la previsibilidad; pero no tanto por su contenido, sino por la interpretación que de ella hicieron los autores del Derecho intermedio⁵⁵⁷.

⁵⁵⁵ **Constitución 7, 47, I:** "*Como se han llevado hasta el infinito las antiguas dudas respecto a los intereses, nos ha parecido mejor restringir tal prolijidad, en cuanto es posible. Así, pues, mandamos, que en todos los casos que contienen una cantidad o cosa, cierta, como en las ventas y en los arrendamientos y en todos los contratos, los intereses no excedan en manera alguna de la cantidad del duplo; pero que en los demás casos, que parece que son inciertos, investiguen con sutileza los jueces, que se encargan de dirimir causas, para que se restituya el daño que en realidad se infiere, y no se lleve por virtud de ciertas maquinaciones y de inmoderadas alteraciones a inextricables rodeos, no sea que elevándose el computo a lo infinito quede sin efecto por su propia imposibilidad, pues sabemos que es conforme a la naturaleza que se exijan solamente aquellas penas que se profieren con la competente moderación, o que por las leyes se establecen encerradas en ciertos límites. Y esto lo comprende nuestra constitución no solamente respecto al daño, sino también en cuanto al lucro, porque también respecto a éste determinaron los antiguos el interés. Y sea para todos término de la antigua prolijidad, conforme a lo que se ha dicho el contexto de esta constitución*".

Texto en latín: "*Quum pro eo, quod interest, dubitationes antiquae in infinitum productae sunt, melius nobis visum est huiusmodi prolixitatem, prout possibile est, in agustum coarctare. Sancimus itaque, in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, hoc, quod interest, dupli quantitatem minime excedere; in aliis autem casibus, qui incerti esse videntur, iudices, qui causas dirimendas suscipiunt, per suam, subtilitatem requirere, ut, quod re vera inducitur damnum, hoc reddatur, et non ex quibusdam machinationibus et immodicis perversionibus in circuitus inextricabiles redigatur, in infinitum computatio reducitur pro sua impossibilitate cadat, quum scimus esse naturae congruum, eas tantummodo poenas exigere, quae cum competente moderamine proferuntur vel a legibus certum fine conclusae statuuntur. Et hoc non solum in damno, sed etiam in lucro nostra amplectitur constitutio, quia et ex eo veteres id quod interest, statuerunt. Et si omnibus, secundum quo dictum est, finis antiquae prolixitatis huius constitutionis recitatio", en *Cuerpo del Derecho civil romano, Código*, t. II, cit., p. 253 y 254.*

⁵⁵⁶ Así, para PANTALEÓN, "El sistema de responsabilidad contractual", cit., p. 1073 y 1074—, serían el pasaje del esclavo evicto (D. 19, 1, 43), junto al que distingue entre daños intrínsecos y extrínsecos, al tratar el caso del vendedor de vino o trigo que no entrega la mercancía (D. 19, 1, 21, 3) y la Constitución de Justiniano (C. 7, 47, I). CARRASCO, *Comentario al artículo 1.107*, cit. p. 710, por su parte, parece indicar al pasaje del vendedor de trigo o vino (D. 19, 1, 21, 3), aunque debido a que hace un análisis global de los antecedentes del artículo 1107, no se puede saber con certeza si lo identifica con la previsibilidad o la causalidad. Por lo demás, el mismo hace presente este texto fue objeto de diversas interpretaciones y una de ellas es la que establece la no indemnización de los otros daños derivados de una falta de adecuación causal

⁵⁵⁷ LEÓN, *Gravedad de la culpa*, cit. p. 60, 71 y 80, explica que en la elaboración de la teoría del daño previsible, los autores medievales también se basaron en el pasaje del Digesto relativa al esclavo evicto. Así, DUMOULIN relacionó ambos textos para concluir que la limitación establecida en la Constitución era el resultado de concretar la previsibilidad de las partes.

En todo caso, lo importante, más allá de la discusión de los textos específicos, es destacar que en materia de extensión del daño el Derecho justiniano presenta como principal novedad el ***principio de la debida o adecuada moderación***; principio que determina la búsqueda de justo resarcimiento. Para tal fin, se tienen presente las circunstancias del caso concreto, entre ellas, el grado de culpa del deudor y la condición económica de las partes, además de establecer un límite máximo al *quantum* resarcitorio (el doble del valor de la deuda originaria), para evitar que la indemnización asuma dimensiones desproporcionadas.

En estas innovaciones, en especial el de la limitación al doble, se siguen **idénticos criterios a los aplicados en las penas verdaderas**, lo que lleva a RATTI a preguntarse si los justinianos no habrían confundido en algún modo la indemnización con la pena, acercando el primero a la segunda y, en ese caso, se podría hablar de un nuevo régimen de resarcimiento en la fase última del derecho romano⁵⁵⁸. Por lo demás, el acercamiento entre ambas ramas jurídicas no sólo se manifiesta en los criterios que se utilizan para medir la indemnización y la pena, sino que también alcanza a otros aspectos, como es el acogimiento de la resarcibilidad del perjuicio moral⁵⁵⁹.

El Derecho justiniano se caracteriza, entonces, por regular la extensión del perjuicio en base a la gravedad de la conducta del deudor y específicamente en atención a su grado de culpa, lo que en algunos casos determina que deba mitigarse su responsabilidad y en otros, agravarse. Como consecuencia de lo anterior, se declara que el daño evitable debe ser también indemnizado en los casos en que el deudor contractual ha actuado con dolo, mostrando de esta forma una coincidencia con el ordenamiento criminal, donde la mayor gravedad de la conducta agrava la pena del delincuente⁵⁶⁰.

⁵⁵⁸ *Il risarcimento del danno nel diritto justiniano*, cit., p.169 y ss..

⁵⁵⁹ Aceptar la indemnización del daño moral, idea desconocida en el derecho romano clásico, refleja las nuevas ideas justinianas, pues da a la indemnización de perjuicios formas más espirituales, coincidiendo con la acción penal que desde antiguo contemplaba la lesión de meros intereses morales. De esta forma, la indemnización ya no consiste sólo en la prestación del preciso equivalente económico del daño, sino que demostraría que tiene también una función punitiva, *Ibid.*, pp. 186 y ss.

⁵⁶⁰ *Idem*, pp. 189 y 190.

Pero sin duda, **la innovación más importante con relación al grado de culpa del responsable es la distinción entre daño previsible e imprevisible**, que suministra a los bizantinos un criterio favorable para los deudores que no hayan incurrido en dolo. El texto de Paulo (D. 19, 1, 43 y 45) excluye el resarcimiento integral en hipótesis de evicción sufridas por el comprador luego de un mejoramiento extraordinario e imprevisible de la cosa, cuando el incumplidor no haya incurrido en dolo. RATTI hace presente que estamos ante un caso de responsabilidad por evicción, donde el deudor responde aunque esté de buena fe y no pueda atribuírsele negligencia alguna. Se puede hablar, por tanto, responsabilidad objetiva, la que era admitida de mala manera por los justinianeos⁵⁶¹.

Los justinianeos no quisieron darle fijeza al límite de la previsibilidad, sino simplemente suministrar un criterio de decisión, ya que la imprevisibilidad si bien no alterara el nexo causal parece atenuar la gravedad de la conducta del deudor. Se debe buscar entonces los elementos psicológicos de la conducta del incumplidor, que servirán para graduar la imputabilidad y por tanto la responsabilidad, de forma semejante a como se gradúa en materia penal.

Las innovaciones expuestas permiten el tránsito de la integridad del resarcimiento al principio de la adecuada moderación, que persigue un justo resarcimiento, evitando que éste alcance montos desproporcionadamente excesivos.

La Constitución del emperador JUSTINIANO, es también una manifestación de esta nueva orientación. Según se indica en su propio proemio, tenía por objeto poner fin a las dudas que se venían produciendo por falta de regulación adecuada, y evitar que la responsabilidad rebasara determinados límites, convirtiéndose en un castigo excesivamente riguroso.

⁵⁶¹ De hecho, en responsabilidad por evicción en el contrato de arrendamiento se establece sólo en caso de dolo y en la venta, entre suprimir la responsabilidad sin dolo o limitarla, se optó por lo segundo.

Esta decisión que excluye el resarcimiento del daño por mejoramiento imprevisible aconseja también tomar en consideración el haberse vendido la cosa a un precio mínimo y ser el vendedor de modesta condición económica. En otros casos influye la lujosa condición económica del vendedor (L. 40, pr. Ulpiano 43), y se restringe el resarcimiento integral tratándose de grandes perjuicios debido a un lujo inmoderado, manifestándose, de esta forma, JUSTINIANO enemigo de este tipo de excesos, Ibid., pp. 190 y ss.

Por su intermedio, se intentó establecer reglas fijas para la evaluación de daños e intereses debidos por el deudor que no ejecuta su obligación, y para ello distinguió entre lo que denomina casos ciertos e inciertos.

Los casos ciertos se definen como los que contienen una cantidad o cosa cierta, y sin precisar más acerca de lo que debe entenderse por tal, señala algunos ejemplos: la venta, el arriendo y los contratos en general. En estos casos se establece un límite máximo de los daños e intereses que el juez podrá conceder a favor del demandante, y consiste en que la indemnización no puede exceder el doble del valor del objeto debido. Se pretende con esta regulación una transacción entre los dos sistemas de valoración de perjuicios que tradicionalmente había conocido el Derecho romano. Recordemos que en un primer momento existió la avaluación a precio alzado, donde la ley considera como equivalente completo de los daños un múltiplo del precio de la cosa, en especial el doble del valor del objeto. Ejemplo de este sistema se encuentra en la *cautio duplae* en la venta y la disposición de la ley *julia de Adult*. Con posterioridad, aparece el sistema concreto de valoración del daño, en el cual se deja al Juez la misión de fijar en cada caso especial el monto de la reparación. Este último método reemplaza a la de avaluación abstracta del perjuicio; pero el primer sistema no había sido por completo abandonado y en la época clásica se mantenía para un gran número de obligaciones. En la Constitución se combinan los dos métodos: rige la valoración concreta, pero para evitar un eventual abuso, se establece el límite abstracto del doble⁵⁶².

En cuanto a **los casos inciertos**, no era posible limitar la indemnización al doble, porque no había nada que pudiera ser doblado, y la CONSTITUCIÓN se limita a recomendar a los jueces que investigue con sutileza para que se repare el daño que en realidad se infiere.

La CONSTITUCIÓN no fue clara en diversos aspectos, pero en lo que nunca existió dudas fue en su finalidad: establecer un límite fijo del monto indemnizatorio en todos los casos en que ello fuera posible, y de manera

⁵⁶² DUMAS, *Les origines romaines de l'article 1150 du Code civil*, cit. pp. 4 y ss. Ver también IHERING, R. VON, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, versión española por Enrique Príncipe y Satorres, t. 2º, 2ª edic, De Bailly-Bailliere, Madrid, 1895, pp. 229 y nota

especial en los contratos que tenían un objeto cierto. El emperador desea ver la responsabilidad civil encuadrada dentro de límites fijos, lo que sin duda es también un reflejo de la influencia de los principios penales sobre la materia. Pero la norma no fue creada sólo para resaltar principios, sino que buscaba resultados prácticos, como era el limitar las facultades judiciales en la regulación de la indemnización y demostrar una clemencia que incentivara la conclusión de los contratos⁵⁶³.

Ante las críticas sobre un favor excesivo al deudor por parte de JUSTINIANO, RATTI señala que ellas son infundadas, y califica las reformas del emperador como equilibradas. En efecto, junto con las innovaciones a favor del deudor, debe tenerse presente aquellas que significaron una tendencia favorable al acreedor, como fue lo sucedido en tema de nexos causales, donde se aplicaron criterios menos rigurosos y se dio éste por acreditado en hipótesis que los romanos no eran propensos a admitir, como el resarcimiento del lucro cesante, daño considerado típicamente indirecto.

Quizás, la única innovación verdaderamente excesiva sería la limitación al doble establecida por la Constitución; pero ella fue más teórica que práctica, porque en el terreno de las aplicaciones en el mundo bizantino parece ser que fue considerada un principio derogable y, en definitiva, aplicada más como un criterio de decisión. En este sentido, es sintomático que el límite al doble sea desconocido en algunos pasajes del Digesto, los que permanecieron inalterables. Como ejemplo de esto último, tenemos el texto del vendedor de vigas en caso de destrucción del edificio, y el vendedor de una vaca enferma (D 19, 1, 32)⁵⁶⁴.

En todo caso, si bien la regla de la previsibilidad tiene sus orígenes en normas del Derecho romano, el verdadero desarrollo y creación de la teoría de la previsibilidad corresponde a los juristas del derecho común (MOLINEUS o DUMOULIN, DOMAT y POTHIER fundamentalmente), que partieron de

160 misma página.

⁵⁶³RATTI, *Il risarcimento del danno nel diritto giustiniano*, cit., p.170 y ss..

⁵⁶⁴Ibid., p.194 y ss.

textos justinianos, pero llegaron a su configuración mediante una larga reinterpretación y desarrollo de los mismos⁵⁶⁵.

2.- DERECHO COMUN.-

Pese al deseo del emperador JUSTINIANO de poner término a las discusiones sobre la indemnización de perjuicios, lo cierto es que su Constitución carecía de la claridad requerida para una aplicación sin problemas, al punto de ser considerada por glosadores y post glosadores como uno de textos más difíciles. Ella dará lugar a discusiones e interpretaciones, tanto sobre el significado de las expresiones usadas (*certi e incerti*), como respecto a su fundamento e incluso en lo relativo a su campo de aplicación⁵⁶⁶.

En primer lugar, los juristas medievales emplearon un gran esfuerzo en la búsqueda de un criterio distintivo entre los casos certi e incerti a que alude la CONSTITUCIÓN. Los doctores de la Edad media tratarán de descubrir este criterio y lo harán –al decir de DUMAS–, torturando el texto de un modo muy extraño y dando origen a numerosas opiniones más o menos divergentes; pero, lamentablemente, sin que se viera recompensado con una contribución de importancia para la interpretación del sentido de la Constitución. Merece citarse para estos efectos, los aportes de ACCURSIO, REVIGNY y en especial de BARTOLO⁵⁶⁷.

En opinión de ACCURSIO, *el objeto de las obligaciones debe ser considerado de naturaleza cierta, desde el momento en que es determinado in especie o en género de una manera cierta.* Y es incierto cuando ni la cantidad ni la naturaleza de la cosa son ciertas, en especie o en género. Resulta de esta opinión que *ciertos solamente pueden ser las obligaciones de dar* y, por el

⁵⁶⁵ LEÓN, *Gravedad de la culpa*, cit., p. 60, y VINEY, *La responsabilité Civiles. effets.*, cit., n. 319, p.422

⁵⁶⁶ LEÓN, *Gravedad de la culpa*, cit., pp. 61 y 62.

⁵⁶⁷ Para la exposición del pensamiento de estos autores, se han seguido fundamentalmente las enseñanzas de DUMAS, *Les origines romaines de l'article 1150 du Code civil*, cit. pp. 98 y ss., LEÓN, *Gravedad de la culpa*, cit. pp. 60 y ss., y en menor medida LUPOI, *Il dolo del debitore*, cit., pp. 38 y ss. Por ello, a falta de cita expresa, debe entenderse referido a los dos primeros autores.

contrario, serán inciertas las de hacer⁵⁶⁸. Esta opinión, probablemente la más conforme al espíritu de la constitución de JUSTINIANO, fue seguida por numerosos doctores, y en la época de DUMOULIN (s. XVI), era aún adoptada por varios abogados ante los Tribunales. Pero otros jurisconsultos la rechazaron, pretendiendo que no se conciliaba completamente con el texto⁵⁶⁹.

JACQUES REVIGNY rechaza el criterio de ACCURSIO. Indica que es falsa su afirmación de que todas las obligaciones de hacer son casos inciertos, pues se olvida que la propia Constitución coloca obligaciones de hacer entre los ciertos, como son las resultantes de la venta (entregar la cosa y de hacerlo propietario), y del arriendo (procurar al locatario el disfrute de la cosa arrendada). Por ello, REVIGNY propone una solución bastante ingeniosa: *son casos ciertos, todas las obligaciones susceptibles de una estimación común, es decir, las que tienen siempre el mismo valor, cualquiera que sea la persona del acreedor*. Como ejemplo de obligaciones de hacer que tienen una estimación común, señala las de copiar un manuscrito o de construir una casa, donde poco importa la persona del deudor. Al contrario, ingresan en la categoría incierta, todas aquellas a las cuales no se pueda dar una estimación común, porque el valor de la prestación será muy diferente según las personas. Esta teoría tiene el inconveniente de no tener apoyada en ningún texto del *Corpus*, por lo que a los estudiosos de la edad media les parece muy arbitraria para ser retenida.

En opinión de BARTOLO, *son ciertas las obligaciones de dar y también las de hacer cuando estas últimas se incluyan en un contrato sinalagmático, en que el precio prometido o correspondido por la otra parte provoque la cuantificación y, por tanto, la certeza del objeto de la obligación*.⁵⁷⁰ En el fondo, el sistema de BARTOLO es el mismo de ACCURSIO ligeramente modificado para escapar a las críticas de REVIGNY. De esta forma, *para que una obligación sea cierta no se precisa este carácter en la obligación misma, sino que basta que se encuentre en una obligación recíproca*. Así, una

⁵⁶⁸ DUMAS, *Les origines romaines de l'article 1150 du Code civil*, cit. pp. 101 y ss., y LUPOI, *Il dolo del debitore*, cit, p.39.

⁵⁶⁹ DUMAS, *Les origines romaines de l'article 1150 du Code civil*, cit. p. 102.

⁵⁷⁰ LUPOI, *Il dolo del debitore*, cit, p. 40.

obligación de hacer unida a una de dar en una relación sinalagmática, podrá muy bien constituir un caso cierto. La obligación incierta se vuelve cierta por una estimación convencional, y sólo permanecerán inciertas las obligaciones de hacer que no están unidas a una de dar por relaciones sinalagmáticas. Esta interpretación causó en su tiempo un gran revuelo; pero al igual que sus antecesoras no tenían un gran futuro.

Otro tema de inquietud era el fundamento o espíritu de la Constitución. Varios se preguntaron cuáles eran los motivos que habían inspirados al emperador JUSTINIANO. Sin embargo, tampoco se llegó en este punto a resultados muy fecundos. ACCURSIO, aparte de una razón pueril (es más fácil de cumplir una obligación de hacer que una de dar), da una explicación muy simple, pero probablemente la más conforme al espíritu de la ley, y consiste en un motivo de orden práctico: *en los ciertos, se puede fácilmente limitar los daños intereses al doble, lo que no es posible en los inciertos, porque no hay ninguna medida fija que permita limitar los daños e intereses.* Esto es todo lo que ACCURSIO dice respecto al espíritu de la ley, y después de él, BARTOLO y los post glosadores no han hecho nada más.

Los doctores de la Edad media no han superado la letra de la ley; no han buscado la manera de limitar los daños e intereses en los casos inciertos; no se han preguntado cuál sería la competente moderación a que se refiere la Constitución en estos casos; y, en definitiva, se contentan con admitir que en los inciertos se debe la reparación íntegra. En conclusión, ninguno ha descubierto una idea directriz, una teoría sistemática que abrace a la vez a los casos ciertos e inciertos, y que habría permitido resolver los segundos por analogía a los primeros.

Sin embargo, no podríamos calificar de absolutamente inútil sus esfuerzos interpretativos, pues al menos en dos temas han hecho un aporte efectivo: primero, han contribuido en la idea de diferenciar el trato que debe darse al incumplidor según haya o no obrado de mala fe⁵⁷¹; y, en segundo

⁵⁷¹ En el capítulo dedicado a la evolución histórica del *daño necesario*, vimos la teoría de Bartolo que distinguía entre una falta absoluta de ejecución y una mala ejecución, estableciendo únicamente para el segundo caso un trato diferenciado para el de incumplimiento doloso.

lugar, en lo que se refiere al campo de aplicación de la Constitución, la generalidad de los autores concuerda que JUSTINIANO la redactó pensando en los contratos, por lo que solamente se benefician de la limitación del resarcimiento los perjuicios de origen contractual⁵⁷².

A.- LA ORIGINAL APORTACIÓN DE DUMOULIN⁵⁷³

El período histórico vivido por DUMOULIN es de transición de una sociedad feudal a una mercantil. La estructura económica medieval presentaba algunas características que inciden en la indemnización del daño contractual. Entre ellas, podemos mencionar el hecho de tener el intercambio, por regla general, una función de consumo directo, lo que implica que no existan grandes diferencia entre la época de la obligación y la del cumplimiento, por lo que no se produce una divergencia entre el precio pagado y el valor de mercado. A lo anterior, se suma el plazo relativamente breve de la prescripción extintiva (1 año), lo que limita el espacio de tiempo para las variaciones de los precios de mercado. También, al ser, como se ha dicho, el intercambio destinado al consumo, implica una ausencia de un perjuicio distinto al costo de reemplazo del bien, como sucede hoy en día en los intercambios asociados a los proyectos económicos de adquirir mercaderías para revenderlas o producir un nuevo bienes y servicios. En consecuencia, los problemas en materia de transacción de bienes se circunscribían, fundamentalmente, a una eventual privación de los mismos después de entregados, por causa de evicción o vicios ocultos.

⁵⁷² Sin embargo, no era unánime el pensamiento en este sentido. Antes de ACCURSIO, los primeros glosadores habían estimado que las obligaciones delictuales no podían dar lugar a la tasación al doble: los delitos, en razón del dolo, son casos inciertos y se deberá siempre la reparación total, decían. Esta era al menos la opinión de tres de cuatro de los grandes doctores de Bolonia (JACOBO, BULGARO y MARTINO); opinión que fue combatida por ACCURSE y BARTOLO, quienes estimaban que la Constitución podía aplicarse también a los delitos, pues algunos de ellos eran clasificables como casos ciertos. Como ya dijimos, la idea que la Constitución se aplicaba exclusivamente a los contratos sólo triunfa en forma definitiva en el siglo XVI con ALCITA. Ver. DUMAS, *Les origines romaines de l'article 1150 du Code civil*, cit. p. 107 y ss. y LEÓN, *Gravedad de la culpa*, cit., 65 y ss.

⁵⁷³ Como indicamos al referirnos a la evolución histórica de la expresión *consecuencia necesaria*, se ha tenido a la vista la edición veneciana del *Tractatus*, en la cual el autor aparece bajo el nombre de fantasía de GASPAR CABALLINUS.

Por lo expuesto, *el límite al doble y el daño intrínseco representaban la solución natural para los propósitos de los juristas medievales*, porque los perjuicios se articulaban sobre el precio estipulado en el contrato y no sobre la pérdida realmente sufrida como consecuencia del incumplimiento. La limitación al *duplum* es una orientación general para que el monto del resarcimiento no pueda superar la importancia económica del contrato, y en él entran la restitución del precio pagado, los gastos ocasionados por el contrato (siendo relevantes los *droits de mutation* y *deniers a Dieu*), y eventuales mejoramientos del bien. En estas condiciones, podemos decir que el espacio para incluir en la indemnización eventuales fluctuaciones del precio resultaba muy modesto⁵⁷⁴.

Además del advenimiento de la economía mercantil, se debe tener presente que en los años inmediatamente anteriores a la elaboración del *Tractatus* se produjo en Francia una fuerte variación en la curva de precios, conocida como la *revolución de los precios*. Sin duda, ello también tuvo influencia en la búsqueda de un sistema que ampliara el daño susceptible de ser indemnizado por incumplimiento contractual.

En todo caso, lo importante para nuestro estudio es que ***el Tractatus marca una inversión en la tendencia de la ciencia jurídica del siglo XVI***. Es el último heredero de la tradición medieval y, al mismo tiempo, representa el inicio del proceso que da lugar a la sistematización *iusnaturalista* del daño que busca superar los límites de la Constitución. Pero, como obra de transición que es, se mueve siempre, a lo menos formalmente, en el marco y dentro de los límites señalados en el texto normativo (persistencia de los casos *certi e incerti* y límite al doble). Por ello, se dice que el *Tractatus* interpreta la

⁵⁷⁴ A lo anterior podemos agregar **la idea del justo precio** como base de una teoría del justo intercambio, dirigida en especial a desalentar el enriquecimiento individual por medio del comercio. No debemos olvidar que en la prohibición de la usura en la Edad media se fundaba **en la idea de ser ilícito todo lucro que no derivara del trabajo, y que en la disciplina del daño se reflejaba en dos aspectos: a) la diferencia entre equivalencia contractual y equivalencia de mercado, inducida por variaciones de precios sucesivas al acuerdo, son percibida como un lucro sin justificación** (no deriva del trabajo ni de las mejoras por transformación de la cosa, ni de la diversidad del lugar de producción ni justificada por un mínimo riesgo), que por realizarse en la absoluta inercia de los adquirentes es considerada por los canonistas medievales con el carácter de usura, y **b) se estimaba que el lucro futuro traba de garantizar una ganancia que justamente, por ser futura, no suponía el desgaste inmediato del trabajo**. Ver BARCELONA, *Inattuazioni dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit., pp. 55 y ss. Ver también del mismo autor y obra, el Capítulo II, pp. 23 y ss., de donde se ha obtenido la información sobre el proceso histórico y jurídico vivido por DUMOULIN.

Constitución imperial alejada de su sentido verdadero y más cercano a las necesidades de los nuevos tiempos⁵⁷⁵.

Desde el punto de vista jurídico, al llegar el siglo XVI la Constitución de JUSTINIANO se había interpretado en el sentido que sólo se aplicaba a los perjuicios derivados de incumplimiento contractual, y en caso de incumplimiento defectuoso o inexacto, su normativa sólo beneficiaba a los deudores de buena fe. Quedaban en consecuencia dos problemas por resolver: 1) La razón que justificaba en los casos *certi* la limitación al doble y 2) la regla o criterio que se aplicaba en los *incerti*. Precisamente, para buscar una clave unitaria que permitiera solucionar ambos problemas, CHARLES DUMOULIN formuló su teoría de la previsibilidad del daño⁵⁷⁶.

Nuestro autor, junto con abordar estos problemas sin resolver, critica las teorías hasta ahora propuestas y propone una nueva interpretación para distinguir los casos ciertos e inciertos, *interpretación que conlleva la finalidad de ampliar el campo de aplicación de los segundos*. Aunque en un primer momento, DOMOULIN parece referirse a las cosas ciertas simplemente como aquellas que permiten ser dobladas, la verdad es que su criterio es mucho más sutil, pues indica que ***el requisito de la certa quantitas vel natura no se refiere al contrato, sino al objeto específico de la obligación resarcitoria***, a las particulares circunstancias en las cuales ella se origina, y aclara que la obligación de indemnizar no deriva ni del incumplimiento ni de la privación del bien, sino de *la presencia de un daño*.

La importancia de estas distinciones es que en el incumplimiento y en la evicción la causa *ex qua oritur haec obligatio ad interesse* viene identificada con la falta de entrega o privación, y confiere a la obligación de resarcimiento un objeto específico de cantidad y naturaleza cierta. En cambio, *en la entrega de un bien viciado, la causa de la obligación de indemnizar es el peligro que un bien no idóneo se introduzca en la esfera del patrimonio del adquirente*, de manera que el objeto específico de esta obligación no sería de naturaleza cierta, estaría representado por la *praesens, previsum, expressè vel*

⁵⁷⁵ DUMAS, *Les origines romaines de l'article 1150 du Code civil*, cit. p. 16, y BARCELLONA, *Inattuazioni dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit. pp. 39 y 40.

tacitè susceptum periculum, cuya medida y extensión no puede ser exactamente determinada a priori⁵⁷⁷.

Se dice que este nuevo criterio para distinguir los casos ciertos e inciertos era eminentemente práctico, y no tendría gran proyección, porque la tasación al doble en los casos ciertos caería en desuso⁵⁷⁸. No obstante ser cierto lo anterior, creemos que la interpretación de DUMOULIN tuvo un efecto inmediato importante para la época en que se elaboró y una consecuencia jurídica que debería trascender su tiempo. Por un lado y como necesidad inmediata, **permitió superar el límite al doble que establecía la CONSTITUCIÓN** y de esta forma conceder una mayor indemnización, finalidad que obviamente pierde importancia cuando cae en desuso la ley de JUSTINIANO y la distinción entre casos ciertos e inciertos. Pero lo que no pierde vigencia es la otra consecuencia: **se confiere relevancia jurídica al nexo funcional entre la prestación y su particular utilización económica por parte del acreedor**, relevancia que va inserta en el concepto de previsibilidad⁵⁷⁹. Volveremos sobre este punto al tratar de la previsibilidad en los casos inciertos.

Establecida la nueva interpretación formulada por DUMOULIN para distinguir los casos ciertos e inciertos, se deben analizar las razones que se dan para justificar en los ciertos la limitación al doble, entre las que destaca **la previsibilidad**. En el Derecho común no se hablaba de previsibilidad ni se conocía el problema de la causalidad del perjuicio. Se partía de los textos romanos y se aplicaba la dicotomía entre daños extrínsecos e intrínsecos. Es DUMOULIN quien primero suministra la fórmula del *daño previsible*, la que posteriormente se racionaliza como regla definitiva por DOMAT y POTHIER⁵⁸⁰.

Parte, como alguno de sus predecesores, remontándose al espíritu de la ley y busca los motivos de su decisión y se pregunta por qué en los casos

⁵⁷⁶ LEÓN, *Gravedad de la culpa*, cit, pp. 66 a 68.

⁵⁷⁷ BARCELLONA, *Inattuazioni dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit, pp. 40 y 41; LUPOI, *Il dolo del debitore*, cit, pp. 45 y 46, y DUMAS, *Les origines romaines de l'article 1150 du Code civil*, cit., pp. 110 y ss.

⁵⁷⁸ DUMAS, *Les origines romaines de l'article 1150 du Code civil*, cit, pp. 111 y 112.

⁵⁷⁹ BARCELLONA, *Inattuazioni dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit, p. 42.

⁵⁸⁰ CARRASCO, *Comentario al artículo 1.107*, cit. p. 713

ciertos se había limitado la indemnización al doble; pero llega a una mayor profundidad que autores anteriores (como ACCURSIO y BARTOLO). Para comprender mejor los motivos a que llegó DUMOULIN, es necesario tener presente que en la Edad media regía la concepción según la cual los daños comprendían dos elementos: uno denominado **interés intrínseco**, equivalente al valor de la obligación no ejecutada; y un segundo elemento representado por el valor de los demás perjuicios causados al acreedor por el incumplimiento, indemnización accesoria a la cual los glosadores le dieron el nombre de **interés extrínseco**⁵⁸¹.

DUMOULIN se propone dar las razones porque el interés extrínseco no debe exceder el valor del objeto de la obligación no ejecutada y llega a encontrar **ocho motivos** que justifican el criterio adoptado en la Constitución. Parte diciendo que se trata de una pena y la pena no debe exceder de la culpa —recordemos la orientación del Derecho justiniano hacia los criterios penales—, y como elemento accesorio no debe sobrepasar lo principal. Del Derecho romano obtiene numerosos argumentos analógicos en apoyo de la idea que lo accesorio no puede sobrepasar lo principal. Así, en materia de préstamo se establece que un capital aumentado por sus intereses no puede sobrepasar al doble (D, 12,6; 26, 1), y en materia de evicción, el vendedor no puede ser obligado a más del doble del precio de la cosa (D. 19, 1, 44). **En resumen, estima que la equidad no desea que se llegue a un daño mayor que lo que vale la cosa.**

Pero no se contenta con las razones obtenidas del *Corpus*, e invoca el interés general no solo en los contratos, sino en todos los actos de la vida civil en que existe la necesidad de limitar los daños intereses de una manera conveniente, a fin de abreviar y disminuir los procesos, resultado que se consigue por esta ley. Continúa con su razonamiento y **en su séptimo motivo nos da el argumento del daño previsto**. Parte refiriéndose a las consideraciones de la solidaridad social inspiradas en la caridad cristiana,

⁵⁸¹ DUMAS, *Les origines romaines de l'article 1150 du Code civil*, cit, pp. 18 y ss., y LEÓN, *Gravedad de la culpa*, cit, pp. 67 y ss..

comparando la humanidad como una sociedad de vida común, donde existen numerosos inconvenientes que deben afrontarse en conjunto, ya que, inversamente, las ventajas de esta sociedad también les son comunes. Agrega que si bien un individuo, al no poder cumplir sus obligaciones en forma oportuna, causa un daño a otro, no resultaría equitativo obligarlo a reparar la totalidad del perjuicio que puede exceder con mucho el valor del objeto de la obligación y puede sobrepasar todo lo que él ha podido prever (*quidquid praevideri potuit*)⁵⁸².

De esta manera, **la teoría del daño previsible surge al mundo jurídico como una de las razones para limitar, en los casos certi, la indemnización al doble del valor del objeto de la obligación**, basado en la presunción de que las partes no han podido pensar que podría superarse este límite⁵⁸³. ¿De dónde tomó DUMOULIN la idea de que la tasación al doble es el resultado de la previsión de las partes? Se responde que, al parecer, en forma consciente o inconsciente, fue obtenida del texto del Digesto referido al esclavo evicto (D. 19, 1, 43 - 44), y prueba de ello sería que ciertas expresiones de su obra parecen tomadas de él⁵⁸⁴.

Reformulada la distinción entre casos ciertos e inciertos y descubiertos los motivos que subyacen detrás de la limitación al doble en los primeros, quedaba por desentrañar la regla o criterio que se aplica a los inciertos. Específicamente, se debía encontrar para la *adecuada moderación* una regla precisa y segura de medición de los daños, que terminara con las injusticias e inequidades existentes hasta el momento. **Ello se logra**

⁵⁸² *Septima, quia communis vitae societas pleraque habet incormmoda, quia cornmunia esse debent, et invicem congrue supportari, quemadmodum et cornmoda ejusde. societatis cornmunia sunt. Cum igitur ex necessaria cornmunicationis praesertim contractuum frequentia saepe accidat alteri tempestive non implere, vel damnum aliquod inferre, Sive dolo malo, sed praeter praepositum, quadam sive culpa, Sive oblivione humanitus obrepente, vel eorum quorum quis opera utitur dolo, vel culpa vel etiam fortuito et inopinato casu in suam personam contingente, nec sit aequum ad vivum resecaere, ut semper teneatur ad omne alterius damnum, quod potest longe rem principalem et quid quid praevideri potuit transcendere ..., bonum et decens fuit hanc legem, quae Surnmam habet mediocritatem et aequitatem statuere. Tractatus n° 57, p. 24. Ver también DUMAS, *Les origines romaines de l'article 1150 du Code civil*, cit, p. 114, y LEÓN, *Gravedad de la culpa*, cit, p. 70.*

⁵⁸³ DUMAS, *Les origines romaines de l'article 1150 du Code civil*, cit, p. 114, y LEÓN, *Gravedad de la culpa*, cit, p. 70. También DOMÍNGUEZ HIDALGO, *El daño moral*, cit., p. 494.

⁵⁸⁴ DUMAS, *Les origines romaines de l'article 1150 du Code civil*, cit, pp. 21 y ss., y LEÓN, *Gravedad de la culpa*, Cit, p. 71.

unificando los casos certi e incerti bajo la regla de la previsibilidad, que es utilizada como razón de la delimitación de los daños.

DUMAS es de la opinión que la teoría de la previsibilidad se formula en forma incidental y casi por azar, afirmación respecto de la cual mantenemos nuestras dudas, porque si así hubiese sido, es probable que ella no se hubiere extendido a los inciertos. En realidad, **pensamos que la teoría de la previsibilidad obedeció a una premeditada reflexión destinada a enlazar los casos ciertos e inciertos.**

Entre los motivos de la ley formulados por DUMOULIN hay varios aplicables exclusivamente a los ciertos, pero hay otros que pueden también ser extendidos a los inciertos. En los primeros, como vimos, la indemnización que se añade al valor del objeto de la obligación no debe exceder del valor mismo de este objeto, porque ella corresponde al máximo del daño que las partes han debido prever. En los inciertos, de manera similar, se indica que no se debe sobrepasar los límites del riesgo que el deudor ha previsto poner de su cargo, y se toma la precaución de precisar que la asunción del mencionado riesgo puede también ser implícita (*previsum, &expressè vel tacite susceptum periculum*). Con ello se legitima la extensión del resarcimiento no sólo al daño efectivamente previsto, sino también al perjuicio previsible⁵⁸⁵.

El motivo de la Constitución —nos señala DUMOULIN—, es el odio a las complicaciones sobrevenidas por las cuestiones que se unen a los daños e intereses, lo que conduce al legislador en los casos ciertos a establecer una tasación de perjuicios conforme a las previsiones presumidas de las partes, y en los inciertos se inspira en la equidad y en el espíritu de la ley, espíritu este que consiste, precisamente, en medir los daños de acuerdo a lo que los contratantes han podido prever en el momento de la conclusión del contrato (*qui verisimiliter apparebant tempore contractus*)⁵⁸⁶.

⁵⁸⁵ BARCELLONA, *Inattuazioni dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit, p. 43; DUMAS, *Les origines romaines de l'article 1150 du Code civil*, cit, p. 116, y LEÓN, *Gravedad de la culpa*, Cit, p. 72.

⁵⁸⁶ *Et licet praesulae quinque priores decidendi rationes magis respiciant primum quam secundum leg. responsum, tamen etiam secundo resp. quadam analogia conveniunt. Ut.n. quando casus interesse speeificum habet objectum certae quantitatis vel naturae, non debet illud excedere, ita quando habet obiectum incertae naturae (non dico nullum vel dubium) sed cuius initio non est determinata, nec perceptibilis certa quantitas, vel natura adhuc etiam in his casibus incertis non debet quod extrinsecus interest excedere fines obiecti, qui verisimiliter apparebant tempore*

De todo lo dicho, podríamos concluir que nuestro autor obtuvo la clave que permite unificar los casos ciertos e inciertos, bajo un mismo parámetro de medición de daños: la previsibilidad. Sin embargo, no podemos suscribir por entero esta conclusión, porque en nuestra opinión, la misma denominación de un criterio no debe llevarnos a aceptar sin más que estamos ante igual regla para ambos casos. Por el contrario, atendiendo a si actúa en los casos ciertos o inciertos, pensamos que la previsibilidad tiene una diferente función, según pasamos a explicar.-

En los ciertos, la previsibilidad está dirigida a justificar o explicar la razón del monto máximo fijado por la ley como indemnización del perjuicio, sin importar el tipo o la clase de daño a resarcir. Para utilizar la terminología de la doctrina actual, podemos señalar que esta previsibilidad mira al monto del perjuicio y no a su clase. Esta previsibilidad no cumple ninguna función operativa en la medición del daño, es decir, no es un criterio de delimitación, sino simplemente una figura explicativa de la verdadera regla establecido por la Constitución: el límite al *duplum*.

Por el contrario, **en los casos inciertos la previsibilidad no es simplemente una figura explicativa sino que es el criterio mismo**, que viene a dar contenido a la *debida moderación*. En este caso, su función es permitir la indemnización de todos los daños, independientes de su cuantía, que puedan producirse por la destinación dada al bien objeto de la contratación.

Para comprender mejor lo anterior, debemos recordar que en el pensamiento de DUMOULIN estamos ante un caso incierto cuando se entrega un bien viciado, y su introducción en el patrimonio del adquirente es la causa de los perjuicios. Por ello, estos daños no pueden medirse *a priori*, sino que dependen, en cada caso, de la potencialidad nociva que la defectuosidad de la

contractus, siue limites periculi, vel casuss praevisi, & tacitè suscepti non debent excedi. Ut enim ratio decidendi totius 1. est odium immensitatis, & perplexi circuitus quaestionum & tricarum infinitarum eius, quod interest, ita parrticularís ratio limitationis in casib. certis est, quia verisimiliter non fuit praevisum, nec cogitatum de suscipiendo maiori damno, vel periculo ultra rem principalem, .quam sit res ipsa principalis... Tractatus n° 60, pp. 24 y 25. Ver también LUPOI, Il dolo del debitore, cit, pp. 103 y 104.

cosa entregada implica para el patrimonio de cada acreedor, y del riesgo que en este sentido haya asumido el deudor, expresa o tácitamente⁵⁸⁷.

Los propios ejemplos de DUMOULIN, nos ilustrarán lo expresado.

El caso del fabricante de tinajas defectuosas. El número 49 del *Tractatus* señala: “*En el caso que el fabricante de vasijas o tinajas las venda o alquile para recibir y conservar esencias, vino u otro líquido y éste se derrame por vicio de las mismas, queda obligado, más allá de la remisión o restitución del precio o de la renta, en la cantidad en que se estime lo que ha perdido, aunque exceda en diez o treinta veces al precio o venta del vaso. Y ello a pesar de que el arrendador no se hallase en dolo, sino fuera simplemente ignorante; y aunque no hiciera afirmaciones expresas acerca de la integridad del vaso*”⁵⁸⁸.

Como se aprecia, el perjuicio se produce por la defectuosidad del bien vendido, que en el pensamiento de DUMOULIN es un caso incierto, donde no rige la limitación al doble, circunstancia que se encarga de dejar en claro al indicar, no sin cierta exageración, que se debe indemnizar el valor de las sustancias derramadas “*aunque exceda en diez o treinta veces al precio o venta del vaso*”. Se trata de un perjuicio en el cual incide *la destinación económica* que el acreedor dé al bien. El monto del daño puede ser absolutamente imprevisto para el deudor, pero no lo será su destino, que es lo que aquí importa.

Caso del tonelero que ha fabricado los toneles para sidra o cerveza y el comprador introduce vino. Se han vendido tinajas para que

⁵⁸⁷ Evidentemente, el diverso trato dado a los casos inciertos, tiene una muy débil base teórica (el diferente objeto específico de la obligación de resarcimiento). Históricamente la interpretación de DUMOULIN es la única posible, ya que la unificación en el tratamiento de estas dos series de hipótesis que conduciría en el hecho a la eliminación de la distinción entre casos ciertos e inciertos, y supondría la completa superación de la disciplina justiniana, sólo se concretaría a fines del siglo siguiente. Ver. BARCELONA, *Inattuazioni dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit, p. 44

contengan sidra o cerveza y, evidentemente, el vendedor ha asumido ese riesgo; el problema es que el comprador introduce vino, y las tinajas no preparadas para contenerlo se rompen y se derrama su contenido. Es evidente que no se responderá de la pérdida del vino; pero surge la pregunta: ¿se deberá pagar al menos el valor de la sidra o la cerveza?

La respuesta es que debe distinguirse. Si los toneles eran aptos para recibir la sidra o cerveza, nada deberá el vendedor y la culpa de los daños es exclusiva del acreedor. Por el contrario, si no eran aptos ni siquiera para recibir esos líquidos, y a pesar de que la causa de la ruptura ha sido una diferente a la tácitamente prevista (introducción del vino), y que el comprador está en culpa, el tonelero de todos modos será obligado a reparar los perjuicios hasta la concurrencia del riesgo que él ha previsto y tácitamente asumido. En el ejemplo, deberá indemnizar hasta el valor de la sidra o de la cerveza. La razón de esta decisión es que la culpa del comprador no purga la del vendedor al fabricar mal sus tinajas, y la condición del tonelero no debe ser ni mejor ni peor que si se hubiese introducido sidra o cerveza⁵⁸⁹.

Este caso resulta también sumamente interesante y, pese a la aparente similitud, es muy diferente del anterior en sus supuestos de hecho y en la conclusión a la que arriba. A primera vista puede también parecer un caso más bien de laboratorio, pero en realidad no lo es: los tribunales ingleses tuvieron la oportunidad de resolver una situación muy semejante en *Cory v. Thames Ironworks and Shipbulding Co. Ltd.* (1868)⁵⁹⁰.

La diferencia con el supuesto de las tinajas, anteriormente relatado, es que aquí el daño concretamente sufrido por el acreedor era absolutamente

⁵⁸⁸ La traducción del caso se obtiene el trabajo de MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL, “El dolo como criterio de imputación de responsabilidad del vendedor por defectos de la cosa”, En *ADC*, t. XXXV, f. III, Madrid, 1982, p. 661

⁵⁸⁹ DUMOULIN, *Tractatus*, cit., pp. 24 y 25 N° 60 *in fine* y 61, citado por DUMAS, *Les origines romaines de l'article 1150 du Code civil*, cit, p. 117, y LEÓN, *Gravedad de la culpa*, cit, p. 73.

⁵⁹⁰ La demandante entregó un casco de una determinada embarcación (una grúa flotante) con 6 meses de retraso. En atención a la actividad profesional del demandante se esperaba que se utilizase para almacenar carbón y la ganancia dejada de obtener habría sido de 420 libras. Sin embargo, el actor proyectaba utilizarlo como un método revolucionario de transferir carbón de los barcos carboneros a las gabarras, y las ganancias que dejó de obtener se elevaron a 4.000 libras. La indemnización se fijó solo en 420 libras. Aquí, al igual que en el ejemplo de DUMOULIN, el daño real fue imprevisto, pero se concede una indemnización, cuya cuantía se fija en atención al perjuicio previsible, con independencia de que el daño específico no se haya sufrido y probablemente ni siquiera se alegó.

imprevisto e imprevisible, pues las toneles no se vendieron para almacenar el tipo sustancias derramadas y pérdidas (el vino). Por lo mismo, podría haberse razonado que al ser imprevisto e imprevisible el perjuicio, no procedía el resarcimiento. No fue así, y se decide conceder una indemnización, pero limitada al valor de los líquidos a que estaban realmente destinados los toneles. En definitiva, nos encontramos ante una reparación acorde con la destinación del bien, la que era previsible y asumida como riesgo por el deudor.

En conclusión, si se utiliza el objeto adquirido en un fin distinto al asumido por las partes, se produce un daño imprevisto que no es indemnizable; sin embargo, el adquirente puede ser resarcido por el equivalente a un perjuicio que nunca sufrió, pero que habría padecido de haber empleado el bien en la destinación efectivamente asumida por las partes y que constituía el riesgo aceptado por el deudor. De esta forma, el acreedor puede obtener el equivalente a un perjuicio de menor entidad, que en verdad nunca ocurrió, pero que de haber sucedido habría sido previsible.

Efectuadas todas estas elucubraciones sobre el trabajo interpretativo desplegado por DUMOULIN acerca de la Constitución, podemos entender mejor las palabras de BARCELLONA, cuando nos dice que la operación principal cumplida por el autor del *Tractatus* **es una ampliación del área del daño resarcible estrechamente coordinado a los problemas de los cambios y de la responsabilidad contractual**. En verdad, su objetivo fue doble: por un lado *superar el límite rígido del duplum reduciendo los supuestos de los casos certi* y por otro, *extender la tutela resarcitoria del daño extrínseco a los perjuicios que, más allá de la privación del bien debido, el acreedor sufre en sus negocios y en su patrimonio como consecuencia del incumplimiento*⁵⁹¹.

En relación con esto último, tampoco debemos olvidar lo señalado al estudiar la formación histórica del criterio *consecuencia necesaria*, en el

⁵⁹¹ Así es por lo menos, según BARCELLONA, en los casos en que el nexo entre el bien y su utilización se manifiesta en un nexo material de causación entre el incumplimiento cualitativo y el perjuicio, *Inattuazioni dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit, p. 44.

sentido de que en los incumplimientos dolosos no se aplican los límites de la Constitución.

En suma, la finalidad de DUMOULIN, que se mantuvo formalmente dentro de los límites del texto legal, fue realizar la mayor ampliación posible del daño que se debía indemnizar ante un incumplimiento contractual.

Para lograr lo anterior, se valió de diversos instrumentos: amplió los casos en que se pueden considerar dolosos los incumplimientos; reformuló los conceptos de casos ciertos e inciertos, con la finalidad de restringir los primeros y ampliar el campo de aplicación de los segundos; y, por último, lo más importante para nuestro estudio, **dio contenido a la fórmula *adecuada moderación*** —utilizada por la Constitución para regular la extensión del daño de los casos inciertos—, **mediante el criterio de *la previsibilidad***, entendida en el sentido de responder el deudor de todos los perjuicios que sean consecuencia del riesgo asumido y que se produzcan al introducir el bien en el patrimonio del acreedor, riesgo que se determina según la naturaleza o destinación bien contratado.

Desde el año 1555, en que fue publicado el *Tractatus*, hasta el año que dio la luz el *Traite des Obligations*, de J.R. POTHIER, la obra de DUMOULIN cayó en el olvido. Para explicar lo anterior se dan diversas razones. La más común es que fue redactada en un latín difícil y confuso. También se indica la hostilidad en contra del autor por razones políticas y religiosas, pues era un pensador independiente, amigo de CALVINO y sospechoso de haber abrazado la religión reformada; circunstancias que, como ya se sabe, llevaron incluso a publicar la edición de su obra del año 1584 bajo el nombre de GASPAR CABALLINUS. Por último, se indica como otra razón del olvido, el ser DUMOULIN en su formación cultural un Bartolista atrasado, que basó su *Tractatus* en la utilización inmediata y directa del Derecho romano, en circunstancias que ya en su tiempo la ciencia jurídica desarrollaba una actitud antibartolista y de carácter nacionalista en cuanto al derecho aplicable en territorio francés⁵⁹².

⁵⁹² LEÓN, *De nuevo sobre el art. 1107 del código civil*, cit., p. 137 nota 7; LUPOI, *Il dolo del debitore*, cit, pp. 61 y ss., y BARCELLONA, *Inattuazioni dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit, pp. 78 y ss.

B.- LOS TRES SENTIDOS DE LA PREVISIBILIDAD EN DOMAT.

DOMAT marca un claro cambio de tendencia con respecto a DUMOULIN, y la mayor demostración de lo anterior es que no elabora su obra sobre la base de la Constitución de JUSTINIANO, ya en desuso en su tiempo. Es más, manifiesta abiertamente su rechazo hacia ella, pues, en su opinión, no resuelve las dificultades propias que dice estar llamada a solucionar, conduce a decisiones muchas veces injustas y no está en los usos del derecho francés. Agrega que en su origen estaba el deseo de JUSTINIANO de limitar los intereses usurarios, motivación que ya no existe⁵⁹³. Todo lo anterior, unido al difícil latín en que fue redactado el *Tractatus*, hace pensar a que DOMAT ignoraba totalmente la construcción teórica de DUMOULIN realizada sobre la base del texto de Justiniano⁵⁹⁴.

Pero haya o no conocido la obra de DUMOULIN, lo que sí es cierto es que DOMAT también manejó el término previsibilidad, y no sólo, como comúnmente se dice, confundiéndolo con la causalidad. En verdad, da en su obra tres sentidos o significados diferentes a la expresión previsibilidad: como criterio que permite determinar a priori los daños que se causarán, según sea la naturaleza de la obligación incumplida; como principio que fundamenta la moderación de la responsabilidad, en el caso de responsabilidad por evicción; y, también, confundida con la regla de las *consecuencias necesarias*.

⁵⁹³ Para fundamentar la idea de que el texto de Justiniano a menudo no hará justicia a los que sufren los daños, y no está en sus usos, DOMAT señala dos razones: primero, el hecho de no distinguir los casos donde hay mala fe de donde no lo hay, y segundo, porque no hay razón de suprimir una indemnización legítima en los casos que se trata de una cantidad cierta y en los contratos, dando como ejemplo el caso de un arrendatario de una casa que paga 100 ecus de arriendo y con total negligencia falta a las reparaciones debidas y esto causa un daño de más de mil libras, o si la casa fue quemada por su causa, no sería justo que fuera liberado con una indemnización equivalente al monto de su arrendamiento, y ni aún que esta fuera por el triple. Vid. DOMAT, *Les loix civiles*, cit., libro III, título V, pp. 263 y 264

⁵⁹⁴ DUMAS, *Les origines romaines de l'article 1150 du Code civil*, cit, p. 121.

a.- La previsibilidad como criterio de extensión del daño.

Para DOMAT la indemnización es de dos tipos: **intereses** y **daños e intereses**. Con los primeros, hace referencia a la indemnización que es debida por el incumplimiento de pagar una suma de dinero. Con la expresión *Daños e intereses*, en cambio, se hace alusión a los perjuicios derivados del quebrantamiento de cualquier otro tipo de obligaciones. Como ejemplos de estos últimos, indica el caso del locatario que no hace las reparaciones a que está obligado y los daños causados por un crimen o delito⁵⁹⁵. Se diferencian ambas categorías, porque los perjuicios que pueden sufrir las personas a quienes no se les paga una suma de dinero son *siempre uniformes y fijados por la ley*. En cambio, los *daños e intereses* son de naturaleza indefinida, pues se extienden o limitan de acuerdo a la prudencia del juez, y según la calidad del hecho y las circunstancias.

Se pregunta DOMAT la razón de esta diferencia, es decir, porqué los *intereses* son fijados y los *daños e intereses* son indefinidos. Responde que ello se debe a que ***de la falta del pago de una suma de dinero puede surgir una gran diversidad de perjuicios***, pues cada acreedor tendrá derecho de hacer la estimación del perjuicio que él puede sufrir (la venta de un bien y la ruina, la pérdida de una casa, la pérdida considerable de su comercio, etc.). *Esta diversidad se debe a que el dinero no tiene un uso particular y determinado, como sí lo tienen las otras cosas*; sino que puede tener distintos usos según las diferentes maneras de emplearlo y según las necesidades particulares de cada uno. Es por esta razón que la ley está obligada a fijar una indemnización uniforme, rechazando esta multitud infinita de diferentes liquidaciones.

Los *daños e intereses*, en cambio, nacen de un compromiso que distingue o señala el perjuicio que se podrá deber. DOMAT nos da el ejemplo del arrendatario que asume el compromiso de efectuar las reparaciones de la casa arrendada. Aquí, el contrato señala precisamente que él se obliga a estos

arreglos para conservar el inmueble en buen estado, y si incumple deberá reparar los daños que se ocasionan y deberá colocar la casa en el mismo estado que estaba cuando fue arrendada. Nos da también el ejemplo del empresario de construcción, donde el contrato celebrado indicará la calidad de la obra que debe entregar y el hecho de responder de los defectos de los materiales por él suministrados. De lo expuesto, queda claro que **estos compromisos o contratos permiten determinar la clase de perjuicio que el deudor podrá deber**, a diferencia de las obligaciones de dinero en que no se puede predicar ninguna relación precisa con algún daño particular y determinado⁵⁹⁶.

En resumen, en todas las obligaciones que no consisten en pagar una suma de dinero, **el conocimiento de la naturaleza de la obligación contraída les permite a las partes conocer no solo el alcance de sus compromisos, sino también prever los daños a que estarán obligados por su incumplimiento**, sin que pueda el infractor señalar que los perjuicios sufridos por la contraparte son debidos a casos fortuitos que él no podía anticipar. En suma, en la obligación contraída se encuentra el justo fundamento para distinguir y regular la indemnización que podrá ser debida. En el caso de las obligaciones de pagar una suma de dinero, la situación es diferente, pues el deudor no puede distinguir los daños que se puedan eventualmente ocasionar, ni se le puede imponer la reparación de los diversos perjuicios que los acreedores podrían sufrir según la diversidad de eventos, pues ellos son a la consideración del incumplidor como casos fortuitos, que no se han podido prever y no estaban comprendidos en su obligación⁵⁹⁷.

De las explicaciones y de los ejemplos se aprecia que, **la naturaleza de la obligación, más que anticipar el daño que se producirá, permite precisar o limitar la destinación o utilización que se espera dar al bien o servicio contratado y sobre la base de esta destinación se puede determinar o prever la clase de perjuicios que se seguirán de su incumplimiento**. Prueba de lo anterior, es la propia aclaración de DOMAT que

⁵⁹⁵ DOMAT, *Les lois civiles*, cit, libro III, título V, p. 259.

⁵⁹⁶ Ibid., p. 259

la previsión de los daños no sucede en las obligaciones de dinero, pues el uso o destino que tenía la suma de dinero no entregada puede ser muy diferente y por lo mismo los perjuicios pueden ser muy diversos, lo que hace imposible prever los daños de su incumplimiento⁵⁹⁷. Luego, en las obligaciones de dinero no se puede delimitar la destinación del dinero debido y el perjuicio no es previsible, a diferencia de las otras obligaciones en que, precisamente, tal destinación permite prever los eventos dañosos.

Ahora bien, esta previsibilidad, sirve para anticipar los daños que van a suceder ante el incumplimiento, en atención a la utilización o destinación que se iba a dar al bien o servicio contratado; pero los perjuicios provocados por la específica utilización pueden causar una cadena de consecuencias y la previsibilidad, así definida, no sirve para delimitar los diversos detrimentos provocados, porque nos dirá cuales son los daños propios de la falta de utilización del bien, pero no hasta donde debe considerarse que llegan éstos por no haberse dispuesto oportuna y correctamente del bien contratado. En otras palabras, marca el inicio de la cadena de perjuicios y la senda que debe seguirse, pero no el término de la misma. Para definir esto último, se utiliza el concepto *consecuencia necesaria*, al cual ya hicimos referencia.

BARCELLONA, comentando esta parte de la obra de DOMAT, expresa que la posibilidad de conocer la naturaleza del daño por la naturaleza de la obligación es una premisa que se obtiene del uso particular de la mercancía y que no requiere verificación concreta. Ella opera exclusivamente como **razón explicativa** de la disciplina y no como condición concreta del daño resarcible. La comparación entre el uso general del dinero y el uso particular de la mercadería permite constatar la existencia de un nexo jurídico entre resarcimiento y utilización del bien, que es el instrumento por medio del cual se recupera, al área del daño jurídicamente relevante, *el específico proyecto económico*, que es la razón por la cual el acreedor de mercancías se ha volcado al mercado y ha llegado al intercambio. De esta forma, caen definitivamente los límites del *duplum* y del daño intrínseco y se adecua la

⁵⁹⁷ Ibid., pp. 259 y 260.

⁵⁹⁸ Ibidem. Ver también edición italiana, *Le Leggi Civili*, cit., pp. 76 a 78.

disciplina del resarcimiento a la nueva realidad de la relación del intercambio. En definitiva, *la asunción del uso particular de la mercadería como criterio de medida del perjuicio amplía su contenido según la específica destinación económica que la misma reviste para su acreedor*⁵⁹⁹.

Coincidimos en buena medida con lo planteado por BARCELLONA. En efecto, estamos de acuerdo en que la naturaleza de la obligación anticipa el conocimiento del daño por la destinación económica del bien contratado que ella conlleva. Coincidimos también en que este conocimiento del perjuicio no requiere verificación concreta y —nos permitimos agregar—, no puede ser discutido al nivel de conocimiento efectivo de las partes (o incluso de lo que pudiera conocer un observador ideal). Finalmente, también pensamos que el utilizar el destino específico de la mercadería como criterio de medida del daño, permite ampliar su contenido.

No obstante las coincidencias anteriores, mantenemos una visión diferente en lo relativo al papel que tiene la previsibilidad en la obra de DOMAT. Para BARCELLONA es únicamente una *razón explicativa*, y no es la formulación de un preciso criterio operativo⁶⁰⁰. Discrepamos de lo anterior, pues creemos que *DOMAT consideró a la previsibilidad el fundamento o la razón que justifica prescindir de la fijación abstracta del daño en las obligaciones que no son de dinero, y ésta, en consecuencia, pasa a ser un preciso criterio operativo*. Como sabemos, la naturaleza de la obligación determina la destinación del bien o servicio contratado y dicha destinación permite anticipar la clase de perjuicios que se seguirán del incumplimiento, y es, precisamente, esta previsibilidad del daño el motivo por el cual no es necesaria una valoración abstracta del perjuicio, como sucede en las obligaciones de dinero, donde sus infinitos usos hacen imposible anticipar el daño concreto en cada caso⁶⁰¹.

⁵⁹⁹ BARCELLONA, *Inattuazioni dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit, pp. 129 y 130.

⁶⁰⁰ Ibid., p.139 y nota 44 de la misma página.

⁶⁰¹ Fuera de lo anterior y si bien estamos de acuerdo en que el uso de la mercadería es el medio por el cual se puede anticipar el daño; para nosotros —y aunque solo pueda tratarse de un problema de interpretación con respecto a lo dicho por BARCELLONA—, no se trata de alegar cualquier destinación del bien o servicio contratado, sino que las posibles destinaciones que servirán para calcular el perjuicio deben ser determinadas por la naturaleza de la obligación incumplida. Pueden ser una o más destinaciones

b.- La previsibilidad como sinónimo de consecuencia necesaria.-

DOMAT utiliza también el término de previsibilidad con otros significados. Uno de ellos, es el de *causa necesaria*. Aquí utiliza la expresión *imprevisto* para excluir la indemnización cuando los perjuicios puedan tener otras causas y, en todo caso, por no existir la causalidad necesaria con el incumplimiento.

A analizar el criterio *consecuencia necesaria*, vimos el ejemplo del contrato de arrendamiento de un local comercial para ser utilizado durante la feria. Ante su incumplimiento, se distinguían tres clases de daños: gasto del transporte para llevar y traer la mercadería, pérdida del provecho que se obtendría de la venta de la mercancía y la bancarrota. Esta última clase de perjuicio se declaraba no indemnizable por ser un acontecimiento imprevisto, que tenía su causa particular en el estado de los negocios del acreedor, y ser un caso fortuito desde el punto de vista del incumplidor. En el título de la venta⁶⁰², DOMAT excluye también el resarcimiento de los daños que sean consecuencias más alejadas e imprevisibles, con lo cual parece asimilar ambos conceptos.

La confusión en esta parte de la obra entre los criterios de la previsibilidad y de la consecuencia necesaria, da pie a autores como LUPOI

y por supuesto no es necesario que el deudor las conozca efectivamente, pero deben ser destinaciones propias de la obligación asumida y de las características de las partes. Sin perjuicio de ello, en el caso de pactarse expresamente una destinación, deberá estarse a ella y no podrá demandarse otro daño que el derivado de dicha destinación, aunque el bien o servicio pueda tener en teoría distintas utilidades.

⁶⁰² En el título de la compraventa, DOMAT indica que la indemnización por incumplimiento del contrato de venta no se debe extender los daños que son *consecuencias más alejadas e imprevistas*, que son más bien un efecto extraordinario de algún acontecimiento y de alguna conjetura que nace del orden divino más que del retardo de la entrega. Así por ejemplo, si el vendedor no entrega en el día y lugar los granos vendidos, el comprador se ha abstenido por la falta de entrega, de hacer un transporte y un comercio con estos granos en otro lugar, donde habría podido venderlos más caros que en el lugar donde la entrega debió ser hecha, o si por culpa de estos granos, él ha sido obligado a devolver a sus obreros y hacer cesar una obra de la que su interrupción le ha causado un daño muy considerable. El vendedor no será obligado a esta falta de ganancia ni a este daño expuesto, que no son tanto las consecuencias que se puedan imputar al retardo de la entrega, como los efectos del orden divino y caso fortuito del que nadie debe responder. Como se aprecia, más que un daño imprevisible o un caso fortuito, se trata de daños no indemnizables por haber sido evitables. Ver DOMAT, *Les loix civiles*, cit, libro I, Título II, sección 2ª, p. 37

para sostener que DOMAT entrelaza la previsibilidad con la causalidad, que en este contexto vienen a significar la misma cosa⁶⁰³.

c.- La previsibilidad como criterio de moderación.-

Los dos sentidos de la previsibilidad vistos se aplican tanto el favor del deudor culpable como el doloso; pero DOMAT emplea también el término para referirse a la moderación de la responsabilidad a favor del deudor de buena fe. Pudiera pensarse que con la expresión deudor de buena fe se alude a todo incumplidor que no es doloso; pero la verdad es que con los ejemplos dados parece restringirlos a los casos de evicción, es decir, supuestos de responsabilidad objetiva en que el deudor ni siquiera se encuentra en culpa o negligencia.

Para explicar este nuevo significado de la previsibilidad, DOMAT nos ofrece dos ejemplos. El primero, es el caso del fundo evicto, donde indica que el vendedor de buena fe que ha creído que era dueño de lo que vendía, deber responder por los gastos necesarios, pero no soportará los desembolsos inútiles y superfluos, pues la garantía no debe ir a semejantes consecuencias, siendo irresarcibles los gastos que el vendedor no ha debido prever y que el comprador no ha hecho más que por su placer. Pero si se trata de un vendedor que sabía bien que no era el dueño de la cosa, vendiendo de mala fe la cosa a otro, será condenado también a estos gastos superfluos que el adquirente no hubiese realizado si hubiese conocido la mala fe de su contraparte.

Como segundo ejemplo, señala el caso del que vende ganado infectado que provoca la muerte de las bestias vendidas y de todos los animales que tenía el comprador. El vendedor que ignoraba la enfermedad de sus animales, sólo será obligado a la pérdida del ganado vendido; pero si había conocido la enfermedad, deberá además indemnizar muerte de todo otro ganado que tuviera el comprador, porque él debió advertir de esta falta y esta mala fe ha dado lugar a esta otra pérdida⁶⁰⁴.

⁶⁰³ LUPOI, *Il dolo del debitore*, cit, p. 65.

⁶⁰⁴ DOMAT, *Les loix civiles*, cit., libro III, título V, p. 269

Veremos inmediatamente que la utilización de la previsibilidad es un sentido de facultad moderadora, antes que como criterio de extensión del daño propiamente tal, está presente también en la obra de POTHIER⁶⁰⁵.

C.- LA CONSOLIDACION DE LA TEORIA DE LA PREVISIBILIDAD EN LA OBRA DE POTHIER.

Como indicamos al referirnos al criterio de las *consecuencias necesarias* del incumplimiento, fue POTHIER el encargado de dar forma definitiva a los conceptos de daño *previsible* y *necesario* o *directo*, que más tarde sirvieron de inspiración al *Code* y de ahí a los códigos que le siguen⁶⁰⁶. Corresponde ahora analizar sus enseñanzas en materia de *previsibilidad* del daño.

A primera vista, el *Traité* de POTHIER parece una vuelta al pasado, o por lo menos un retroceso en relación con la obra de DOMAT. Sino, ¿cómo podría explicarse el gran interés por una obra olvidada de dos siglos de antigüedad, como lo era el *Tractatus* de DUMOULIN?; sus ejemplos, ¿no reflejan acaso el pasado, con el tipo de problemas planteados (evicción, vicios ocultos) y los personajes que intervienen (canónico, hostelero, leñador)?, tan diferentes a los brindados por DOMAT, más propios de la nueva realidad económica; y, finalmente, al declarar que por regla general solo es previsible e indemnizable el perjuicio intrínseco, ¿no parece rechazar tanto las ideas de DOMAT, que buscaban ampliar el daño resarcible, como los esfuerzos interpretativos del propio DUMOULIN, destinados a eludir las limitaciones de la CONSTITUCIÓN imperial?

En verdad, esta supuesta vuelta al pasado no es tal. Lo que sucede es que POTHIER inserta en las formas de otros tiempos los contenidos y aspiraciones de una nueva sociedad. En el fondo, realiza un cambio con

⁶⁰⁵ BARCELONA es de la opinión que aquí la previsibilidad es utilizada como un mero recurso explicativo de una menor carga resarcitoria para el deudor de buena fe en comparación con el de mala fe, pero sin aportar un real criterio de distinción entra las dos formas de incumplimiento. Ver *Inattuazioni dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit, pp 139 y nota 44 de la misma página.

⁶⁰⁶ Se dice comúnmente que fueron DOMAT y POTHIER los que racionalizaron la regla de

apariencias de continuidad, y un examen atento de su obra permite percatarse de lo anterior. Lamentablemente, no han faltado los que se han quedado solo con la apariencia⁶⁰⁷, y se ha llegado incluso a sostener que este autor identificaba los conceptos de daño previsible y daño intrínseco⁶⁰⁸.

Al igual que DUMOULIN en su tiempo, POTHIER buscó ampliar los perjuicios que pueden ser objeto de resarcimiento ante el incumplimiento de las obligaciones. Para conseguir tal finalidad parte por dar a la previsibilidad un doble significado o sentido. Ya hemos señalado que DUMOULIN y DOMAT también dieron a esta expresión más de un significado; pero es sin duda es el profesor de Orleans quien destaca por la claridad y sistematización de su exposición.

Nuestro autor parte señalando que no se deben indemnizarse todos los perjuicios que ha ocasionado la inejecución de una obligación: es necesario considerar los diferentes casos y las distintas especies de daños e intereses, y, según las circunstancias, puede también ser necesario aportar una cierta moderación a la tasación y estimación de lo que debe ser obligado del deudor. En el caso del deudor no doloso, dice que responderá únicamente de los perjuicios que se han podido prever (*on a pu prévoir*) al tiempo de celebrarse el contrato, pues el incumplidor ha considerado sólo haberse sometido a éstos⁶⁰⁹. De este modo, nos indica cuál es el criterio delimitativo para esta clase de deudor, y corresponde, entonces, dar respuesta a lo que debe entenderse por daño *previsto*.-

En el número 161 del *Traité*, POTHIER expresa que ordinariamente las partes han considerado sólo haber previsto los daños e intereses que el acreedor, por la inejecución de la obligación, podría sufrir *con relación a la cosa misma que ha sido objeto de la obligación, y no aquellos que la inejecución le ha ocasionado además en sus otros bienes*. En otras palabras, se responderá solo de los “*damni et interesse, propter ipsam rem non habitam*”. Se ilustra lo señalado con dos ejemplos.

DUMOULIN. Por todos, CARRASCO, *Comentario al artículo 1.107*, cit., p. 713.

⁶⁰⁷ BARCELLONA, *Inattuazioni dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit, pp. 144 y ss.

⁶⁰⁸ En este sentido, REMY, « *La « Responsabilité contractuelle »: historie de un faux concept* », cit., p. 351.

El primero, es el caso del caballo vendido y no entregado en el tiempo acordado. Si entre la fecha de la venta y la que debió entregarse éstos aumentan de precio, y el acreedor ha debido comprar otro más caro para subsanar el incumplimiento, *el mayor precio es un daño que debe indemnizarse*, porque se ha sufrido *propter rem ipsam non habitam*, sólo tiene relación con la cosa que ha sido el objeto del contrato y el deudor ha podido prever que podría ocurrir, pues el precio de los equinos, como todos los animales, están sujetos a variación. Pero si el comprador fuese un canónigo que, por falta del caballo comprometido y por no haber podido encontrar otro en su reemplazo, no logra llegar a tiempo al lugar de sus beneficios para ganar sus frutos, el deudor no deberá esta pérdida aunque se haya ocasionado por la inejecución de su obligación. La razón: se trataría de un daño extraño al objeto de la obligación, que no ha sido previsto durante el contrato, y no se puede decir que el deudor se ha sometido a su reparación al momento de contratar⁶¹⁰.

El otro ejemplo ***es el arriendo de una casa que resulta evicta.*** En este caso, el arrendador de buena fe deberá indemnizar el mayor precio del inmueble que deba alquilar el locatario en reemplazo del bien evicto, por todo el tiempo que falte para la terminación del arrendamiento, además de los gastos que el inquilino ha debido desembolsar para su desalojo. Ello, porque estos daños e intereses tienen una relación próxima con el disfrute de la casa que ha sido el objeto del contrato, y son sufridos *propter ipsam rem non habitam*. Por el contrario, no se responderá de los perjuicios por pérdida de clientela cuando después de celebrado el arrendamiento el locatario instala un negocio, pues son daños que no han sido previstos durante el contrato⁶¹¹.

De la regla y ejemplos dados para ilustrarla, se aprecia claramente que ***el perjuicio intrínseco se considera siempre previsto*** (lo que no

⁶⁰⁹ POTHIER, *Traité*, cit, n. 160, p. 181

⁶¹⁰ Ibid., n. 161, pp. 181 y 182.

⁶¹¹ Ibid., n.161, pp. 182 y 183. Señala POTHIER que tampoco se responde de los daños en los muebles del acreedor producidos durante el desalojo, pues la causa de estos perjuicios es la impericia de los que realizan el traslado y no la evicción. En esta parte de su exposición aprovecha para tratar incidentalmente un problema diferente: los daños ocasionados por otras causas no son nunca indemnizables.

significa, según veremos, que otras clases de daño no puedan también serlo). Luego, para demandar su indemnización no se requerirá probar que era en el caso concreto previsto, ni tampoco se admitirá la alegación de que en era imprevisible. Ahora bien, *es perjuicio intrínseco, y por lo tanto previsto, no sólo el bien objeto de la obligación, sino todo lo relacionado con éste*. Por ello, además del mayor valor del canon de arriendo en caso de evicción del inmueble, también son previstos, por ejemplo, los gastos del traslado de los bienes. En otras palabras, *POTHIER rechaza un concepto restringido de daño intrínseco limitado exclusivamente a la cosa objeto de la obligación*.

Puede parecer evidente, pero interesa recalcar, aunque sea brevemente, la expresa declaración que se hace sobre ***ser siempre previsto el perjuicio consistente en el mayor valor alcanzado por el bien***. Veremos que en la práctica no siempre ha sido considerado de este modo, y muchas veces se ha denegado su indemnización por estimarse un daño imprevisto⁶¹².

Se deja también en claro que el acreedor tendrá siempre el deber y el derecho de evitar el perjuicio, procurándose el bien o servicio no entregado por el deudor⁶¹³. Y recalamos que también es un derecho, porque el mayor valor de la contratación de reemplazo correrá siempre de cargo del deudor.

Si no se dijera nada más, significaría que POTHIER adoptó un concepto de previsibilidad mucho más restringido que los acogidos por DUMOULIN (quien considera previsible los daños causados en el patrimonio del acreedor por el defecto del bien y según la destinación del mismo), y por DOMAT (para quien es previsible todo el perjuicio que se puede anticipar del incumplimiento, considerando la destinación que se iba a dar a la prestación; destinación que es determinada por la naturaleza de la obligación asumida). Pero nuestro autor dice mucho más y en los números 162 y siguientes de su obra procede a ampliar el ámbito de aplicación del daño previsible.

⁶¹² En opinión de BARCELLONA, *Inattuazioni dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit, p 145, esto significa que se considera el valor del mercado del bien al momento de la liquidación como índice fundamental del resarcimiento, y con ello se garantiza la equivalencia contractual. Estamos de acuerdo en que debe utilizarse el valor de mercado del bien como índice del resarcimiento y que el valor a considerar es el del momento de la liquidación, pero no hemos podido percatarnos del lugar exacto de su obra donde el autor del *Traité* hace referencia expresa al momento de la liquidación.

⁶¹³ En realidad, no podía dejar de recaer sobre el acreedor este deber cuando su deudor esta de buena fe, pues incluso ante el incumplimiento doloso, el acreedor tiene la carga de evitar su perjuicio.

Señala que *el incumplidor será también obligado a indemnizar los perjuicios extrínsecos, cuando parece que fueron previstos por el contrato y el deudor se hizo cargo de ellos, en forma expresa o tácita, en caso de inejecución de su obligación.* Para explicar lo anterior, recurre a los mismos ejemplos del caballo y del arriendo del local.

En el ejemplo del caballo, el animal se vende igualmente a un canónigo, pero ahora existe una cláusula expresa, en virtud de la cual el propietario del animal se obliga a entregarlo a tiempo para que el comprador pueda llegar al lugar de sus beneficios y recoger sus frutos. En este caso *el incumplimiento culposo hace responsable al deudor de los daños derivados para el clérigo de no poder recolectar sus frutos* (siempre, por supuesto, que no haya podido fácilmente encontrar otro caballo ni otro transporte), pues *por la cláusula del contrato, el riesgo de este perjuicio ha sido previsto y expresado, y se supone que el vendedor asumió su riesgo.*

De manera similar, si se arrendó un inmueble a una persona en su calidad de comerciante o se le alquiló para una hospedería, y posteriormente el locatario es evicto en su goce, *los daños e intereses comprenden también las pérdidas por clientela que sufra en su negocio* (siempre que no pueda encontrar otra casa en el barrio). Se responde de estos perjuicios, pues se estima que *al arrendarse el inmueble para tienda u hostel, se previó el riesgo de estos daños y el deudor se sometió a ellos tácitamente*⁶¹⁴.

De la lectura de los números 161 y 162 de la obra de POTHIER, se puede concluir que si bien parte de un concepto restringido de la previsibilidad, limitado exclusivamente a los perjuicios intrínsecos, inmediatamente amplía considerablemente el área del daño previsible⁶¹⁵; y tal ampliación se logra, al considerar que:

⁶¹⁴ POTHIER, *Traité*, cit., n. 162, pp. 183 y 184.

⁶¹⁵ BARCELLONA, *Inattuazioni dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit, pp. 146 y 147, expresa que por un lado se presume que no se ha previsto más que el daño con relación a la cosa misma, y de este modo se recupera aparentemente la antigua tradición que limitaba el resarcimiento a los daños intrínsecos; pero, por otro, *se crea una formidable base argumentativa para ampliar el área del daño jurídicamente relevante, utilizando para tal efecto la particular destinación de las mercaderías prometidas y la específica función económica que el intercambio reviste para el acreedor de ella.* Por tal motivo, POTHIER señala que el deudor es obligado a los daños extrínsecos, cuando se estime que en el contrato éstos hayan sido previstos y el deudor se haya expresa o tácitamente sujetado a ellos. De igual forma,

Son previstos todos los perjuicios que puedan producirse en el patrimonio del acreedor, a consecuencia de la destinación o función económica asignada al bien o servicio, siempre que dicha destinación sea conocida por el deudor y asumidos sus riesgos en forma expresa o tácita.

En consecuencia, se distinguen tres conceptos diferentes, pero íntimamente relacionados: previsibilidad del daño, conocimiento del destino asignado al bien o servicio contratado y asunción del riesgo.

Es necesario que el deudor haya tenido conocimiento expreso o tácito del destino asignado a la prestación incumplida. El conocimiento ***será expreso*** si la convención señala el destino de la prestación en términos formales y explícitos, como en el caso de la venta de un caballo, donde se indicó que el vendedor se obligaba a entregar el animal a tiempo para que el canónigo pudiera llegar al lugar de sus beneficios. Por el contrario, el conocimiento ***será tácito***, cuando la destinación pueda deducirse de la naturaleza y contenido del contrato, como el arriendo de un inmueble a una persona en su calidad de comerciante. En ambos casos, pero especialmente en el último, será necesaria la interpretación de la convención, incluyendo dentro de la actividad hermenéutica la fijación de datos y la integración.

Pero no basta con el conocimiento del destino del bien o servicio contratado, sino que ***también se exige que el deudor asuma expresa o tácitamente el riesgo que tal destino conlleva.***

Creemos que no ofrece mayores dificultades la aceptación expresa, pues entendemos que se dará en el caso que exista una cláusula contractual en que el deudor asuma formalmente el riesgo del perjuicio derivado de determinada destinación del bien o servicio comprometido. El problema se plantea en establecer cuando estamos ante una aceptación de naturaleza implícita que permita fundar el juicio de previsibilidad. De los ejemplos dados por POTHIER, se desprende que, en su opinión, ***se asume tácitamente un***

LUPOI , *Il dolo del debitore*, cit, p. 85, señala que la previsibilidad sirve para ampliar el área del daño relevante, al indicar que ella es de gran importancia para el resarcimiento del daño extrínseco, ya que sirve

riesgo cuando el acuerdo o convención permite deducir que el deudor, al tiempo de contratar, tuvo conciencia de la destinación que se daría a la prestación que él se obligó a proporcionar. Así, en la venta del caballo, la cláusula que expresaba el objetivo que tenía la adquisición del animal, y en el arriendo de la casa, la cláusula que señalaba el fin a que se destinaría el inmueble o el simple hecho de indicar que se lo arrendaba a un comerciante en su calidad de tal, son todos ellos supuestos de aceptación tácita de los riesgos⁶¹⁶.

De lo expuesto, podemos concluir que ***el conocimiento expreso o tácito por el deudor del destino que el acreedor dará al bien o servicio contratado, implica asumir tácitamente su riesgo, siempre y cuando dicho conocimiento se obtenga del contrato mismo y de los elementos que sirven para su interpretación e integración*** (cláusulas contractuales, calidad de las partes intervinientes, clases de bienes o servicios contratados, etc.). En consecuencia, otra forma de conocimiento no hace presumir la asunción tácita del riesgo.

De todo lo dicho, podemos establecer que para POTHIER son previstos todos los daños que se produzcan en el patrimonio del acreedor, por la destinación o función económica asignada al bien o servicio, siempre que el contrato haya permitido al deudor conocer dicha destinación. En consecuencia, es suficiente que por medio del contrato el deudor conozca o pueda conocer destino asignado al bien o servicio, pues de dicho conocimiento, se presume, como ya dijimos, la aceptación del riesgo.

Esta última afirmación nos lleva a una conclusión más importante:

para fundar una responsabilidad que de otro modo no existiría.

⁶¹⁶ Con ello, se deja en claro que riesgo asumido no es sólo el expresamente individualizado y aceptado en el contrato, sino el que se asume tácitamente como consecuencia de saber y aceptar la destinación del bien adeudado, con independencia de expresar los daños que del incumplimiento se pueda seguir. Podemos también percatarnos la estrecha relación entre conocimiento del destino asignado al bien o servicio contratado y asunción del riesgo, pues una cláusula como la establecida en la venta del caballo al canónigo es a la vez demostración de conocimiento expreso del destino asignado al bien y de asunción tácita del riesgo de dicho destino.

El objeto del juicio de previsibilidad no es el daño, sino la destinación del bien contratado, y el conocimiento de tal destinación implica para el deudor asumir el riesgo de todo el perjuicio conectado a ella⁶¹⁷.

Podemos decir que existe una ficción entre el conocimiento de la destinación del bien y la previsibilidad de los daños, pues conociendo el destino del bien, se responde, en principio, de todos los perjuicios que se derivan de ese destino, con independencia de que realmente en cada caso concreto se hayan previsto los daños que el incumplimiento causarse al acreedor. En este punto, POTHIER no hace más que seguir los lineamientos ya esbozados por DUMOULIN y DOMAT: ***el conocimiento del destino del bien o servicio contratado, permite suponer que se han previsto el o los perjuicios que se causarán por el incumplimiento.***

Antes de continuar el desarrollo de nuestra exposición, es conveniente hacer una observación que puede pecar de evidente; pero que en aras de la claridad es preferible realizar. Nos referimos al hecho de que al hablar de la indemnización de los daños extrínsecos por haber sido *previstos* en el contrato, el caso que menos preocupa a POTHIER es aquel en que las partes toman la precaución de describir los perjuicios que deberán resarcirse en caso de incumplimiento, al punto de no desarrollarlo en sus ejemplos. Y ello, no porque no sea un daño previsto en el contrato (en verdad, es el perjuicio previsto por excelencia, ya que el riesgo está expresamente descrito y asumido por el deudor), sino porque para admitir su indemnización no se requiere acudir a esta elaboración doctrinaria: basta con leer el contrato y a lo más hacer alusión al principio de que las partes pueden regular por anticipado las consecuencias del incumplimiento. Por el contrario, la doctrina del daño

⁶¹⁷ Así también lo entiende BARCELLONA, *Inattuazioni dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit, pp. 149 y 150, para quien el objeto del juicio de previsibilidad no es el daño, sino la destinación económica del bien debido, y la previsibilidad de ésta implica para el deudor la asunción del riesgo de todo el daño a ella conectada. Agrega que la ecuación previsibilidad del daño (o mejor dicho previsibilidad del uso) igual a voluntad de asumir el riesgo, es evidentemente una mera ficción, un mero expediente constructivo, pues la voluntad de asumir el riesgo es deducida de circunstancias rigurosamente objetivas (cláusulas contractuales, calidad de los protagonistas, clase del bien prometido).

previsto adquiere importancia cuando los perjuicios propios del incumplimiento no fueron expresamente descritos en la convención; pero si fue conocida por las partes la destinación que se daría al bien o servicio contratado, y se asumió su riesgo en forma expresa o tácita.

En el número 163, POTHIER da nuevos ejemplos tomados de DUMOULIN, con los que intenta precisar aún más la estrecha conexión entre la destinación económica de los bienes y previsibilidad de los daños. Además, aprovecha para aclarar que en supuestos de vicios ocultos, es diferente la responsabilidad del deudor de buena fe a la del culposo.

Parte con ***el caso de la venta de maderas para construir un edificio, que en definitiva se derrumba por estar ellas podridas***. Para determinar la responsabilidad del vendedor, *debe distinguirse* entre el deudor que desconocía los defectos de lo vendido y por su oficio no estaba obligado a conocerlos, y el que por oficio (carpintero) si debía conocer tales defectos, y al cual no se le admite prueba de su ignorancia. En el primer caso, la responsabilidad sólo consistirá en devolver la suma que represente la diferencia entre el precio pagado por las maderas y lo que se habría dado por ellas de conocerse su defecto. En el segundo caso, el vendedor será obligado a los daños que provocó el derrumbe del edificio; pero se aprovecha de precisar que ***el incumplidor sólo será obligado a los riesgos de los que se ha hecho cargo***. Así, si el carpintero ha vendido las maderas para sostener un cierta construcción y el adquirente las utilizó para soportar una de mayor entidad, ninguna responsabilidad tendrá si las maderas eran suficientes para aguantar el edificio de menores dimensiones, y si hubiesen sido igualmente insuficientes para sostener este último, no será obligado a los daños e intereses resultantes de la ruina de un gran edificio, sino hasta la concurrencia del cuantía del menor; porque no habiendo vendido sus maderas más que para sostener este último, él no ha entendido hacerse cargo de los perjuicios sino hasta su valor, pues de saber que era para una gran construcción, quizás habría sido más prudente.

Continúa desarrollando el tema del alcance de la obligación del deudor al resarcimiento de los daños previstos, y manifiesta que por una razón

semejante a la anterior, DUMOULIN decide que **la obligación del carpintero por las maderas defectuosas se limita a la ruina del edificio, y no se extiende a la pérdida de los muebles que estaban adentro** y que son destruidos o perdidos en las ruinas. La razón es bien sencilla: el que vende maderas para reparar o construir un inmueble, entiende responder de la conservación del mismo y no de los muebles, porque no ha podido prever que existirían o se dejarían muebles, ya que lo ordinario es desamueblar la casa que se apuntala. Por ello, no debe indemnizar esta pérdida, a menos que se hubiese hecho cargo expresamente de tales riesgos. Añade que **es diferente el caso del empresario obligado a construir una casa**, la cual, algún tiempo después de construida, se derriba por defectos de edificación: la responsabilidad se extiende a la casa y a los muebles que estando en ella no se pudieron salvar. La razón del diferente tratamiento para ambos supuestos es que en este último caso el deudor es un empresario obligado a construir una casa destinada a servir de alojamiento, por lo que no ha podido ignorar que se llevarán muebles, pues sólo se puede habitar con mobiliarios y, por consiguiente, es responsable de la destrucción de los mismos⁶¹⁸.

Con estas nuevas ejemplificaciones, *POTHIER* refuerza la idea que es la *destinación del bien la que fija la extensión del resarcimiento de los daños extrínsecos, y la previsión de los perjuicios estará en directa relación con el destino del bien asumido por el deudor*. Por ello, nos indica que si un autor asumió el destino de vender maderas para construir un determinado edificio y se construye uno más grande, aunque las maderas sean defectuosas, responderá únicamente del valor de la construcción para la cual estaban destinadas y no del costo del efectivamente construido.

De lo anterior se desprende que, **dentro de una determinada destinación puede asumirse un mayor o menor riesgo**. Una destinación genérica (emplear maderas en la construcción) puede ser objeto de una mayor o menor precisión, con el consiguiente mayor o menor riesgo que ello implicará. Entendemos, eso sí, que si el contrato indica una destinación sin

⁶¹⁸ POTHIER, *Traité*, cit., n. 163, pp. 184 a 186. En este fragmento se citan los números 51, 62, 63 y 64 del *Tractatus* de DUMOULIN.

efectuar ninguna precisión, el incumplidor deberá responder del mayor riesgo dentro de la destinación asumida. Es decir, *será de cargo del deudor que se estipule en la convención un riesgo específico, dentro de los varios posibles en una determinada destinación*. Sin perjuicio de lo anterior, y para el caso que por no haberse especificado la destinación el incumplidor debe responder del mayor riesgo, se podrá, en todo caso, moderar su responsabilidad acudiendo a la previsibilidad en su segunda función, según veremos más adelante.-

Al analizar la obra de DUMOULIN, vimos un ejemplo parecido al de las maderas para construir una edificio. Nos referimos a la venta de los toneles para contener sidra, por lo que nos remitimos a lo allí señalado, en especial, al hecho que *se causa un daño no previsto y se responde por un daño que era previsible, pero que en realidad no se causó*. De esta forma, **se logra una ampliación de la indemnización por daños previstos**, debido a que si nos limitáramos a indemnizar exclusivamente el perjuicio previsto según la destinación del bien, en los ejemplos dados nada debería indemnizarse, porque la ruina de este gran edificio no fue prevista por el deudor al igual que tampoco lo fue la pérdida del vino en las tinajas destinadas a contener sidra o cerveza, y por ende debería denegarse toda reparación por un daño que no estuvo en la previsión del deudor. Sin embargo, la solución es diferente, porque *se indemniza un daño imprevisto* sobre la base del perjuicio que si se pudo prever.

POTHIER se preocupa también de dejar en claro que diferentes destinaciones pueden significar una mayor o menor cantidad de partidas a indemnizar. En los ejemplos dados, el vendedor de madera destinada a la edificación no responde del destrozo de los bienes muebles, porque lo ordinario es que al construir o refaccionar una casa se desaloje el mobiliario; por el contrario, el obligado a edificar una casa que se derrumba al tiempo después por defectos en su construcción, sí debe responder de ellos, porque es natural que una vez terminadas las obras, la vivienda se alhajé para ser habitada, y siempre, evidentemente, que no se hayan alcanzado a sacar antes

del derrumbe, lo que no es sino una manifestación del deber de evitar el perjuicio.

Las explicaciones de POTHIER, bajo la apariencia de seguir las doctrinas tradicionales, buscan ampliar los daños resarcibles, y, para tal fin, resulta relevante el proyecto económico que el acreedor tiene en vista al celebrar el contrato.

Luego, la previsibilidad no es un instrumento para limitar la extensión del perjuicio resarcible, sino para ampliarlo, haciendo cargar sobre el deudor todos los daños que la infracción del contrato causa al adquirente, en atención a la particular destinación de la prestación en el patrimonio del acreedor. Obviamente, debe justificarse esta ampliación indemnizatoria, por lo que se exige que los perjuicios sean previstos y asumidos en forma expresa o tácita. Se considera que son previstos cuando el incumplidor conoce el destino que la prestación tenía para el acreedor. Pero no basta el conocimiento, sino que se exige también que el deudor asuma los riesgos de tal destinación. Para tal fin, se considera que existe una aceptación tácita de los mismos cuando por el contrato, su interpretación y los elementos de integración del mismo, el incumplidor tuvo la posibilidad de conocer el destino de la prestación.

Por todo lo expuesto, podemos concluir que *según POTHIER:*

Será previsto todo daño que el acreedor sufrió por la falta o defectuosidad del bien o servicio contratado, considerando el particular destino o proyecto económico asignado a la prestación, y siempre y cuando haya sido conocido y asumido por el deudor, en forma expresa o tácita, entendiéndose que existe aceptación tácita cuando tal destino pueda deducirse objetivamente del contrato.

Luego, ***la previsibilidad del daño es un problema de interpretación e integración del contrato y no un problema de lo que el sujeto pudo o no estimar.*** En pocas palabras, no interesa saber si el deudor previó o no el perjuicio, sino simplemente si conoció y aceptó el destino económico que tenía la prestación a que se había obligado; de ser así,

responderá de todos los daños que su incumplimiento causó al acreedor, como consecuencia de no poder realizar el proyecto económico a que la prestación incumplida estaba destinada. Además, *si del contrato no se deduce un proyecto económico especial, se estará al proyecto económico genérico, atendida la naturaleza de la obligación contratada, y el deudor responderá del mayor riesgo que dicha destinación pueda implicar.*

De todo lo dicho, puede apreciarse que, en lo fundamental, coincidimos con las ideas ya expuestas por BARCELLONA, cuando indicaba que desde un punto de vista operativo, el requisito de la previsibilidad no se refiere al evento, a sus consecuencias perjudiciales ni a las condiciones del hecho o concausas que inciden sobre la producción y desarrollo del daño; tampoco se mide por un no mejor definido curso ordinario de las cosas o de la capacidad adivinatorio del hombre medio. Al contrario, ***el juicio de previsibilidad asume por objeto la destinación económica del bien debido*** (por lo tanto, la previsibilidad de esta implica para el deudor la asunción del riesgo de todo el daño a ella conectada), y se mide por índices rigurosamente objetivos y principalmente determinables con extrema precisión (forma económica del bien y específico modo en que viene deducido en el contrato, calidad de los protagonistas del intercambio, contenido negocial, etc). Luego, la previsibilidad adquiere importancia fundamental en la hipótesis en que el objeto de la prestación es un bien de destinación plural (de consumo o productivo o bien complementaria a procesos productivos)⁶¹⁹.

Por último, en el ejemplo de la Madera defectuosa, aprovecha POTHIER de bosquejar la responsabilidad en caso de vicios redhibitorios, pues el deudor en estos casos responderá de todas formas, aunque no pueda reprochársele ninguna negligencia. En otras palabras, se instaura la responsabilidad objetiva, la que en todo caso será de menor entidad que la del deudor culposo: solo responde de la diferencia de precio entre la suma que fue vendido el producto y en la que habría sido comprada de saberse defecto.

Pero, según habíamos adelantado, la previsibilidad tiene un segundo sentido en la obra de POTHIER. Como el mismo indica al empezar su

⁶¹⁹ BARCELLONA, *Inattuazioni dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit, pp. 215 y 216.

exposición en el número 160 del *Traité*, se debe aportar cierta moderación a la estimación de los daños a que es obligado el deudor, y esta moderación se logra por medio de la segunda función desempeñada por la previsibilidad.

En el número 164 sigue hablando de la previsibilidad; pero en un sentido diferente al expresado hasta el momento. Vuelve a reiterar que cuando los daños e intereses son considerables, no deben ser tasados ni liquidados en rigor, sino con una cierta moderación, siempre que al infractor no se le puede reprochar ningún dolo en el incumplimiento. Señala que la Constitución de JUSTINIANO se fundó precisamente en este principio de moderación y, según la explicación de DUMOULIN, cuando el perjuicio dice relación con la cosa que ha sido objeto de la obligación, no pueden ser tasados más allá del doble de su valor.

Para explicar la idea anterior, POTHIER pone el ejemplo de la compra de un terreno de viña en cuatro mil libras, por encontrarse en una provincia alejada y el vino ser transado en un bajo monto por no existir vías adecuadas para su exportación. Tiempo después, se realizan obras públicas que permiten el alza del precio del vino, y el valor del terreno pasa de cuatro mil a más de dieciséis mil libras. Es evidente que en caso de evicción los daños del adquirente alcanzarán a más de dieciséis mil libras. Sin embargo, siguiendo la Constitución, si el vendedor ha estado de buena fe, el monto que deberá indemnizar, considerando el mayor precio de la heredad y el reembolso de los gastos legales de la adquisición, no debe superar las ocho mil libras, que representa el doble de la suma pagada por el inmueble, es decir, no debe exceder del doble del valor de la cosa que ha sido objeto de la obligación.

Siguiendo a DUMOULIN, nos dice que tal limitación tiene por fundamento el hecho que *las obligaciones nacidas de los contratos sólo se forman por el consentimiento y voluntad de las partes*. Por ello, se entiende que el deudor solamente ha aceptado o querido obligarse a los daños e intereses causados por la inejecución de su obligación hasta la suma que él ha podido verdaderamente prever que podrían alcanzar en lo más alto y no más

allá, por lo que si los perjuicios superan este monto deben ser reducidos y moderada hasta el suma que se pudo prever⁶²⁰.

POTHIER no quiere revivir la Constitución, la que considera derogada y sin autoridad en Francia; pero reconoce que el principio sobre el cual está fundada (no obligar a los daños más allá del monto que el deudor pudo prever), debe seguirse y, por lo tanto, se deben moderar los perjuicios conforme a este principio, desde el momento en que ellos sean excesivos, dejando esta tarea al arbitrio del juez.

Pero la reducción de la indemnización al doble del precio del bien objeto de la obligación, tiene aplicación únicamente en los daños debidos con relación a la cosa, es decir, en los intrínsecos y no se aplica a los extrínsecos, cuando el deudor se ha sometido a ellos en forma expresa o tácita.

El motivo es que estos últimos perjuicios no son debidos por razón del bien objeto de la obligación primitiva, por lo que no puede regularse sobre el valor de ella, y este tipo de daños pueden alcanzar diez veces o más el importe del objeto de la obligación. POTHIER toma el ejemplo de los toneles de vinos defectuosos que hacen perder el vino de un costo diez veces superior a los barriles. En este caso el deudor está obligado al valor de la totalidad del vino perdido, sin aplicarse la limitación al doble, porque esta especie de perjuicio no concierne a los toneles, ya que el vino que se introduce en ellos no debe ser regulado sobre el precio de dichos barriles⁶²¹.

No obstante lo anterior, POTHIER expresa que ***de todas maneras en los daños extrínsecos se debe considerar una cierta moderación, desde el momento que los perjuicios son excesivos y el deudor no ha podido prever que ascenderían a tanto.*** Indica como situaciones que harían procedentes esta moderación, la circunstancia de introducir en los barriles un vino extranjero, u otro líquido de un precio inmenso, caso en el cual el deudor será condenado hasta la concurrencia del precio del mejor vino del país, pues vendiéndome los toneles, él no ha entendido encargarse de otro riesgo, no ha podido prever que el adquirente introduciría un líquido de un valor mayor. Por

⁶²⁰ POTHIER, *Traité*, cit, n. 164, pp. 186 a 188.

⁶²¹ *Ibid.*, n. 165, p. 188.

la misma razón, en el caso del constructor de la casa, si bien responde de la pérdida de los muebles, como ya vimos en el número 163, lo hará solamente hasta el valor que ordinariamente puede ascender el mobiliario de una persona de las características del acreedor⁶²².

Se aprecia inmediatamente que aquí la previsibilidad cumple otra función: ***ya no se trata de decidir si un daño es o no indemnizable, sino que de limitar o moderar el monto de los perjuicios que deben ser reparados.***

Como se podrá apreciar, desde un punto de vista temporal, el juzgador debe primero acudir a la previsibilidad en su primer sentido, para decidir si un daño es o no indemnizable (salvo en el caso de los intrínsecos que siempre lo son). Una vez determinados estos perjuicios y liquidados en su monto, se debe utilizar la previsibilidad en su segundo sentido, para determinar si ellos deben o no ser moderados.

A la inversa de lo que sucede con la previsibilidad en su primer sentido (sin mayor utilidad en los daños intrínsecos de por sí previstos e indemnizable, y de gran importancia en los extrínsecos), *la segunda función tiene su campo propio en los perjuicios intrínsecos.* En efecto, para POTHIER no cabe duda que debe moderarse esta clase de daños al monto que se haya podido prever, y no porque lo haya recogido una CONSTITUCIÓN ya derogada, sino porque la razón que sustenta esta limitación está fundada en que las obligaciones contractuales no pueden formarse más que por el conocimiento y voluntad de las partes. A consecuencia de ello, se considera que el deudor no ha entendido ni querido obligarse a indemnizar por su incumplimiento una suma superior a lo que pudo prever que alcanzarían como máximo los daños intrínsecos. Nos permitimos en este punto recordar lo ya dicho al analizar la obra de DUMOULIN, en el sentido de que *mientras estuvo vigente la Constitución, en los casos ciertos la previsibilidad era solo una explicación* del porqué la ley establecía como máximo de la indemnización al doble del valor de lo debido. Ahora, *al desaparecer la ley, la explicación*

⁶²² Ibid., n. 165, pp. 188 a 189.

previsibilidad pasa a ser un criterio operativo para decidir cuando un monto por daño intrínseco se convierte en imprevisible y, por lo tanto, no resarcible.

En el caso de los perjuicios extrínsecos, la moderación del monto a indemnizar no tiene un razonamiento tan claro, y parece guiarse más bien por razones de equidad. En efecto, *a diferencia de los intrínsecos, no existe un valor fijo con el cual relacionarlo, que sirva para determinar que sobre determinado múltiplo de dicho valor, el daño ya no puede ser previsible.* Entonces, POTHIER debe acudir a la idea de la suma que el deudor pudo pensar, en atención al riesgo asumido. Al dar esta última explicación, *se produce un quiebre en el razonamiento*, porque, según vimos, el riesgo asumido se deduce objetivamente de la destinación que según el contrato el acreedor dará al bien contratado. Luego, para saber cuál es este riesgo, se debe interpretar el contrato y no la *psiquis* de las partes.

En el ejemplo que nos da del tonelero —donde se funda la moderación en el hecho que el deudor solo asumió el riesgo consistente en el almacenamiento de vino nacional—, ya no estamos en un problema de interpretar el contrato para determinar el destino del bien aceptado por el deudor y las limitaciones que impusieron, pues si hubiesen existido tales limitaciones (por ejemplo, que el tonelero sólo asumió el riesgo para almacenar vinos nacionales), no se trataría de moderar, sino simplemente indemnizar según el proyecto económico concreto o limitado que fue asumido por el deudor, de acuerdo a las explicaciones ya dadas en el número 163. En el caso ahora analizado se trata de barriles destinados a almacenar vinos en forma genérica, sin precisión o limitación a un determinado riesgo, y para lograr moderar se dice que se entendió asumir el riesgo a un tipo de vino (el del país), *pero esta limitación ya no se busca en el contrato, sino en la mente o psiquis del deudor.*

En suma, ***se trata más bien de una facultad de moderación judicial fundada en razones de equidad, donde la remisión a lo que el deudor pudo prever y la asunción del riesgo aceptado es, en este caso, más que un verdadero criterio limitativo, un parámetro dado al juez para aplicar la moderación en forma racional y no caprichosa.***

Esta parte de la obra es, seguramente, la más mal fundada por POTHIER, y se encuentra alejada de los precedentes doctrinarios. Es también la que *ha servido de base al equívoco doctrinario de pensar que la previsibilidad dice relación con la estimación subjetiva del deudor* o, en el mejor de los casos, lo que el hombre medio habría pensado. Lo irónico de la situación planteada, es que los doctrinadores han señalado que esta facultad de moderación a los daños extrínsecos no pasó a los códigos; es decir, niegan su aplicación, pero no obstante ello, se quedaron con su razonamiento elevándolo a principio general para las dos funciones de la previsibilidad y para todos los perjuicios, intrínsecos y extrínsecos, en que debe aplicarse.

Recapitulando, podemos afirmar que ***la previsibilidad en POTHIER tiene dos sentidos o funciones diferentes***: como criterio para extender la indemnización a todos los daños extrínsecos sufridos por el acreedor, y que deriven del destino asignado a la prestación objeto de la obligación incumplida; y además, como criterio de moderación de los perjuicios previstos e indemnizables, para reducir su monto a la suma que el deudor pudo previsiblemente estimar a que ascenderían dichos daños —especialmente los intrínsecos—, en caso de incumplimiento. Por lo tanto, al combinar los dos sentidos de la previsibilidad, ***podemos encontrarnos ante perjuicios previsto en su clase, pero imprevisible en su monto***, y como ejemplo de lo anterior, tenemos el monto de la finca evicta cuando sobrepasa el doble de su valor y precio del vino importado y derramado por defectos de las tinajas que lo contenían.-

Finalmente, resulta útil hacer presente que, salvo lo señalado por algunos autores, en general ha pasado más bien desapercibido la utilización por parte de POTHIER de la previsibilidad en dos sentidos diferentes⁶²³.

⁶²³ BARCELONA, *Inattuazioni dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit, p. 149 y nota 82, si bien no acoge expresamente esta dualidad de significados, parece presuponerla, al decir que el objeto del juicio de previsibilidad no es el daño, sino la destinación del bien debido (se está refiriendo a la primera función de la previsibilidad), que implica para el deudor la asunción de todo el perjuicio a ella conectada. Añade que esta circunstancia puede determinar que el incumplimiento de lugar a daños imprevisos, aunque en el ámbito de una destinación prevista o previsible, razón por la cual POTHIER se preocupa de disponer de **una técnica subsidiaria**, y concede al juez una general facultad de moderación del resarcimiento en el número 164 de su obra (aquí se está refiriendo a la segunda función).

3.- EL CODIGO CIVIL FRANCES.

Ya nos hemos referido brevemente a la génesis del *Code*, y ahora simplemente nos interesa hacer algunas observaciones sobre la gestación de la normativa del daño contractual, y en especial del criterio de la previsibilidad. Partamos por indicar que en el proyecto de la comisión nombrada por NAPOLEON⁶²⁴ la disciplina del perjuicio contractual se regulaba en los artículos 46 a 48, equivalentes a los actuales 1149 a 1151; pero existía una diferencia: se concedía una expresa facultad de moderación al juez, prerrogativa contemplada en el artículo 47 del mencionado proyecto, que señalaba textualmente: “*Le juge doit toujours taxer les dommages et intérêts avec une certaine modération, lorsqu’il n’y a point de dol de la part du débiteur*”⁶²⁵.

Ninguna observación a estos artículos fue hecha por el *Tribunato* que lo examinó, ni tampoco por el cuerpo legislativo que lo aprobó sin ninguna oposición. Por orden del mismo NAPOLEÓN fue enviado también enviado al Tribunal de Casación, y fue este tribunal quien propuso suprimir el artículo 47, al igual que el párrafo segundo del artículo 49 (poder del juez de reducir la suma acordada en caso de liquidación convencional cuando excediese el daño

Pero es sin duda LUPOI — *Il dolo del debitore*, cit, p. 85—, **quien más se acerca a la idea del doble sentido en que se utiliza el criterio en estudio**, al señalar que la previsibilidad es de gran importancia respecto al daño extrínseco, pues tanto DUMOULIN como POTHIER retienen que este perjuicio es resarcible en cuanto previsible. Agrega que el límite al doble, aparentemente absorbido por el de la previsibilidad, no es observado en los daños extrínsecos. En su opinión, POTHIER sigue así la distinción de DUMOULIN entre casos *certi* e *incerti*, y la previsibilidad del daño hace las veces: a) En los casos *certi*, donde se verifica un daño intrínseco, cual criterio moderador de la responsabilidad; b) en los daños *extrínsecos* a fundar una responsabilidad que de otro modo no existiría. La previsibilidad permite que un daño extrínseco se estime resarcible, mientras que la indemnización de un daño intrínseco no superior al doble del objeto de la obligación no depende de la previsibilidad. Obviamente, hay aspectos de lo declarado por este autor que no compartimos, en especial la aseveración que POTHIER siga la distinción entre casos ciertos o inciertos (la cual solo menciona para explicar la Constitución del Justiniano); pero **lo importante es su declaración en el sentido de que la previsibilidad en un caso hace las veces de criterio moderador, y en otro sirve para fundar una responsabilidad que de otra forma no existiría**.

⁶²⁴ Conformada por TRONCHET, MALEVILLE, BIGOT DE PREAMENEU y PORTALIS.

⁶²⁵ Ver, FENET, P.A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, t. II, 1856, p. 171.

efectivo)⁶²⁶. En definitiva, en el proyecto parcial del Título III del libro III, presentado al Consejo de Estado, el artículo 47 del proyecto es suprimido⁶²⁷.

BIGOT DE PREAMENEU Justifica su supresión, señalando:

“Ces règles suffisent pour guider le juge: il y eu de l'inconvénient à dire à que les dommages et intérêts doivent, lorsqu'il n'y a point de dol, être taxés avec modération. La modération est un des caractères de l'équité; mais lorsqu'il est réellement dû des dommages et intérêts au créancier, il ne fallait pas que, contre l'équité, on put induire de la loi que sa cause est défavorable⁶²⁸.”

De esta forma, los artículos 46,48 y 49 del proyecto pasaron a ser los artículos 1149 a 1151 del *Code*, y se dice que el sistema de POTHIER de la previsibilidad y del daño directo, pasa sin mayores variaciones al Código Civil Francés (Artículos 1.150 y 1151), salvo en lo relativo a la facultad de moderación del daño⁶²⁹.

Pese al claro antecedente histórico sobre la supresión del artículo 47 del proyecto, nos permitimos discrepar de quienes piensan que la facultad de moderación fue excluida del *Code*, y somos de la opinión que ella se encuentra inserta en el requisito de la previsibilidad establecido en el artículo 1150 del texto francés, porque, como ya hemos puesto de manifiesto, en la obra de POTHIER la previsibilidad tiene claramente dos funciones y una es la de minoración de la responsabilidad. Por lo mismo, establecer en un artículo diferente la facultad de moderación, ya recogida en la previsibilidad, resultaba en verdad redundante.

Precisando un poco más nuestra opinión, y teniendo presente que estamos en un terreno sumamente discutible, podemos decir que la expresión *ont été prévus* del 1150 del *Code* hace referencia al primer significado o función de la previsibilidad, y la fórmula *on a pu prévoir* está indicando más bien su segundo significado o función, es decir, la facultad moderadora. Fundamos lo anterior en una observación formal al *Traité*: cuando POTHIER se

También recogido en BARCELLONA, *Inattuazioni dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit, p. 164.

⁶²⁶ BARCELLONA, *Inattuazioni dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit, p. 165.

⁶²⁷ Ibid.

⁶²⁸ *Motifs et discours prononcés lors de la publication du Code civil*, Paris, 1841, p. 431.

refirió a la previsibilidad en su primer significado utilizó casi exclusivamente el participio del verbo *prever* —*prévu*—, y más específicamente la perífrasis verbal *été prévu*⁶³⁰ que denotan la idea de certeza o seguridad en la previsión no sujeta a conjeturas. En cambio, cuando alude al segundo sentido o función utilizan expresiones verbales más propias de la idea de posibilidad —*pu prévoir*—, porque precisamente ya no se trata, como en el caso anterior, de un problema objetivo propio de la interpretación del contrato⁶³¹. Por lo expuesto, no estimamos descartable como línea interpretativa sostener que las expresiones *ont été prévus* y *on a pu prévoir*, utilizadas por el artículo 1150 del *Code*, se refieren, respectivamente, a las que hemos individualizado en este trabajo como el primer y segundo significado de la previsibilidad.

Se podrá contrargumentar diciendo que no estuvo en la mente del legislador, ni tampoco de los redactores del proyecto, dar a cada una de las expresiones utilizadas en el artículo 1150 del *Code* —*ont été prévus* y *on a pu prévoir*—, el significado de los dos sentidos con que POTHIER empleó el criterio de la previsibilidad, porque de haber sido así, se habría utilizado la conjunción copulativa “y” en lugar de la disyuntiva “o”. Además, en el discurso de BIGOT existe un claro antecedente histórico del rechazo a la facultad moderadora, expresado al comentar el artículo 1151⁶³².

Todo lo anterior es verdad, pero aquí se trata de buscar el sentido histórico no por lo que pensaron los redactores, sino por el sentido de las obras que le sirvieron de guía, ya que es un hecho claro que el propio BIGOT incluso confundió el daño extrínseco con el indirecto. En otras palabras, de seguir la opinión de los que participaron en la elaboración del *Code*, ahí sí que nos encontraríamos en la absoluta oscuridad respecto al significado de estas disposiciones. Por lo mismo, la única vía para su esclarecimiento es desentrañar la doctrina del derecho común que nutrió su elaboración legal.

⁶²⁹ CARRASCO, *Comentario al artículo 1.107*, cit p. 714. Esto ha llevado a la doctrina francesa a entender que la previsibilidad se refiere tanto a la causa como a la cuantía del daño, según se expresará más adelante.

⁶³⁰ En los números 161 a 163 se utilizó en 5 de 7 ocasiones.

⁶³¹ Las expresiones *a pu vraisemblablement prévoir*, *on pouvait raisonnablement penser*, *a pu penser* y *n`ayant pu prévoir* son las utilizadas en los números 164 y 165.

⁶³² BIGOT-PREAMENEU en *Motifs et discours prononcés lors de la publication du Code civil*, cit., p. 431

La otra interpretación posible, que da sentido y eficacia práctica a la eliminación del artículo 47 del proyecto y a la vez evita la pérdida completa de la facultad de moderación, es entender que tal disposición quería dejar claro que el Juez tenía la potestad para limitar la responsabilidad no sólo de los daños intrínsecos, sino también de los extrínsecos, donde la fundamentación de POTHIER era más débil y errática. Entonces, para disipar toda duda sobre el hecho que la prerrogativa judicial también procedía en estos últimos, el artículo 47 indicaba que *siempre* se debía moderar la responsabilidad (*Le juge doit toujours taxer les dommages et intérêts avec une certaine modération...*). Con tal adverbio quería, entonces, abarcar tanto los intrínsecos como los extrínsecos⁶³³. Luego, al eliminarse esta disposición, la facultad para limitar el monto indemnizatorio —recogida en la expresión *on a pu prévoir*—, tendría lugar únicamente en los perjuicios intrínsecos, donde existe un claro y objetivo antecedente en el precio del bien o servicio, y no regiría en los extrínsecos, donde la potestad judicial tenía su peor fundamento y su más incierta forma de operar, referida a la supuesta *psiquis* del deudor.

Lo expresado hasta el momento basta para desentrañar el sentido histórico de los artículos 1150 y 1151 del *Code*, así como del artículo 1558 del Código civil chileno y de la mayoría de los ordenamientos que siguen el sistema francés. Sin embargo, el caso español es diferente, pues ya hemos visto la peculiar redacción del texto hispano, que obliga a un análisis de los proyectos que le sirvieron de antecedente.

4.- EL CODIGO CIVIL ESPAÑOL.

Como ya señalamos, la primera observación que debe hacerse al hablar en España de la extensión del daño en materia contractual, es que, si bien no en sus palabras, sí en espíritu el Código civil acoge el sistema francés, y sobre esto no existe opinión discrepante. Aclarado lo anterior, partamos por indicar

⁶³³ De hecho la redacción dada al artículo 47 del proyecto: “*Le juge doit toujours taxer les dommages et intérêts avec une certaine modération...*” recuerda a la fundamentación dada para aplicar la moderación a los daños extrínsecos, en el N° 165 parte final del “*Traité*”: “*...même à l’égard de ces dommages extrinsèques, on doit user de modération...*”

que en la redacción del actual artículo 1107 del Código civil, el legislador bebió de dos fuentes: el Proyecto de GARCÍA GOYENA (proyecto de 1851, transcrito anteriormente) y el anteproyecto belga de LAURENT⁶³⁴. Ellos serían, por tanto, los dos modelos que se tuvieron en vista, y los que explicarían, en parte, lo peculiar de la norma hispana.

El proyecto de GARCÍA GOYENA no permaneció fiel al modelo francés. En efecto, en primer lugar, destaca la prescindencia del requisito de la previsibilidad; en segundo lugar, sustituyó la expresión “*inmediata y directa*” por “*inmediata y necesaria*”, que pasa a ser un criterio limitativo establecido a favor del deudor no doloso; y, por último, hace responsable al doloso de todos los perjuicios que “*hubieren sido conocidamente ocasionados por él*”. Justificaba su autor estos cambios, señalando que el requisito de la previsibilidad no daba una idea clara, ya que cada contratante dirá que previó los daños de una manera diferente. Además, producto de esta supresión, la limitación del perjuicio en favor del deudor no doloso ya no estará en la previsibilidad, sino en la exigencia de que el perjuicio sea *consecuencia inmediata y necesaria*, que en su opinión parecen equivaler a las expresiones del Digesto “*Utilitas quae circa rem consistit*” del libro 19, título 1, ley 21, párrafo 3⁶³⁵.

Un sector de la doctrina, sin embargo, ha rechazado la identificación entre la expresión *consecuencia inmediata y necesaria* y el texto del Digesto. Al decir de YZQUIERDO es falso que este pasaje equivalga a la expresión

⁶³⁴ YZQUIERDO, “Comentario del artículo 1.107 del Código civil”, cit, p. 846. Se dice también que el *Avant-projet* es el texto más citado en el anteproyecto de 1882-1888 después del *Codice* civil italiano. En este sentido, SALVADOR y SANTDIUMENGE, “*La influencia del avant-projet de révision du Code civil belga de François Laurent en el Código civil español de 1889*”, cit., p. 1974.

⁶³⁵ En opinión de GARCÍA GOYENA, esta última expresión parece equivaler a las del Digesto “*Utilitas quae circa rem consistit*” del libro 19, título 1, ley 21, párrafo 3. Añade que los ejemplos dados en este párrafo del Digesto se refieren a la no entrega del vino y del trigo comprado. Respecto al vino, no se considerará daño o lucro lo que se habría podido obtener vendiéndolo y negociando con su precio, y en el caso del trigo, en que por su no entrega murieron de hambre los esclavos, no se puede pedir como daños el precio de ellos. En suma, solamente podrá pedirse el mayor precio que tuvo el vino o trigo desde que debió ser entregado, “*porque esta mayor utilidad circa rem ipsam consistit, y su pérdida es una consecuencia inmediata, necesaria, inevitable del contrato*”. En cambio, la muerte de los esclavos, en el caso de la tardanza en la entrega del trigo, sería una cosa extrínseca, accidental, ajena al contrato y que se pudo evitar. Respecto al vino, lo que se habría podido obtener vendiéndolo y negociando con su precio, es una ganancia incierta y lejana y hasta se pudo dejar de negociar. Ver *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, cit., p. 51.

“consecuencias inmediatas y necesarias”, porque ella hace referencia al daño intrínseco y no al inmediato. En igual sentido PANTALEÓN, expresa que GARCÍA GOYENA confundió la expresión consecuencia inmediata y directa con la clasificación de daño *circa ipsa rem*⁶³⁶. Sin embargo, no debemos olvidar, que dicho texto es precisamente sindicado como uno de los antecedentes de la causalidad. De igual forma, CARRASCO expresa que este texto fue objeto de diversas interpretaciones y una de ellas es que negaba la indemnización por faltar la adecuación causal⁶³⁷.

Al referirnos a la evolución histórica del requisitos *consecuencias necesarias* señalamos que el problema de tal asimilación radica en que el pasaje a que se alude en el Proyecto de 1851 es el antecedente del *daño necesario* no por lo que él dice, sino por la interpretación de que fue objeto, en el sentido que excluía el resarcimiento de los perjuicios evitables. En cambio, de las palabras GARCÍA GOYENA se deduce que en su opinión la indemnización debe negarse más bien porque se trataría de daños extrínsecos.

En el caso del deudor doloso, GARCIA GOYENA se separa también del modelo francés para dar más extensión a su responsabilidad, pues para que estos incumplidores deban reparar es suficiente que el perjuicio sea conocidamente ocasionado por el dolo y que sin él no hubiere tenido lugar, “*aunque no sea su consecuencia directa, inmediata e inevitable*”⁶³⁸. Esta mayor extensión de la responsabilidad, PANTALEÓN lo explica como resultado de la idea que tenía GARCÍA GOYENA acerca de que la expresión *consecuencia inmediata y directa* era semejante al requisito de la previsibilidad, criterio este último que era precisamente el que marcaba la diferencia con el deudor doloso, y que se suprimió en el proyecto. Por lo tanto, para seguir manteniendo la diferencia entre ambos tipos de deudores en cuanto a la carga resarcitoria,

⁶³⁶ YZQUIERDO, “Comentario del artículo 1.107 del Código civil”, cit, p. 847, y PANTALEÓN, “El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)”, cit., p. 1089.

⁶³⁷ CARRASCO, Comentario al artículo 1.107, cit., p. 710, nota 1. y LEON, *Gravedad de la culpa*, cit. p. 52p. 41.

⁶³⁸ GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, cit., p. 51.

no se le ocurrió nada mejor que extender la responsabilidad del doloso más allá de los daños que fueran una *consecuencia inmediata y directa*⁶³⁹.

Por su parte, el artículo 1154 del anteproyecto belga de LAURENT expresaba textualmente: *Quand le débiteur est de bonne foi, il n'est tenu que des dommages et intérêts dont la cause a été prévenue ou qu'on a pu prévoir lors du contrat*⁶⁴⁰. Aunque tomó como modelo el Código Civil francés, innovó al incorporar en su redacción la expresión *bonne foi*, que su autor simplemente justifica como un cambio de redacción⁶⁴¹.

No convence la posición de GARCÍA GOYENA a los redactores, y el proyecto de 1882-1888 realiza diversas innovaciones: incorpora el criterio de la previsibilidad, ignorado en los proyectos anteriores; incluye por primera vez la expresión deudor de buena fe, tomada del anteproyecto belga; elimina la exigencia "*consecuencia inmediata y necesaria*" que el proyecto de 1851 establecía a favor del deudor no doloso; y respecto al doloso, se mantiene el criterio del proyecto de 1851, aunque con un ligero cambio de redacción⁶⁴². El actual artículo 1.107, vuelve a establecer el requisito de la "*consecuencia necesaria*"; pero sólo para el incumplidor de buena fe y sin la exigencia de ser inmediata. En definitiva, se beneficia al llamado deudor de buena fe con los criterios de la *previsibilidad* y de la *necesariedad* del perjuicio, y el doloso continúa en la misma situación, es decir, no se recupera para él el límite a los *daños inmediatos y directos*, debiendo responder de todos los perjuicios que *conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación*.

Todo este proceso derivó en un norma muy especial, con una redacción peculiar que se aparta de las clásicas que siguieron al *Code*, lo que le ha valido de diversos cometarios, muchos de ellos no muy halagüeños; pero que en definitiva —como intentaremos demostrar— se trata de una regulación

⁶³⁹ PANTALEÓN, "El sistema de responsabilidad contractual", cit., p. 1089.

⁶⁴⁰ "Si el deudor es de buena fe, sólo responde de los daños y perjuicios cuya causa se previó o se pudo prever al tiempo del contrato". Ver LAURENT, FRANÇOIS, *Avant-projet de révision du Code civil*, Bruxelles, 1884, p. 147, y "El Anteproyecto del Código Civil Español (1882-1888)", cit., p. 348.

⁶⁴¹ PANTALEÓN, "El sistema de responsabilidad contractual", cit., pp. 1025 y 1026.

⁶⁴² "En caso de dolo les serán exigibles todas las que *conocidamente se deriven* del incumplimiento de la obligación"

en algunos aspectos superior a la original francesa, a la que en todo caso sigue, a lo menos, en espíritu.

Finalmente, hacemos presente que el proyecto de 1851 al igual que el proyecto de 1882-1888 y la regulación en definitiva aprobada destinan una sola norma al tema de la extensión del daño contractual, a diferencia del modelo francés que lo regula en dos disposiciones (1.150 y 1.151)⁶⁴³.

II.- LA PREVISIBILIDAD EN EL TEXTO. SU SIGNIFICADO TECNICO JURIDICO.

La previsibilidad es la regla menos comprendida; circunstancia que ha derivado en una errónea aplicación práctica o simplemente en su prescindencia al momento de resolver temas de responsabilidad contractual. Ante esta situación, la doctrina mayoritaria ha rechazado este criterio limitativo y ha propuesto su eliminación, argumentando que contra ella protestan a la vez la simplicidad, la lógica y la equidad⁶⁴⁴. Sin embargo, también ha tenido defensores, como se aprecia en la monografía de SOLEAU o en la réplica de LARROUMET a quienes la critican⁶⁴⁵.

El poco favor que la doctrina y la jurisprudencia tienen hacia la previsibilidad, se debe al hecho que se ha descuidado e ignorado el aspecto sustancial de su estudio. No es que los autores hayan dejado de escribir sobre ella, lo que sucede es que han centrado su atención en aspectos más bien tangenciales de la misma, como son su aplicación en materia extracontractual,

⁶⁴³ Igual situación sucede en el Código civil chileno, donde se regula en el art. 1558.

⁶⁴⁴ MAZEAUD, HENRI y otros, *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil*, t. 3, v. 1 cit., n. 2391, p. 585.

⁶⁴⁵ Para el autor la regla de la previsibilidad se encuentra justificada por ser **lógica**: el deudor sabe a qué se expone si no ejecuta la obligación, y la sanción se adapta a la naturaleza particular de la relación contractual. **Es equitativa**, porque no debe pesar sobre el deudor una reparación más gravosa que la obligación originaria a la cual está substituyendo, y es esto lo que explica la excepción para el deudor de mala fe que comete un dolo rehusando cumplir su obligación, ya que según el artículo 1134, las convenciones deben ejecutarse de buena fe, y la mala fe autoriza a no permitirle este deudor a invocar una regla que es favorable a sus intereses, porque la mala fe debe ser sancionado severamente. Ver

la naturaleza objetiva o subjetiva del juicio de previsibilidad, su aplicación a la causa del daño o también a la cuantía del mismo, etc. Todos estos temas son sin duda importantes, pero no van al problema central: su sentido y el alcance. Como resultará obvio, sin conocer el significado real del criterio de la previsibilidad, difícilmente se pueden llegar a soluciones correctas en los otros aspectos.

En lo que respecta a su concepto, el análisis de la mayoría de la doctrina se ha contentado con atender más bien al tenor literal del verbo *prever*, a lo que se une una deficiente remisión al texto de POTHIER, en especial a la idea de que la limitación a los daños previsibles estaría fundada en el principio según el cual las obligaciones que nacen de los contratos no pueden formarse más que por el consentimiento y voluntad de las partes, por lo que la indemnización debe limitarse a la suma que el deudor, al momento de contratar, pudo pensar como máximo que alcanzarían los perjuicios. De esta forma, se concluye que la previsibilidad está limitando resarcimiento a los daños que el deudor pudo estimar que se producirían en caso de incumplir, para agregar algunos que la estimación es de carácter abstracta según el modelo del buen padre de familia. Casi nada más ha hecho la generalidad de la doctrina para desentrañar el verdadero significado del criterio, al punto de ser contadas las obras que abordan siquiera la diferencia entre daño los términos previsto y previsible.

Obviamente, una concepción semejante de la previsibilidad tiene que suscitar numerosas críticas. Entendida de esa manera, carece de fijeza en su determinación, su justificación resulta más que dudosa, y se corre el riesgo de duplicar criterios con la exigencia de la *necesariedad* del perjuicio. En este contexto, se dice, que un criterio de estas características haya sido recepcionado por el Derecho anglosajón sólo puede explicarse por una urgente necesidad de contar dicho sistema legal con un criterio de delimitación del daño, unido a la utilidad que los jueces del *common law* vieron en una norma

LARROUMET, CHRISTIAN, *Droit Civil. Les Obligations. Le contrat*, t. 3, 2ª edic, Edit. Economica, Paris, 1990, p. 667.

elástica y flexible, que por su misma indefinición se acomodaba perfectamente para ser utilizada como herramienta de *policy law*.

Corresponde, entonces, abordar ahora los diversos aspectos y características de la regla limitativa, no sin antes aclarar que lo dicho con anterioridad no significa que no existan estudios que aborden el problema central de la previsibilidad y que en este trabajo hayamos tenido que partir de la nada. Por mencionar solo algunos de los estudios sobre el tema, podemos recordar que en Francia DUMAS hace ya casi cien años nos develó el origen y desarrollo histórico de la institución y SOLEAU sistematizó los aspectos más importantes del daño previsible; en Italia, autores como BARCELLONA aportaron interesantes antecedentes para entender su verdadero significado; y en España, el trabajo inédito de LEÓN continúa siendo uno de los más clarificadores en los diversos aspectos que aborda, y sin duda es un referente obligado.

1.- PREVISIBILIDAD Y CULPABILIDAD

Hemos señalado que la previsibilidad nació a propósito de los casos de responsabilidad por evicción y por vicios redhibitorios, es decir, en supuestos de responsabilidad objetiva; también hemos indicado, a propósito del análisis de la expresión deudor de buena fe, que las nuevas orientaciones tiende a efectuar una interpretación objetiva de la responsabilidad contractual, donde la culpa ya no constituiría el criterio de imputabilidad para el deudor, o por lo menos junto a ella existirían otros supuestos de imputabilidad. Pero lo que se quiere analizar ahora es otro tema: si se tiene presente que incurre en culpa quien no prevé la falta de cumplimiento o el evento dañoso, o no los evita⁶⁴⁶, es necesario determinar la relación que existe entre la imprevisibilidad del evento (el incumplimiento en responsabilidad contractual) propia de la culpa⁶⁴⁷ y el criterio de la previsibilidad del daño actualmente en estudio.

⁶⁴⁶ *Enciclopedia Jurídica básica*, t. 2, Civitas, Madrid, 1995, p. 1863.

⁶⁴⁷ En verdad, y sin el deseo de polemizar sobre el tema, la imprevisibilidad del evento más que elemento

Debemos señalar desde ya que la previsibilidad del artículo 1.107 no es la que funda el reproche de la culpa y que fundamente el juicio de responsabilidad, y en esto coincide la generalidad de los autores que se han preocupado de analizar el tema. Clarificador resulta en este sentido, las ideas expresadas por LEÓN, quien señala que no debe confundirse la previsibilidad del artículo 1.107 con la previsibilidad del evento exigida para calificar de culposa la conducta del deudor, es decir, para establecer que no previó la causa determinante del incumplimiento pudiendo y debiendo hacerlo. Ambas previsibilidades difieren en tres aspectos básicos.

En primer lugar sobre su objeto, pues en la culpa la posibilidad de previsión recae sobre el evento, plateándose la cuestión en los términos: ¿podría prever el deudor que su conducta produciría como resultado el incumplimiento o defectuoso cumplimiento de la obligación? En los daños, la previsión tiene por objeto no el incumplimiento, sino sus consecuencias lesivas, es decir, los perjuicios que se producirán en el patrimonio del acreedor, por lo que aquí la cuestión se plantea en los términos: ¿podría prever el deudor que en caso de producirse el incumplimiento se ocasionarían aquellos determinados daños? En segundo lugar difieren **en cuanto al momento de la previsión**: en la del evento, el momento es aquél en que se produce la acción u omisión que determina el incumplimiento. En la del daño el momento es anterior: el tiempo en que se constituye la obligación. Por último, **en cuanto a sus efectos**: la previsibilidad del evento sirve para determinar si el deudor ha incurrido o no en culpa y, en consecuencia, sirve para establecer si debe o no ser declarado responsable (*an respondeatur*); es en definitiva la previsibilidad a que se refiere el artículo 1105. La previsibilidad del 1107, por el contrario, opera como un criterio ulterior: establecer qué consecuencias dañosas entran en el área del resarcimiento (*quantum respondeatur*)⁶⁴⁸.

de la culpa es un elemento del caso fortuito, como lo demuestra el artículo 1105 del Código civil, y lo que sucede es que tanto la imprevisibilidad como la inevitabilidad del *Casus* no debe deberse a culpa del deudor. Sin embargo, para respetar la exposición tradicional se hablará de la previsibilidad del evento en materia de culpa.

⁶⁴⁸ LEÓN, *De nuevo sobre el art. 1107 del código civil*, cit., p. 145, y *Gravedad de la culpa*, cit. pp. 84 y 85.

De igual forma, Carrasco indica que: “La previsibilidad a la que hace mención el artículo 1107 no es la previsibilidad que funda el reproche de la culpa (suceso previsible o evitable), es decir, no versa sobre el suceso que impide cumplir. La previsibilidad - culpa fundamenta el juicio de responsabilidad; la previsibilidad - daño fundamenta el juicio de imputación de daños al deudor culpable”⁶⁴⁹.

En definitiva, si tuviéramos que sintetizar en pocas palabras la diferencia entre ambas previsibilidades, podríamos decir que la de la culpa atiende a establecer el *an respondeatur* y la del artículo 1107 ayuda a fijar el *quantum respondeatur*.

Y no se crea que la distinción expuesta se trata de una mera cuestión teórica, porque la confusión entre ambas previsibilidades ha llevado al error de estimar que la previsibilidad del evento puede, además de su función propia, cumplir también la de la previsibilidad del perjuicio⁶⁵⁰, es decir, se comete la equivocación de creer que se está ante previsibilidades intercambiables en sus funciones, donde una puede cumplir la misión de la otra.

⁶⁴⁹ CARRASCO, *Comentario al artículo 1.107*, cit., p. 739. Establece también la diferencia entre estas dos previsibilidades MONTÉS, *Sobre la responsabilidad del deudor de buena fe*, cit., p. 2442.

⁶⁵⁰ En este sentido, creemos que se confunden ambas previsibilidades al señalar: “Si el sistema de responsabilidad está basado en la culpa, concebida bajo la base de la previsibilidad, es esta noción la que limita el alcance de la responsabilidad y lo hace interviniendo no solamente para determinar si ha existido o no negligencia, sino, además, para indicar cuales daños han entrado en la esfera del deber de conducta del sujeto que actúa. **La falta de previsibilidad actúa entonces de una doble manera: para determinar si la conducta observada por el demandado fue o no culpable, en el sentido de si pudo y debió prever que es acto podía causar daño y por otra, para fijar la extensión del daño reparable con el fin de no extender la responsabilidad a daños remotos**”, DOMÍNGUEZ, *Aspectos de la relación de causalidad*, cit., p. 120. Valga la aclaración que el autor no confunde la previsibilidad de la culpa con la previsibilidad del perjuicio, sino con la previsibilidad propia de la de la teoría de la causalidad adecuada, que entiende asimilable a la previsibilidad del daño como criterio delimitador de la responsabilidad

2.- OBJETO Y FUNCION DEL JUICIO DE PREVISIBILIDAD.

A.- SIGNIFICADO Y FUNCION DE LA PREVISIBILIDAD

El recorrido histórico que hemos realizado sobre la formación de la previsibilidad ha sido fundamental, pues nos ha proporcionado importantes datos y antecedentes, única manera de desentrañar su verdadero significado, objeto y función. Por lo demás, la idea de que el análisis histórico es imprescindible para dar claridad sobre el tema no es nueva ni original, pues, como hemos expresado en más de una ocasión, desde ROCES viene señalándose la necesidad de un estudio en tal sentido. Efectuada esta labor, corresponde ahora abocarnos a su análisis desde un punto de vista dogmático, no sin antes advertir que algunas de las ideas ya formuladas deberán volver a reiterarse en esta parte del trabajo.

Partamos por recordar que la previsibilidad tiene dos significados diferentes, que a su vez le permiten desempeñar una doble función. En su primer sentido, permite extender el resarcimiento más allá de la cosa misma objeto de la prestación incumplida, al estimar que *son indemnizables todos los perjuicios que a consecuencia del incumplimiento puedan producirse en el patrimonio del acreedor, considerando la destinación o función económica asignada a la prestación no realizada, y siempre que dicha destinación haya sido conocida por el deudor y asumidos sus riesgos en forma expresa o tácita.*

La afirmación anterior merece dos observaciones:

La primera, es que ***la previsibilidad tuvo por objetivo extender la indemnización históricamente limitada a la cosa misma objeto de la obligación.*** La preocupación de los autores del Derecho común fue que los perjuicios extrínsecos se incluyeran en el *quantum resarcitorio*, y lo logran asociando el destino que tenía la prestación incumplida a la idea de la previsibilidad. En cambio, nunca existió cuestionamiento acerca de que los daños sufridos en la cosa misma objeto de la obligación fueren indemnizable.

Sin ir más lejos, POTHIER señalaba que esta clase de perjuicios, conocidos también como intrínsecos, son siempre previstos y por lo tanto resarcibles⁶⁵¹ (sin perjuicio de la facultad de moderación de su monto, según veremos).

De lo expresado, podemos concluir que **el mayor valor de la prestación incumplida debe ser siempre indemnizado**, ya que es el daño intrínseco por excelencia⁶⁵². Sin embargo, como veremos, esta circunstancia no siempre ha sido entendida en términos satisfactorios por parte de la jurisprudencia.

La segunda observación, se refiere a la necesidad de precisar la relación o conexión interna que existe entre los conceptos de *conocimiento del destino o función económica asignado al bien o servicio contratado y asunción del riesgo*, por un lado, y la previsibilidad del daño, por el otro. Al respecto, podemos decir que *son previsibles todos los daños causados por el incumplimiento cuando el deudor conoció el destino que el acreedor asignaría a la prestación y siempre que haya asumido, a lo menos tácitamente, el riesgo de tal destino*.

De esta forma, contrariamente a lo que comúnmente se estima, *la previsibilidad no persigue precisar los perjuicios que el deudor pudo representarse como consecuencia de su incumplimiento, sino que busca determinar el conocimiento que el deudor tenía acerca del destino que se daría a la prestación incumplida y la aceptación de su parte del riesgo de dicha destinación*. En consecuencia, **dos son las exigencias para estimar que un daño extrínseco es previsible: que el deudor haya tenido conocimiento del destino que se pensaba dar a la prestación incumplida, y que haya asumido expresa o tácitamente el riesgo de tal destino**.

En cuanto **al conocimiento que el deudor debe tener acerca del destino o función económica que tenía asignada la prestación incumplida**

⁶⁵¹ Otro problema —de por sí muy interesante, pero que no corresponde tratar en este trabajo—, es si en caso de los llamados perjuicios intrínsecos estamos realmente ante la indemnización de un perjuicio, o más bien ante el equivalente de la prestación incumplida. Para más antecedentes sobre el tema, nos remitimos a la monografía de LLAMAS, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, ya citado.

⁶⁵² Aunque limitando su alza hasta el momento en que según el deber de mitigar el daño el acreedor está obligado a cubrirse en el mercado.

por parte del acreedor, éste puede ser **expreso**, lo que sucederá cuando la convención lo señale en términos formales y explícitos, o **tácito**, cuando dicho destino pueda deducirse de la naturaleza y contenido del contrato. En ambos casos, pero especialmente en el último, será necesaria la interpretación de la convención, incluyendo dentro de la actividad hermenéutica la fijación de datos y la integración.

Además del conocimiento del destino del bien o servicio contratado, *se exige la aceptación expresa o tácita por parte del deudor del riesgo que tal destino conlleva. La expresa* se refiere a una cláusula contractual en que el deudor asume el riesgo del daño derivado de determinada destinación del bien o servicio comprometido. Estaremos ante **la aceptación tácita de un riesgo cuando al tiempo de contratar, el deudor tuvo conocimiento de la destinación que se daría a la prestación incumplida, conocimiento que debe obtenerse del contrato mismo y de los elementos que sirven para su interpretación e integración** (cláusulas contractuales, calidad de las partes intervinientes, clases de bienes o servicios contratados, etc.). Otra forma de conocimiento no hace presumir que el riesgo fue asumido tácitamente.

En suma, el deudor que de acuerdo al contrato conoce el destino asignado a la prestación contratada, asume también el riesgo de su incumplimiento.

Todas las ideas anteriormente expresadas, nos pueden llevar a la siguiente conclusión:

El objeto del juicio de previsibilidad no es el perjuicio que el deudor pudo anticipar, sino el conocimiento que en conformidad al contrato tenía del destino o función económica asignada a la prestación incumplida, conocimiento que implica asumir el riesgo de todo daño conectado a tal destinación.

Podemos decir que existe una ficción entre el conocimiento de la destinación y la previsibilidad de los perjuicios, pues conociendo en conformidad al contrato la función económica de la prestación, se responde de todos los perjuicios que derivan de ella, con independencia de lo que realmente

en cada caso concreto se hayan anticipado por el deudor respecto a los daños que su incumplimiento pudiera causar. Luego:

La previsibilidad del daño es un problema de interpretación e integración del contrato y no un problema de lo que el sujeto pudo o no estimar.

No interesa saber si el deudor en su mente o *psiquis* previó o no el perjuicio, o si un sujeto abstractamente considerado pudo anticipar los daños derivados del incumplimiento. Lo único que interesa es determinar si de los términos del contrato (para lo cual se requiere su interpretación, fijación e integración) conoció o pudo conocer, expresa o tácitamente, el destino económico de la prestación a que se había obligado. De ser así, se entiende que también asumió el riesgo por los perjuicios que su incumplimiento causaría al acreedor, como consecuencia de no poder realizar éste el proyecto económico a que la prestación incumplida estaba destinada, y deberá, por tanto, responder de todos estos daños.

Que la interpretación del contrato nos permite conocer el proyecto económico perseguido por las partes, es una idea que pone de manifiesto CLAVERÍA, al señalar: *“el objetivo nuclear de la actividad hermenéutica es la detección de eso que llamaremos causa, esto es, la función económico-social concreta querida por los concretos contratantes que prestaron consentimiento”*⁶⁵³.

Para el caso que del contrato no se deduzca un proyecto económico especial, se considerará el proyecto o destino común o general, atendida la naturaleza de la obligación contratada. Ahora bien, dentro de una misma destinación puede asumirse un mayor o menor riesgo. No es lo mismo vender madera para construir una casa pequeña de un solo piso que para construir una grande de tres pisos: el destino es el mismo, pero el riesgo por incumplimiento es diferente. La aceptación de este riesgo, al igual que sucede con la destinación, deberá aparecer en el propio contrato. Pero si el convenio

⁶⁵³ CLAVERÍA GOSÁLBEZ, LUIS HUMBERTO, *“Interpretación, Calificación e Integración del Contrato”* en *“Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo”*, t. 2, 1ª edic., Thomson Civitas, España, 2003, p. 1649.

expresa una destinación genérica sin aludir a un riesgo específico (por ejemplo, para construir un inmueble, sin indicar las características de éste), creemos, el deudor deberá responder del mayor riesgo dentro de la destinación asumida, es decir, ***será de cargo del acreedor que se estipule un riesgo específico, dentro de los varios posibles en una determinada destinación.*** Sin perjuicio de lo anterior, y atendiendo a las circunstancias del caso, podrá moderarse la responsabilidad del deudor por la segunda función de la previsibilidad, según veremos más adelante.

De todo lo dicho, podemos concluir que el *Code* y los textos que le siguen, tomando en consideración las enseñanzas de los autores del Derecho común, en especial de POTHIER, han entendido que:

Es previsto todo daño que el acreedor sufre por la falta o defectuosidad del bien o servicio contratado, considerando el particular destino o proyecto económico que tiene asignado, siempre que el mismo contrato haya permitido al deudor tomar conocimiento, expreso o tácito, de tal destino.

Es evidente que nuestra posición sobre el sentido de la previsibilidad del perjuicio, en especial que el objeto de la previsibilidad es la destinación de la prestación y no el daño causado por el incumplimiento, no es aceptada por la generalidad de los autores que siempre ha estimado que el objeto del juicio de previsibilidad es el perjuicio. Sin embargo, ***resulta destacable que un sector de la doctrina moderna ponga hincapié en que la previsibilidad depende directamente del conocimiento que tenga el deudor de los intereses puestos en el contrato por el acreedor***⁶⁵⁴. Argumentan que existe una previsibilidad específicamente contractual que debe distinguirse de la previsibilidad propia de la culpa y de la inejecución del contrato, y agregan que lo esclarecedor en este sentido es tener presente que *el acto de previsión del*

⁶⁵⁴SOLEAU, *La prévisibilité du dommage contractuel*, cit., pp. 14, 20 y ss., y MALAURIE, PHILIPPE Y AYNES, LAURENT, *Cours de droit civil. Les Obligations*, t. 4, 6ª edic., Cujas, Paris, 1995, pp. 482 y ss.

*deudor se debe establecer a partir del contrato y toda la información entre las partes que rodean su conclusión*⁶⁵⁵.

Sin duda que la doctrina anterior constituye un real avance, pues permite objetivar el juicio de la previsibilidad, lo aproxima a la idea del conocimiento de la destinación de la prestación obtenida mediante la interpretación del contrato, y en sus resultados prácticos tenderá a coincidir con la doctrina aquí propuesta. No obstante, consideramos que de todas maneras se trata de una interpretación equivocada, *porque precisar la destinación del bien según el contrato es el fin del juicio de previsibilidad y no el medio para determinar los daños que el deudor pudo prever*. En otras palabras, sigue anclada en la idea de que el juicio de previsibilidad tiene por objeto determinar los perjuicios que el deudor pudo anticipar como tales.

Pero como ya hemos dicho, el expuesto no es el único sentido en que se utiliza la expresión previsibilidad. En efecto, una vez determinado los daños previstos que deben ser indemnizados, entra en juego **el segundo sentido de la previsibilidad, entendida como una facultad moderadora del monto resarcitorio**. Aquí su función ya no es seleccionar o decidir qué perjuicios serán indemnizables y cuáles no, sino moderar o reducir la indemnización a la suma o monto que el deudor pudo estimar que ascenderían los daños previstos en caso de incumplimiento.

Vigente la Constitución de JUSTINIANO, la previsibilidad era en opinión de DUMOULIN únicamente la explicación del porqué en los casos ciertos la ley establecía como monto máximo de la indemnización el doble del valor de lo debido⁶⁵⁶, es decir, era la razón o el fundamento de esta moderación legal en base a un valor fijo. Al perder vigencia la Constitución, la previsibilidad deja de ser la figura explicativa de esta norma y pasa a ser un criterio de moderación que decide cuando un daño indemnizable no debe ser resarcido por ser imprevisible en su monto. Luego, producto de este tránsito de explicación a criterio, fue necesario buscar el fundamento de la previsibilidad

⁶⁵⁵ Al analizar los índices de previsibilidad, veremos que en opinión de un sector doctrinal éstos son los que permiten al deudor tener conocimiento de los intereses de su acreedor en el contrato y, por ende, prever los perjuicios que su incumplimiento ocasionará.

⁶⁵⁶ Sin perjuicio de que él también utilizaba la previsibilidad en el primer sentido ya visto, donde era un

como facultad moderadora, y se encontró en el argumento de que *las obligaciones nacidas de los contratos sólo se forman por el consentimiento y voluntad de las partes, por lo que se entiende que el deudor sólo ha querido obligarse hasta la suma que ha podido en realidad prever que podrían alcanzar en lo más alto los perjuicios causados por el incumplimiento.*

Resulta oportuno destacar que el argumento recién citado —tan utilizado por la doctrina—, *está destinado únicamente a justificar la previsibilidad en su segundo sentido*, es decir, como facultad moderadora del monto de los daños declarados indemnizables, y no para explicar la primera función de la previsibilidad, como comúnmente se cree. El no percatarse de esta circunstancia ha dado lugar a numerosos equívocos.

A la inversa de lo que sucede con la primera función, ***la previsibilidad en su segundo sentido tiene su campo propio en los perjuicios intrínsecos.*** En esta clase de daños, el ejercicio de la atribución judicial de limitación del monto a resarcir se encuentra perfectamente acotado y explicado, pues se proporciona un claro parámetro que guía al juez en el ejercicio de su facultad de moderación, el cual indica que la indemnización no debe superar el doble del valor de la cosa objeto de la obligación; y si bien la Constitución de JUSTINIANO, que era la que establecía tal límite, se encuentra derogada, se trata de un criterio fundado en la razón y en la equidad, que puede seguir empleándose. Por supuesto, al carecer actualmente de fuerza legal, su aplicación hoy en día es más bien a título de principio orientador, y el juzgador puede utilizarlo con gran flexibilidad.

En los perjuicios extrínsecos, por el contrario, no existe ningún valor fijo con el cual relacionarlo, que sirva para señalar que sobre determinado múltiplo de dicho monto, el daño ya no puede ser previsible. El propio POTHIER, en el número 165 de su *Traité*, reconoce que la reducción de la indemnización en el caso de los extrínsecos carece de parámetros más o menos claros y objetivos en base a los cuales proceder, y aquí sí que la facultad de moderación queda entregado a la pura *psiquis* del deudor, en

real criterio delimitador del daño.

cuanto a lo que él pudo pensar que ascenderían como máximo estos perjuicios.

Fuera de carecer de parámetro objetivos, se produce *un quiebre en el razonamiento* de POTHIER para justificar la moderación de los daños extrínsecos, pues se acude a la idea del riesgo asumido. El problema es que la asunción del riesgo se deduce objetivamente de la destinación que según el contrato el acreedor daría al bien contratado, y no de la psiquis del deudor. Luego, para saber cuál es el riesgo que fue aceptado por el incumplidor, debe interpretarse el contrato, y si de él se deduce que no se ha asumido tal riesgo, no estamos en un problema de moderación, sino lisa y llanamente de exclusión de la indemnización de dichos perjuicios, en atención al primer sentido de la previsibilidad.

Pero no sólo se trata de un problema de parámetros en base a los cuales proceder a la moderación y de deficiente fundamento de la prerrogativa judicial, sino que también de decidir si esta función de la previsibilidad fue recogida por las legislaciones. Como sabemos, el proyecto del *Code* contemplaba la facultad de moderación de los tribunales para todo tipo de perjuicios sin distinción, y lo hacía en una norma distinta a la destinada a regular la previsibilidad. Esta disposición fue finalmente suprimida, pero su consagración original dio pie para estimar que el criterio de la previsibilidad no permite moderar el monto a indemnizar, o por lo menos no puede hacerse respecto de los daños ocurridos en bienes diferentes al que fue objeto de la obligación.

Por todo lo anterior, estimamos que *el Code habría recogido la previsibilidad en su segundo sentido, esto es como facultad de moderación, en la expresión on a pu prevoj del artículo 1151; pero únicamente para los daños intrínsecos*, donde tiene un antecedente claro y objetivo en el precio del bien o servicio, y no regiría para los extrínsecos, donde la facultad de moderación tenía su peor fundamento y su más incierta forma de operar. En todo caso, en España esta discusión carece de mayor importancia, al contar con la norma del artículo 1103 del Código civil.

Como se podrá apreciar, desde un punto de vista temporal, el juzgador debe primero recurrir a la previsibilidad en su primer sentido, para establecer si un perjuicio es o no indemnizable (salvo en el caso de los intrínsecos que siempre lo son), determinados los daños resarcibles y liquidados en su monto, se pasa a utilizar el segundo sentido de la previsibilidad, para decidir si ellos deben o no ser moderados. En consecuencia, **la previsibilidad en su segunda función (la facultad moderadora) sólo puede actuar sobre el monto de los perjuicios** y nunca sobre la clase de éstos, que serán determinados por la previsibilidad en la primera función y de acuerdo al procedimiento ya analizado. Los demás aspectos fueron vistos al estudiar su formación histórica, por lo que para evitar repeticiones inútiles nos remitimos a la allí señalado.

En definitiva, el segundo sentido de la previsibilidad no hace alusión a un verdadero criterio delimitador del daño sometido a reglas precisas, claras y objetivas, sino simplemente a *una facultad moderadora fundada en razones de equidad, donde la remisión a lo que el deudor pudo anticipar, junto a la idea de la limitación al doble son más bien pautas dada al juez para aplicar la moderación en forma racional y no caprichosa.*

La doctrina en general no ha logrado distinguir los dos sentidos de la previsibilidad, lo que aparte de llevarla a equívocos sobre el fundamento del criterio, ha suscitado un intenso debate sobre si la exigencia de la previsibilidad se dirige al monto o a la causa del daño, según pasamos a analizar.

B.- EL DAÑO INTRINSECO Y LA PREVISIBILIDAD.

Aunque ya hemos hecho la distinción entre daño previsto e intrínseco y la doctrina española no los identifica, de todas formas es preciso reiterar que se trata de conceptos diferentes⁶⁵⁷. La razón de esta aclaración

⁶⁵⁷ Sin embargo, no puede dejar de mencionarse la particular interpretación de DE ANGEL (*Análisis del artículo 1.107 del Código civil, en Comentario del código civil*, cit., p.55), cuando señala que el deudor de buena fe que es diligente, pero que de todas maneras debe responder, ya que solo el caso fortuito exonera, por lo que estará obligado a los llamados daños intrínsecos, “*mientras que para asumir la responsabilidad respecto de los daños “extrínsecos” o ulteriores se necesitará la concurrencia de, al menos, culpa*”. p. 55.

no se debe únicamente a una adecuada sistematización de la exposición, sino que se debe también al hecho que una moderna corriente doctrinal francesa, motivada por su noción de la responsabilidad contractual —o mejor dicho, por su concepción sobre la inexistencia de tal responsabilidad—, postula la identificación entre daño previsible e intrínseco⁶⁵⁸. Además, resultará igualmente interesante analizar algunos fallos para ver si en la práctica efectivamente el perjuicio intrínseco se ha estimado siempre indemnizables, por su evidente carácter previsible.

Como se indicó, POTHIER señala que ordinariamente las partes han considerado solo haber previsto los daños e intereses que el acreedor podría sufrir con relación a la cosa misma que ha sido su objeto, y no aquellos que la inejecución de la obligación le ha ocasionado además en sus otros bienes. Agrega, sin embargo, que el incumplidor responderá de los extrínsecos, en el momento en que parece que por el contrato, ellos han sido previstos, y el deudor se ha hecho expresa o tácitamente cargo de los mismos, en caso de inejecución de su obligación⁶⁵⁹. De estas palabras, entendemos que los perjuicios intrínsecos serán siempre daños previstos, y los extrínsecos podrán serlo cuando por la naturaleza de la obligación aparezca que debieron preverse. Luego, *no existe identificación, sino interrelación de conceptos*, ya que todo daño intrínseco se presumirá previsto, pero no todo perjuicio previsto es intrínseco, pues también pueden serlo los llamados extrínsecos⁶⁶⁰.

Los Tribunales españoles han tenido oportunidad de referirse en más de una ocasión sobre la previsibilidad del llamado perjuicio intrínseco. La mayoría de los pronunciamientos han sido en materia de compraventa de inmuebles, por el atraso en la entrega del bien comprado, es decir, el perjuicio por el no uso del bien raíz adquirido, aunque también han existido otros no

⁶⁵⁸ En este sentido, REMY, «*La « Responsabilité contractuelle »: histoire de un faux concept*», cit., p. 323 y ss, y en especial 351.

⁶⁵⁹ POTHIER, *Traité*, cit., n 161 y 162, pp. 181 y 182.

⁶⁶⁰ Valga como aclaración que POTHIER no expresa que los daños intrínsecos se presumen previstos (pudiendo existir prueba en contrario), sino que **lo presumido es que la previsión se limitó a los daños intrínsecos**.

siempre con resultados satisfactorios, relativos a la indemnización por el aumento del bien objeto de la obligación.

En cuanto a indemnización por el no uso del bien, **la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de octubre del año 1982** resolvió el caso de la demora en la entrada en uso de un complejo turístico por desperfectos en su construcción. Se condenó al encargado de obra a indemnizar el costo de reparación y además a una cantidad no superior a los 15 millones de pesetas por el no uso. El demandado recurre de casación, argumentando entre otros motivos que no es responsable de los daños que no se han podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que no son consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento, como serían en su opinión los perjuicios derivados del retraso en la ocupación y venta de las edificaciones.- El tribunal Supremo rechaza esta alegación, al expresar: *“...es indudable que en el caso debatido concurre el presupuesto que la norma invocada exige para la responsabilidad del deudor de buena fe; es decir, que se trate de daños y perjuicios previstos o podidos prever al tiempo de constituirse la obligación...”*⁶⁶¹.

En sentencia de 23 de julio de 1997 el Supremo vuelve a reiterar su doctrina del daño previsto por el no uso del inmueble entregado, señalando al efecto: *“...Ha de tenerse en cuenta que el incumplimiento de una obligación, cuando no sea doloso, obliga a indemnizar los daños y perjuicios previstos «o que fueran previsibles al constituirse una obligación» (artículo 1107, párrafo 1.º, CÓDIGO CIVIL). La falta de entrega de un inmueble produce de suyo un daño mínimo al acreedor, representado por su valor de uso. Es un daño «in re ipsa», que obliga a su indemnización”*⁶⁶².

El fallo recién citado es interesante, a lo menos, por dos motivos: primero, porque establece el resarcimiento por el perjuicio de indemnidad a

⁶⁶¹ RJ 1882\5565. Se reclama también que no se ha probado el supuesto lucro cesante como se exige por la doctrina legal. Motivo que también rechazó el supremo, fundado en el hecho que *“en la instancia se probó que los defectos constructivos enumerados en el quinto de los considerandos de la sentencia recurrida dieron lugar a la inhabilitación del edificio...”* *“desperfectos o vicios motivadores del retraso en la ocupación y entrega definitiva del inmueble y consiguiente disponibilidad sobre el mismo por parte de su propietario, que hacen que el juicio de probabilidad acerca de los perjuicios de aquél no sea inseguro ni incierto, ni meramente imaginario, sino que hay una probabilidad objetiva según el decurso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso (ocupación de viviendas para su venta a terceros) para la estimación de un lucro cesante, aun apreciado por el prudente criterio restrictivo”*.

favor del usuario del bien, y segundo, porque lo declara absolutamente previsible, calificándolo de daño «*in re ipsa*».

La Audiencia Provincial de Barcelona va aún más lejos y admite la indemnización del perjuicio por la imposibilidad de su uso durante el tiempo de mora en la entrega del inmueble, con independencia de que efectivamente se haya arrendado otro inmueble hasta su entrega. Señala **la sentencia de 16 de enero de 2003**:

*“La cuestión suscitada se centra, por tanto, en el derecho a indemnización de daños y perjuicios por retraso en la entrega de una vivienda. Y, siendo obligación del vendedor en el contrato de compraventa la entrega de la cosa vendida (artículo 1461 Código civil), habiéndose establecido un plazo para la misma, sin constar causa que justifique dicha falta de entrega, no pudiendo quedar el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes (artículo 1256 Código civil), conlleva dicha morosidad en la entrega una indemnización de daños y perjuicios (artículos. 1106 y 1107 Código civil), siendo privados los compradores sin causa del disfrute que les correspondía de la vivienda, y plaza de parking adquirida (artículo 1468.2 Código civil), disfrute que se exterioriza mediante su uso o percepciones por su arrendamiento, que se pierde por la falta de entrega, y que **genera un daño indemnizable, independientemente de que no arrendaran otra vivienda hasta momento posterior a la demanda**, lo que no impide que no pueda estimarse un efectivo daño, el cual en el suplico de la demanda se solicita sean valorados en ejecución de sentencia, lo que es conforme en cuanto el mismo no quedará determinado hasta la entrega de la vivienda”⁶⁶³.*

La sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife, de fecha **16 de febrero de 2004**, vuelve a reiterar la doctrina de la previsibilidad del daño por no uso del inmueble debido a la demora en su entrega. Señala también que la forma de cálculo del perjuicio es el valor de las rentas de arrendamiento en que tuvo que incurrir en acreedor⁶⁶⁴. Finalmente, **la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2003** reitera la doctrina que la falta de entrega de

⁶⁶² Sentencia de 23 de Julio de 1997 (RJ 1997/5808)

⁶⁶³ CONSIDERANDO CUARTO, en JUR 2000\140458

⁶⁶⁴ AC 2004 \721 “siendo además indudable que eran de todo punto previsibles para el vendedor los daños y perjuicios que por su morosidad en la entrega de la misma... podría originar al comprador, por lo que debe concluirse que, en aplicación de lo dispuesto en los arts. 1106 y 1107 CÓDIGO CIVIL, partiendo de la repetida realidad del daño, hay que determinar la cuantía del mismo”(C° 3°).

la vivienda causa como daño previsible los gastos de alojamiento por no poder disponer del inmueble⁶⁶⁵.

Los fallos anteriores hacen alusión al bien mismo objeto de la obligación; pero, al igual que para POTHIER, para los tribunales españoles el daño intrínseco comprendería también otros perjuicios. Es el caso de **la sentencia de 11 de marzo de 2002**, dictada en juicio indemnizatorio por incumplimiento contractual. Se declaró resuelto un contrato de arrendamiento por ruina del edificio, y si bien se decidió que no era posible obligar al arrendador a reconstruir el inmueble, si debía éste indemnizar al arrendatario porque su negligencia en las reparaciones había facilitado tal ruina. De esta forma, se declaró resarcible las diferencias de renta entre la pactada en el contrato y el valor de mercado, *y también los gastos de transporte de los muebles*⁶⁶⁶. Se recordará el ejemplo dado por POTHIER del arrendatario evicto, donde se debía reparar, además de la diferencia de renta, los gastos de traslado del mobiliario. Aunque la sentencia no indica el requisito de la previsibilidad, desde el momento que declaró que el incumplimiento era negligente —y no doloso—, entendemos que en la determinación de la

⁶⁶⁵ RJ 2003\7155. CONSIDERANDO SEGUNDO: “...En el punto d) de la súplica de la demanda se pedía finalmente la condena de los demandados al pago de una serie de gastos que decían derivaban de no haber podido tener para su uso y disposición la vivienda cuya ejecución se contrató para su entrega, una vez terminada, en determinada fecha. **Esta petición se estima en lo que concierne a los gastos de alojamiento, pues es consecuencia previsible del incumplimiento (art. 1.107 CÓDIGO CIVIL) el que los actores, venidos de Inglaterra al efecto de residir en España, necesitasen alquilar un inmueble que satisficiera el interés que le llevó a contratar. El importe de esta indemnización se concretará en ejecución de sentencia, tomando como fecha inicial la fijada para la entrega de la obra, aumentada con los días transcurridos desde que se debió pagar el tercer plazo hasta que efectivamente se pagó...**”.

⁶⁶⁶ RJ 2002\5691. CONSIDERANDO SEXTO “A la hora de establecer el importe de estos daños y perjuicios en relación con lo pedido y acreditado por la actora, sólo cabe incluir las partidas referidas a «transportes de muebles», ciento nueve mil doscientas cincuenta pesetas (109.250 ptas.) y la «diferencia mensual entre renta abonada y renta de mercado» que fija, y aceptamos, por los criterios empleados, en cuatro millones doscientas mil pesetas (4.200.000 ptas.). Deben excluirse los «gastos de notaría» e «impuestos», por la compra de una vivienda que no representa un daño, ni un perjuicio directamente achacable a la necesidad del cambio de vivienda y reducirse la cantidad reclamada en concepto de daños morales a la suma de quinientas mil pesetas (500.000 ptas.). En consecuencia, se condena a la demandada a pagar a la recurrente la cantidad de cuatro millones ochocientos nueve mil doscientas cincuenta pesetas (4.809.250 ptas.). Las costas, al estimarse parcialmente la demanda, no se imponen, en especial, a ninguna de las partes (artículo 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Tampoco se condena al pago de las de segunda instancia, ni a las de este recurso, que deberán satisfacerse por cada parte las suyas”.

indemnización tuvo presente que se trataba de daños previstos.

Pero junto a estas decisiones, es posible también encontrar otras en que se ha negado la indemnización de los daños intrínsecos, específicamente al aumento del valor del bien objeto de la obligación, a pesar que son perjuicios siempre previstos, como ya se ha indicado. Es el caso de **la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 marzo de 1934**, que debió resolver la indemnización de daños solicitada por el incumplimiento por parte del vendedor a un contrato de compraventa de parcelas. Se pedía como reparación la diferencia entre el valor actual de la finca y el precio que había pagado el comprador. El Tribunal Supremo niega la indemnización solicitada por este concepto, fundando su decisión en el hecho que el actor *“olvida que el artículo 1107 del Código Civil en su párrafo primero dispone, que los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o los que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento, precepto que aplicó el Tribunal y que encaja en la presente litis por haber sido desestimado su segundo párrafo, y del que surge el error de la petición del recurrente, ya que la diferencia de valor del inmueble, tal y como resulta de las dos escrituras, no pudo ser previsto al constituirse la obligación, esto es, al otorgarse la de 27 de junio de 1923, y fue una mera contingencia, incidentalmente enlazada con el incumplimiento de aquélla”*⁶⁶⁷.

El razonamiento del fallo precedente lo consideramos absolutamente errado. El perjuicio intrínseco, como lo es el aumento del valor del bien, no está sujeto a la exigencia de que el deudor hubiese podido preverlo, porque siempre es previsible, salvo evidentemente que se trate de aumento desproporcionado que supere el doble del precio original, caso en el cual se podrá aplicar la previsibilidad en su segunda función, y moderar el monto del resarcimiento. Entenderlo de otra forma es manejar una concepción de la previsibilidad más estrecha que la utilizada en la Edad media durante la vigencia de la Constitución de JUSTINIANO, porque incluso en ese tiempo siempre se

consideró que el perjuicio hasta el doble del valor de la cosa era indemnizable. Es conveniente destacar que no se estaba solicitando el resarcimiento por lucro cesante consistente en la utilidad que se podría haber obtenido por la reventa, sino simplemente el aumento del valor del inmueble. Aclaremos lo anterior, porque, como sabemos, en caso que se hubiera demandado dicha utilidad, se podría haberse sostenido que no era indemnizable, en el caso que no hubiese aparecido del contrato que el destino de la adquisición de las parcelas era revenderlas para obtener ganancias.

Casi 60 años después, el Tribunal Supremo, en **sentencia de 20 de marzo de 1990**, declara indemnizable no sólo el mayor valor, sino *el lucro frustrado* que los actores esperaban obtener de la reventa de unas fincas a su vez comprada al demandado⁶⁶⁸. Lamentablemente no existió un pronunciamiento expreso sobre la previsibilidad del daño, pues el demandado no alegó su imprevisibilidad y al Tribunal le bastó para acoger el resarcimiento constatar que la pérdida de reventa derivaba de la conducta de los demandados y era un daño cierto. Del fallo anterior surge la interrogante acerca de si en España, al igual que en Francia, la previsibilidad no es una norma de orden público, por lo que es necesario alegarla o, por el contrario, sí lo es, y los jueces deben siempre verificar su cumplimiento, se invoque o no por el incumplidor no doloso. Aunque es un tema dudoso, **estimamos que en España se sigue la doctrina según la cual la previsibilidad es una norma**

⁶⁶⁷ RJ1934\462.

⁶⁶⁸ RJ 1990\1710. Señala el considerando quinto del fallo: “...declara la sentencia de primera instancia probado que el comprador el 7 de marzo de 1985 vendió las parcelas objeto del contrato privado de 25 de febrero del mismo año a don Carlos R. L., con lo que obtenía una ganancia de 2.500.000 contrato que resultó frustrado ante la nulidad de su primera adquisición es evidente que el lucro cesante o ganancia dejada de obtener **se deriva de la conducta de los demandados** quienes incumplieron el compromiso contraído en el contrato privado al no asegurarse o recabar el consentimiento de sus esposas respectivas imposibilitando la transmisión de la propiedad al actor», así como, se reconocen en la recurrida «en el presente caso la parte actora respondiendo al dictado del artículo 1214 del Código Civil y doctrina del Tribunal Supremo que la desarrolla, conforme a la cual corresponde al actor probar los hechos constitutivos de su pretensión, ha acreditado la realidad de los perjuicios cuya reparación pretende, mediante la prueba documental y testifical aportada en autos, y de las gestiones realizadas, que al resultar imposibles, motiva el percibo del precio estipulado, sin que la parte apelante haya hecho otra cosa que negar o dudar de tales perjuicios, pero sin aportar ningún elemento de prueba que acreditara sus obligaciones en cuanto exponente de los hechos impeditivos y obstativos que a ella incumbía probar; y como todo ello ha quedado invariable en casación se impone la desestimación del motivo.”

de orden público y no requiere ser alegada, siendo exigible en todos los casos en que el incumplimiento no es calificable de doloso⁶⁶⁹.

C.- ANALISIS OBJETIVO O SUBJETIVO DE LA PREVISIBILIDAD.-

Para la doctrina mayoritaria, el juicio de previsibilidad consiste en determinar los daños que el deudor pudo anticipar que se producirían como consecuencia del incumplimiento. Entendiendo de esta manera el objeto del juicio de la previsibilidad, corresponde dar respuesta acerca del estándar que se aplicará para realizarlo, y la disyuntiva puede sintetizarse en la siguiente interrogante: ¿se utilizará como patrón el deudor concreto o un modelo abstracto, como el del buen padre de familia? Utilizar como parámetro al mismo deudor, no deja de ser una decisión razonable, si consideramos que el fundamento que se acostumbra a dar para justificar la limitación del daño previsible es que el deudor no pudo pensar obligarse a más. Sin embargo, la doctrina española, al igual que la extranjera, se decantan por la utilización de un modelo objetivo, como son el buen padre de familia o del hombre medio⁶⁷⁰.

La idea de que la previsibilidad se aprecia en abstracto parece ser influencia de la doctrina tradicional francesa. Señalan los MAZEAUD que no se trata de lo que el deudor haya podido prever, lo que significaría una apreciación *in concreto*, sino del perjuicio que “se haya podido prever”, por el tipo abstracto del buen padre de familia. Justifican lo anterior con un argumento de naturaleza gramatical, pues en su opinión la partícula “se” empleada en el artículo 1150 del *Code* no se refiere al deudor, sino a este tipo abstracto del buen padre de familia y, por ende, la apreciación de la previsibilidad se efectúa como la culpa. Deducen también de lo anterior tres

⁶⁶⁹ Es por lo demás la doctrina que se sigue en Chile, según veremos.

⁶⁷⁰ LEÓN, *Gravedad de la culpa*, cit., pp. 80 a 83; CRISTÓBAL, *El enigmático artículo 1.107 del Código civil español*, cit., p. 572, y MONTÉS, *Sobre la responsabilidad del deudor de buena fe*, cit., pp.

consecuencias: a.- La imprevisibilidad debida al hecho del deudor no absuelve a éste, porque uno prudente lo habría podido prever; b.- La imprevisibilidad debida al hecho del acreedor absuelve, y c.- La imprevisibilidad debida a una causa ajena, solo absuelve si un deudor prudente no hubiese podido prever la intervención de esa causa en la realización del daño⁶⁷¹.

Sin desear entrar en polémica sobre la bondad del argumento gramatical dado, podemos expresar que él no es en absoluto concluyente, y más bien el empleo de la partícula “se” parece indicar que estamos ante una oración pasiva⁶⁷², y no que se utilice para hacer referencia a un sujeto abstracto. Pero razonable o no el argumento, la verdad es que encontró amplia acogida en la doctrina⁶⁷³. No obstante, también ha tenido en los últimos años en Francia algunos detractores que indican que la apreciación debe hacerse en concreto⁶⁷⁴.

Es claro que la utilización del estándar del hombre medio o del buen padre de familia persigue un fin práctico: objetivar el juicio de la previsibilidad. Sin embargo, en la situación concreta ello no se logra del todo, pues para determinar lo previsible deben situar a este buen padre de familia en las mismas circunstancias en que se encontraba el deudor, incluyendo la consideración de sus cualidades personales, por lo que se termina por reconocer que el juicio no puede ser totalmente objetivo⁶⁷⁵, y la pregunta sigue siendo del tipo: ¿qué habría previsto el deudor en dichas circunstancias?

En todo caso, los autores franceses no se conforman únicamente con hacer abstracto el patrón o modelo escogido para efectuar el juicio de

2442 y 2443.

⁶⁷¹ MAZEAUD y otros, *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil*, t. 3, v. 1, cit., p. 575.

⁶⁷² La estructura de la oración subordinada sería: *des dommages et intérêts qui... on a pu prévoir lors du contrat*, lo cual parece indicar que se trata de una oración pasiva refleja antes que una oración activa impersonal. La situación es más clara para nosotros en el artículo 1107 del Código civil español (los daños y perjuicios que... se hayan podido prever, debido a que tanto el sujeto (*los daños*) y el verbo (*se hayan podido prever*) se encuentran en plural).

⁶⁷³ VAN RYN, *Responsabilité aquilienne et contrats*, cit., Jean, cit., p. 58; LALOU, HENRI, *Traite pratique de la responsabilité civile*. 5ª edic.; Dalloz, Paris, 1955, p. 388; MALAURIE Y AYNES, *Cours de droit civil*. cit., p. 482; SOLEAU, *La prévisibilité du dommage contractuel*, cit., p. 145, y LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, cit., p. 89.

⁶⁷⁴ En este sentido, LARROUMET, *Droit Civil*. cit., p. 669

previsibilidad. *Algunos también buscan objetivar la indagación que debe realizarse para precisar el daño previsible.* El procedimiento de objetivación en este sentido parte por la interrogante acerca de ¿cómo puede este deudor, o mejor dicho, este padre de familia prever los daños? Se responde que preverá los perjuicios si ha contratado con conocimiento de causa, es decir, advertido de la naturaleza e importancia de los riesgos del contrato. *Se dice que la previsibilidad de los daños depende del conocimiento del deudor acerca de los intereses que el acreedor tiene puesto en el contrato, y este conocimiento se obtiene a partir del contrato, sus estipulaciones y toda la información que rodea su conclusión*⁶⁷⁶. O como expresan escuetamente MALAURIE y AYNES, *la previsibilidad permite determinar la extensión del daño reparable por referencia al Contrato*⁶⁷⁷.

Por nuestra parte, estimamos también que el análisis es de carácter objetivo, a lo menos en lo que hemos individualizado como la primera función de la previsibilidad. Calificamos el juicio de abstracto no por las argumentaciones tradicionalmente dadas, que consideramos erradas, sino porque, como ya lo hemos expresado, el objeto del juicio de previsibilidad no es el perjuicio que el deudor pudo anticipar, sino el *conocimiento que el contrato nos da del destino asignado a la prestación incumplida*. Luego, se debe determinar la finalidad que de acuerdo al contrato tenía la prestación incumplida, es decir, se trata de *interpretar el contrato*. En pocas palabras, estimamos que se trata de un juicio objetivo, porque no se busca dilucidar lo que el deudor estimó o pensó, sino de interpretar el contrato, cuya obligación fue incumplida.

Respecto a la previsibilidad en su segundo sentido, como es una facultad moderadora entregado a la apreciación por parte del Tribunal, sin que en su ejercicio se le impongan parámetros rigurosos y obligatorios, podría en este caso fundarse en un juicio de carácter subjetivo, donde se considere lo

⁶⁷⁵ SOLEAU, *La prévisibilité du dommage contractuel*, cit., pp. 145 y 146, y CRISTÓBAL, *El enigmático artículo 1.107 del Código civil español*, cit., p.572

⁶⁷⁶ SOLEAU, *La prévisibilité du dommage contractuel*, cit., pp. 14 y ss. Si bien esta posición representa un avance en la determinación del juicio de previsibilidad, sigue anclada en la idea que la previsibilidad es del daño.

⁶⁷⁷ MALAURIE Y AYNES, *Cours de droit civil*. cit., p.481.

que el deudor pudo pensar en el caso concreto a lo que llegarían como máximo el monto de los perjuicios causados.

D.- NATURALEZA JURÍDICA O DE HECHO DEL JUICIO DE PREVISIBILIDAD.-

En Francia, tradicionalmente, tanto la doctrina como la jurisprudencia han considerado que el juicio de previsibilidad es una cuestión de mero hecho⁶⁷⁸; pero actualmente tiende a predominar la idea de que es una cuestión de naturaleza jurídica⁶⁷⁹. Sin embargo, el tribunal de casación de ese país ha tenido una actitud ambigua en su facultad de controlar las decisiones de los tribunales de fondo, y en algunas ocasiones ha señalado que se trata de un poder soberano de los jueces de instancia⁶⁸⁰.

SOLEAU, intentando explicar estas vacilaciones, señala que para un adecuado análisis de la jurisprudencia francesa sobre la materia, *debe distinguirse si el deudor reconoce o no su responsabilidad sobre una determinada clase de perjuicio*. En los casos en que asume la responsabilidad y sólo discute la amplitud o extensión de la cuantía del daño, se trataría de *una cuestión de hecho* sometida a los jueces de fondo. Da el ejemplo del sujeto que se reconoce responsable de la pérdida de la cosa, pero alega que no podía saber su gran valor. En estos casos la Corte no puede atacar el fondo, y se ejerce únicamente un control de derecho en aspectos como si los jueces han respondido bien a las conclusiones de las partes, han sido motivadas sus decisiones, se presenta una lógica interna, etc.; pero debe dejarse en total libertad la apreciación de los diversos índices de previsibilidad

⁶⁷⁸ Code civil annoté par Ed. Fuzier – Herman, nueva edic., t. 13, Paris, 1936, p. 271. PLANIOL, *Traité pratique de droit civil français*, cit., p. cit., pp.174 y 175, indica que se considera una dificultad de hecho el poder saber si un daño ha sido o ha podido ser previsto por el deudor al celebrar el contrato, y que los tribunales resolverán de acuerdo a las circunstancias. Sin embargo, agrega que la noción de daño previsto es jurídica, que la corte de casación ha definido y debe ser respetada por los tribunales de instancia, cuando caracterizan los hechos soberanamente caracterizados por ellos.

⁶⁷⁹ LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, cit., p. 89, indica que la apreciación del carácter previsible o no del daño, concierne a la competencia de la corte de casación, puesto que se trata de determinar el contenido de las obligaciones. Por el contrario, la determinación del equivalente monetario es una pura cuestión de hecho que escapa al control de la corte de casación.

⁶⁸⁰ VINEY, *La responsabilité Civiles. effets.*, cit., n. 324, p.430.

y la elección de uno en vez de otro, porque se trata de apreciación de circunstancias de hecho y de un análisis psicológico de las cuales deben ser soberanos los jueces de fondo.

Por el contrario, si el deudor declara que para él era imprevisible el daño en su naturaleza, la determinación del perjuicio previsible deviene en *una cuestión de derecho*, ya que en ausencia de un índice de previsibilidad suficientemente preciso, un cierto género de daños solo será reparable si aparecen al juez como normalmente previsibles de acuerdo al examen no ya de las circunstancias fácticas, sino de la convención misma, de las reglas legales y de los usos. Se trata de un aspecto jurídico, pues se fija el contenido normal de las obligaciones de un contrato, y no se debe dejar a los jueces de fondo el poder soberano para determinar si tal perjuicio es o no previsible de acuerdo al tipo de contrato⁶⁸¹.

En España, si bien no existe por la generalidad de los autores un expreso pronunciamiento sobre el tema, entendemos que tradicionalmente se la consideró una cuestión de mero hecho; pero actualmente para un importante sector de la doctrina es una cuestión de derecho o jurídica sometida al control de casación. En este sentido, recordemos lo expresado por CARRASCO, acerca de que la mejor pero minoritaria jurisprudencia sostiene que la fijación del daño resarcible no es una cuestión de hecho. LEÓN, como ya hemos señalado, expresa que las interminables dudas y controversias acerca del *quantum respondeatur* vienen a desmentir la errónea creencia de que en este campo sólo se plantean cuestiones de mero hecho. Otros autores, en fin, como PANTALEÓN y SOLER, consideran a la previsibilidad uno de los criterios de imputación objetiva, a las que, precisamente, califican como cuestiones jurídicas⁶⁸².

En conclusión, *para un importante sector de la doctrina moderna española, la previsibilidad es una cuestión jurídica o de derecho, y por lo mismo revisable por el Tribunal de casación.*

⁶⁸¹ SOLEAU, *La prévisibilité du dommage contractuel*, cit., pp. 141 y ss.

⁶⁸² *Ibid.*, pp. 42 y ss.

Respecto a la jurisprudencia, resulta útil mencionar un *obiter dictum* del Tribunal Supremo, expresado en la sentencia de fecha **2 de marzo de 2006**, donde se califica a la previsibilidad como un criterio de imputación objetiva, por lo que podemos concluir que la considera una cuestión de derecho y no fáctica, pues la doctrina tiene entendido que estos criterios son de naturaleza jurídica⁶⁸³.

Por nuestra parte, consideramos que la determinación de la primera función o criterio de la previsibilidad es una cuestión netamente jurídica, desde el momento que consiste en la interpretación del contrato. Aquí sólo será cuestión de hecho, la relativa a la fijación de los antecedentes en los cuales está contenida la voluntad contractual. Respecto a la previsibilidad en su segunda función, aunque la situación es más dudosa, consideramos que en algunos situaciones puede estar sometida al control de casación. Y estos casos serán los mismos que los autores indican como procedentes para someter al control casacional a la facultad moderadora del artículo 1103, según veremos.

Respecto a la naturaleza de la previsibilidad, podemos agregar que en Francia se ha planteado el problema de dilucidar si la regla es o no de orden público. La importancia de la distinción estriba en que si la consideramos de orden público los tribunales están obligadas a aplicar el criterio con independencia de haber sido alegada por las partes. En caso contrario el juzgador sólo entrará a rechazar la indemnización de los daños imprevisibles, cuando la parte demandada haya alegado la imprevisibilidad. *La Corte de casación francesa ha declarado que no es norma de orden*

⁶⁸³ Sentencia del Tribunal Supremo Nº 174/2006, CONSIDERANDO TERCERO: “...también a la determinación de la conexión causal entre el daño y el agente (relación de causalidad) que, aún cuando basada en las pautas que se reciben de las ciencias de la naturaleza implica de algún modo un juicio en Derecho, y a las **pautas o parámetros de imputación objetiva**, que consiste en establecer, de acuerdo con criterios de la experiencia y en base a los principios que rigen el sistema, qué daños es justo poner a cargo del agente, descartando de este modo algunos que podrían ser conectados al hecho dañoso (**como ocurre, por ejemplo, con los que no sean previsibles como consecuencia regular del hecho** o que no necesariamente se deriven de él, de acuerdo con el criterio establecido por el artículo 1107 I del Código civil)”

*público y, en consecuencia, debe ser alegada por las partes y ante los jueces de fondo*⁶⁸⁴.

Aunque en España no encontramos pronunciamiento expreso sobre la materia, y por lo mismo cualquier conclusión a la que se llegue puede ser discutible, tenemos la percepción de que, a diferencia de Francia, se estima que *la regla de la previsibilidad es de orden público y no necesita ser alegada para que los tribunales procedan a su aplicación*. Ello, porque el Tribunal Supremo ha utilizado la norma para resolver los casos sometidos a su decisión, aunque los tribunales de instancia no se hayan referido a ella, como sucedió en el fallo de 15 de marzo de 1934, ya citado.

E.- PREVISIBILIDAD DE LA CLASE DEL DAÑO VERSUS DE LA CLASE Y CUANTIA.-

En Francia se puede calificar como una discusión histórica la relativa a si la previsibilidad se predica exclusivamente de la causa del perjuicio o, por el contrario, se exige también para el monto. La controversia entre las distintas posiciones se ha vuelto apasionada en algunos períodos, debido, tal vez, a que el *Code* no cuenta una norma semejante a la del artículo 1.103 del texto español. En la discusión se pueden distinguir claramente tres etapas: la previsibilidad sólo comprende la causa del daño; comprende la causa y el monto del perjuicio; comprende los elementos intrínsecos del daño, pero no su expresión monetaria.

*Para los primeros comentaristas del Código civil francés, el daño se debía reparar íntegramente cuando su causa fuere previsible, sin importar si por circunstancias excepcionales, la cuantía sobrepasara la previsión de las partes*⁶⁸⁵. Esta interpretación se fundaba en la idea de que limitar la reparación a la cuota previsible del perjuicio era incompatible con la idea de situar al acreedor en el mismo estado que si la obligación se hubiese

⁶⁸⁴ VINEY, *La responsabilité Civiles. effets.*, cit., n. 334, p.441; LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, cit., p. 89, y MAZEAUD y otros, *Tratado teórico practico de la responsabilidad civil*, t. 3, v. 1 cit., p. 584

⁶⁸⁵ VINEY, *La responsabilité Civil : effets.*, cit., n. 321, p.425.

cumplido, y la solución contraria les parecía a los autores un favor exorbitante para el deudor culposo. En apoyo de esta posición se decía que resultaba casi siempre imposible que los contratante pudieran prever la importancia de los daños intereses.

Como argumentos de orden exegético se indicaba, en primer lugar, que en algunos ejemplos dados por POTHIER aparece que el deudor puede ser obligado a reparar cantidades imprevisibles de un daño previsible y si se permitía moderar el rigor de la indemnización era por razones de *equidad*. Por lo demás, que la moderación del monto obedecía a razones de equidad y que la previsibilidad está referida únicamente a la causa del perjuicio, lo demuestra el que fuera una norma diferente, específicamente el artículo 47 del proyecto primitivo, la que ordenaba al Juez tasar los daños intereses con cierta moderación cuando no existiera dolo; disposición que fue finalmente descartada, y con ella la posibilidad de reducir el monto de un daño previsible. Finalmente, se daba como argumento la interpretación conjunta de los artículos 1150 y 1633 del *Code*. Esta última norma señala que la indemnización en el caso de evicción, debe comprender todo el mayor valor del inmueble, aunque el vendedor no lo haya podido prever. Se decía que dicha disposición no es más que una aplicación del artículo 1150⁶⁸⁶.

La posición anterior recibió duras críticas por un sector de la doctrina. Contrargumentaban señalando que el Derecho romano y el antiguo derecho siempre consideraron que la previsibilidad se refería al monto de la reparación. Expresaban también que desde el punto de vista lógico no se puede buscar la previsibilidad del daño sin al mismo tiempo buscar su monto, ya que éste no puede separarse de la causa que la produce. Otra crítica que se formula es la imposibilidad de los partidarios de la teoría restrictiva para indicar claramente a que se refieren con la expresión "*causa del daño*". La supresión del artículo 47 lo explicaban estos autores diciendo que el legislador temió otorgar un gran poder de apreciación a los tribunales, y que fundándose en tal disposición rehusaran condenar a la reparación integral, aunque el montante del perjuicio a indemnizar en el caso concreto fuera

⁶⁸⁶ SOLEAU, La prévisibilité du dommage contractuel, cit., p. 61

inferior al previsto por las partes. Por lo tanto, su supresión significaba simplemente que se eliminaba esta facultad y sería la previsibilidad la encargada de dar la medida de la reparación; pero en ningún caso significaba que el legislador hubiere reconocido que debía fijarse al máximo de los daños e intereses, sin importar que fueren imprevisibles en su monto⁶⁸⁷.

La interpretación amplia del objeto de la previsibilidad, incluyendo la causa y el monto, fue adoptada en **la sentencia de fecha 7 de julio de 1924**⁶⁸⁸. En este fallo la Corte Suprema francesa se pronunció sobre el sentido del artículo 1150 del Code. El máximo tribunal señaló que esta norma no hace ninguna alusión a la previsión de la causa del daño, y lejos de poner de cargo del deudor de buena fe los perjuicios cuya cuota sobrepasa sus previsiones, hace responsable al incumplidor sólo de los daños e intereses que han podido preverse durante el contrato. Con esta decisión *se condena la distinción doctrinaria entre la previsibilidad de la causa del perjuicio y de su cuota o monto, y se establece el principio de que el daño para ser reparable debe haber sido previsible en su naturaleza y en su valor cifrado. El monto del perjuicio se encuentra pues integrado en el objeto de la previsibilidad.*

En la actualidad ha surgido una tercera teoría, según la cual *deben distinguirse los elementos constitutivos del daño, es decir, su naturaleza y extensión, del monto en dinero o equivalente monetario destinado a la reparación.* Sólo estarán sometidos a la exigencia de previsibilidad los

⁶⁸⁷ SOLEAU, *La prévisibilité du dommage contractuel*, cit., pp. 62 y 63, y AUBRY, C Y RAU, C, *Cours de droit civil français. de après la methode de Zacharie*. Revisada y puesta al día por Étienne Bartin t. 4º, 6ª edic.; Techniques S.A., Paris, 1951, pp. 159 y ss. Estos últimos autores rechazan el argumento de la interpretación del artículo 1633 como una manifestación del 1150, señalando que el 1633 en cuanto obliga al vendedor a bonificar el valor total del inmueble evicto, aunque su aumento de valor sea considerable y no haya podido entrar en las previsiones de las partes, **debe ser considerado como una excepción a la regla general del 1150**, la que se explica de una parte, porque el vendedor, obligado en el derecho francés de transferir la propiedad de la cosa, en el momento en que para él es imposible cumplir esta obligación, se encuentra en la misma posición de todo deudor obligado a la restitución de una cosa, que por su culpa, le es imposible de restituir, y debe por consecuencia como este último, el valor integral del bien. También se justifica porque el comprador, a partir de la venta carga con todos los riesgos de la cosa y es justo que se aproveche también del aumento de valor. Como estas consideraciones están ausentes en materia de arriendo, no hay lugar a extender la aplicación del 1633 a este contrato que debe ser regido exclusivamente por el 1150.

⁶⁸⁸ Citada en *Code civil annote*, cit., p. 273.

primeros elementos, es decir, los constitutivos del perjuicio, y no su equivalente monetario.

Esta doctrina nace fundamentalmente de la discusión que se suscitó en Francia acerca de si el alza de los bienes, causados por la inestabilidad monetaria después de la primera guerra mundial, era o no previsible. En base del artículo 1.150, se argumentaba que el alza del bien no era previsible por las partes; sin embargo, a fin de evitar soluciones injustas, se estimó por la corte de casación francesa que dicha previsibilidad se refiere únicamente a los elementos constitutivos o intrínsecos del daño y no a los extrínsecos o de naturaleza económica o monetaria.

Aunque la distinción aludida había sido recogida en algunos fallos anteriores (24 de noviembre de 1949 y 16 de marzo de 1951), es en la **sentencia de 16 de febrero de 1954**, donde la sala comercial de la Corte de casación lo establece en forma de principio. Expresa que una vez que el perjuicio está determinado en su naturaleza y extensión, el 1150 no tiene aplicación en el aumento del precio por influencia de la variación monetaria, aumento que persigue únicamente asegurar a la víctima una indemnización íntegra, mediante el pago del equivalente monetario del daño al día de su reparación⁶⁸⁹.

De esta forma, el artículo 1150 del *Code* se aplica a la previsión o previsibilidad de los elementos constitutivos del perjuicio y no al monto del equivalente monetario destinado a la reparación; situación que FLOUR ilustra diciendo que *la quotité del daño* debe solamente entenderse a *su quotité intrínseca*, a su importancia material de cualquier suerte, con exclusión de su expresión monetaria.

En España, aunque en forma mucho menos intensa, se ha planteado igualmente la discusión acerca de si la previsibilidad comprende únicamente la clase del perjuicio o si también se incluye el monto del mismo. Un importante sector doctrinal opina que se refiere únicamente a la clase o especie del daño,

⁶⁸⁹ VINEY, *La responsabilité Civiles: effets.*, cit., n. 322, pp. 427 y 428, y SOLEAU, *La prévisibilité du dommage contractuel*, cit., pp. 88 y ss.

pero no de su cuantía⁶⁹⁰. Lo anterior no significa que esta última no tenga importancia, en los casos en que el daño siendo en sí previsible el perjuicio resulte de un monto desproporcionado; pero la solución a este tipo de situaciones se encuentra en el artículo 1.103 del Código civil⁶⁹¹.

En todo caso, la doctrina anterior no es unánimemente seguida en España, y autores como GUILARTE se manifiesta contraria a ella, expresando que la previsibilidad se exige del tipo o clase de perjuicio y de su cuantía⁶⁹².

CARRASCO, por su parte, mantiene una posición un tanto ecléctica, pues parte señalando que el acreedor no debe soportar la depreciación de la moneda, acercándose de esta manera a la doctrina francesa instaurada desde los años cincuenta, que distingue entre los elementos intrínsecos del daño y su expresión monetaria. Agrega que en los casos de los bienes de capital, el deudor debe sufrir el riesgo del mayor valor que tenga al día de la sentencia, siempre que no haya sido exigible al acreedor procurarse antes un bien de sustitución; pero en los contratos que sólo tiene por finalidad el uso de un cosa, como por ejemplo el contrato de arrendamiento de un inmueble, no se indemnizaría la diferencia entre lo que gana en el local de sustitución y lo que habría ganado de haber dispuesto del bien raíz arrendado, pues se trata de un lucro cesante extrínseco (ganancias). Indica también que en el caso de la ganancia perdida por reventa del bien, puede no ser previsible el carácter óptimo de la misma. Finalmente, en cuanto a las mercaderías transportadas, llega a la conclusión de que el riesgo de cuantías desproporcionadas no resulta previsible en el sentido del artículo 1107, lo que también sucede, por regla general, con la necesidad de recurrir al financiamiento externo para cumplir la obligación que le corresponde⁶⁹³.

⁶⁹⁰ PANTALEÓN, “El sistema de responsabilidad contractual”, cit., p. 104. Según este autor, el artículo 1107 se refiere únicamente a la previsibilidad de la clase de daños, y el juez sólo puede moderar en supuestos muy excepcionales como un alza anormal de los precios, es decir, cuando resulte significativamente superior al cuantía prevista al momento del contrato, y lo hará en base al artículo 1103, que está destinado solamente para este tipo de situaciones. Ver también SOLER, *La valoración del daño*, cit. p. 57, y DELGADO y otros, *Derecho de obligaciones*, cit., p. 213.

⁶⁹¹ SOLER, *La valoración del daño*, cit. pp. 57 y 58.

⁶⁹² GUILARTE MARTIN-CALERO, CRISTINA, *La moderación de la culpa por los tribunales (estudio doctrinal y jurisprudencial)*, Lex Nova, Valladolid, 1999, p. 182.

⁶⁹³ CARRASCO, *Comentario al artículo 1.107*, cit., pp. 746 y 747.

Como ya lo expresamos con anterioridad, *la previsibilidad comprende dos sentidos distintos que dan lugar a dos funciones diferentes*. En su primer sentido, es previsible todo el perjuicio, cualquiera sea su tipo y cuantía, que el incumplimiento haya causado al acreedor, como consecuencia de no poder realizar el proyecto económico a que la prestación incumplida estaba destinada según el contrato. Una vez fijado el daño previsto según esta primera función, procede, eventualmente, limitar o moderar su monto, según el segundo sentido de la previsibilidad; moderación que procederá sólo en el caso que el monto de los perjuicios previstos resulte excesivo. Para la aplicación de la previsibilidad en esta segunda función, debe distinguirse entre los daños en la cosa misma objeto de la obligación y los demás perjuicios. Para los primeros, existirá el parámetro orientativo en orden a que no corresponde una indemnización que supere el doble de su valor. Para los otros, en el caso de estimar que también es aplicable a ellos la previsibilidad en su segundo sentido, la moderación quedaría principalmente entregada a la apreciación del tribunal, quien estimará hasta donde el deudor, hipotéticamente, habría podido considerar en obligarse.

Ahora bien, recordando la distinción realizada por la jurisprudencia francesa entre los elementos intrínsecos del perjuicio y su expresión monetaria, somos de la opinión que nunca deberá moderarse la responsabilidad del deudor, cuando la imprevisibilidad del monto a resarcir se deba a un alza en los precios. Ello por la sencilla razón de que cuando se produce un proceso de inflación, no estamos realmente ante un aumento del daño, sino simplemente ante el caso que la moneda destinada a expresar en una cifra el perjuicio ha disminuido su valor comparativo. Se podrá limitar la extensión del daño, su “*quotité*” intrínseca —al decir de un autor—, pero no la expresión monetaria del mismo, porque el aumento del precio por influencia de la variación del valor del dinero persigue únicamente asegurar a la víctima el equivalente monetario del perjuicio, al día de su reparación. Además, resultaría sumamente injusto hacer cargar a la víctima los riesgos de la inejecución de una obligación que no ha causado y liberar al responsable de un riesgo que por naturaleza debe atribuirse a él, pues si el ordenamiento jurídico hace responder al deudor

moroso del caso fortuito (artículo 1096 apartado final), con mayor o igual razón debe hacerlo responder de la depreciación monetaria.

F.- MOMENTO DE LA APRECIACIÓN DE LA PREVISIBILIDAD.-

El artículo 1107 del Código civil español señala claramente que el momento para realizar el juicio de previsibilidad de los daños es *al tiempo de constituirse la obligación*. En este aspecto la norma española se separa también del *Code*, que alude al contrato⁶⁹⁴. Sin embargo, en la generalidad de los casos ambos momentos coinciden, pues las obligaciones se constituyen al momento de celebrarse el contrato, y los supuestos en que no existirá tal coincidencia son los menos; como por ejemplo en las obligaciones condicionales suspensivas⁶⁹⁵. En todo caso, estimamos que en este aspecto la redacción de la norma francesa fue más afortunada⁶⁹⁶.

PANTALEÓN señala que la constitución de la obligación es el momento que debe atenderse para realizar el juicio de previsibilidad, no sólo por una razón histórico-literal, sino también por la razón lógica de que un juicio de previsibilidad únicamente es realizable en un momento anterior al acaecimiento de aquello de cuya previsibilidad se trata⁶⁹⁷. Por nuestra parte, podemos agregar que el juicio de previsibilidad debe situarse en el momento de constituirse la obligación, no sólo porque éste será el instante en que el deudor deba conocer el destino que se le dará al bien, sino también porque se exige que la aceptación del riesgo que por tal destino se derive del

⁶⁹⁴ LEÓN, *De nuevo sobre el art. 1107 del código civil*, cit., p. 134, nota 2

⁶⁹⁵ Que coincidan o no ambos momentos en esta clase de obligaciones, dependerá de la decisión que se adopte acerca de si la condición deja en suspenso solamente la eficacia de la obligación o suspende la relación obligatoria misma, y en este último caso si cumplida la condición, ella opera o no con efecto retroactivo. Por la diferencia que en este tipo de obligaciones puede suscitarse, consideramos más adecuada la regla francesa. Ver DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, cit., pp. 353 y ss.

⁶⁹⁶ Fuera de lo ya señalado, el hacer referencia a la obligación y no al contrato, ha dado pie para sostener que la previsibilidad recibe aplicación también en materia extracontractual, pues al decir de COSSÍO — *El dolo en el derecho civil*, cit., p. 138—, la fuente de esta obligación puede ser el contrato como el hecho ilícito. Además, al parecer y afortunadamente, nadie ha sostenido que como la obligación resarcitoria nace con el incumplimiento, sería éste y no la celebración del contrato el momento para realizar el juicio de previsibilidad.

incumplimiento de la obligación debe constar expresa o tácitamente en el contrato mismo. Dicho de otra forma, *la exigencia de existir la previsibilidad al momento de constituirse la obligación —o mejor aún de celebrarse el contrato— deriva del hecho que sólo en esta oportunidad puede el deudor, junto con conocer el específico riesgo del incumplimiento, aceptar sobre sí su carga.*

Obviamente, nada impide que después de constituida la obligación el deudor se entere del destino de la prestación a que se comprometió, pero este conocimiento posterior no lo hará cargar con su riesgo, a menos que lo asuma de forma indubitada, caso en el cual nos encontraremos ante una modificación del contrato y, por lo mismo, el momento de la previsibilidad seguirá siendo el de la celebración del acuerdo o, más específicamente, el de la constitución de la nueva obligación.

3.- LA DETERMINACION DE LA PREVISIBILIDAD: LOS INDICES DE PREVISIBILIDAD.

Al referirnos al significado de la previsibilidad indicamos que una moderna doctrina —fundamentalmente de origen francés—, ha desarrollado el postulado de que la previsibilidad de los perjuicios contractuales depende directamente del conocimiento que tenga el deudor de los intereses que el acreedor ha puesto en el contrato, y para determinar dicho conocimiento se debe acudir a los denominados **índices de previsibilidad**⁶⁹⁸.

Los índices pueden definirse como *todos los elementos de hecho que rodean la conclusión del contrato y que permiten al deudor deducir la clase e importancia de los intereses que le han sido confiados por el acreedor.* Existen durante la conclusión de todo contrato, y pueden ser suministrados por el propio acreedor, quien los entrega intencionalmente al conocimiento del deudor para la apreciación de los riesgos que conlleva la

⁶⁹⁷ PANTALEÓN, “El sistema de responsabilidad contractual”, cit., p. 1031

⁶⁹⁸ En la exposición sobre los índices de previsibilidad se seguirán fundamentalmente las ideas expuestas por SOLEAU, en *La prévisibilité du dommage contractuel*, cit., pp. 18 y ss.

infracción del convenio. Las declaraciones en el contrato y en especial las declaraciones de valor persiguen que el deudor pueda prever la importancia del eventual daño en caso de incumplimiento. En ausencia de éstas, pueden servir como índices de previsibilidad las apariencias exteriores o la economía del contrato.

Esta doctrina no niega la utilidad de estudiar las cláusulas del contrato como medio para determinar los perjuicios que el deudor pudo prever como consecuencia de su incumplimiento. Sin embargo, consideran que su importancia se ve perjudicada, porque opinan que de su análisis solamente se puede deducir la naturaleza de los daños reparables, pero no su extensión o amplitud. Es por ello, al parecer, que otorgan más importancia a las circunstancias que rodean la conclusión del contrato y cuyo conocimiento se logra mediante lo que la doctrina ha denominado los *índices de previsibilidad*, que pasamos a revisar en breve.

Por nuestra parte, a diferencia de la doctrina anterior, y teniendo presente que la previsibilidad en su primer sentido es un problema de interpretación e integración del negocio jurídico celebrado, a fin de dilucidar el destino económico asignado a la prestación incumplida, *estimamos de mayor importancia el estudio de las estipulaciones del contrato y de las características de los contratantes*, y consideramos que los llamados *índices de previsibilidad* servirán más bien para la fijación de los elementos a considerar en la interpretación. Sin perjuicio de lo anterior, estos últimos podrán ayudar al juez en la aplicación de la facultad moderadora, propio de la previsibilidad en su segundo sentido.

Tenemos, entonces, que en la determinación de la previsibilidad se acude en el fondo a los mismo elementos, sólo que la mayor o menor importancia de uno y otro dependerá de la doctrina que se siga respecto al sentido y alcance del criterio de extensión del perjuicio en estudio. Por lo tanto, daremos a continuación revista a los índices de previsibilidad, a las características de los contratantes y a las estipulaciones del contrato, pues todos ellos, en mayor o menor medida, servirán para fijar el daño previsto e indemnizable.

A.- LOS INDICES DE PREVISIBILIDAD.-

a.- Las declaraciones puestas en conocimiento del deudor.-

Un primer antecedente o índice son las declaraciones realizadas con la finalidad de informar al deudor la naturaleza o el valor del objeto sobre que recaen sus obligaciones, o los intereses particulares que el acreedor tenga en el contrato. Estas informaciones o declaraciones pueden estar destinadas exclusivamente al deudor, como un inventario junto a un contrato de depósito, o ser hechas a un tercero, pero comunicadas a la contraparte, como una declaración de aduana.

Entre las informaciones que pueden suministrarse a la contraparte, tienen importancia fundamental las llamadas *declaraciones de valor*. En algunos contratos es frecuente que el deudor obtenga de su acreedor una estimación en cifra del valor de la cosa objeto de la convención, lo que le permite prever la extensión del perjuicio en caso de inejecución. Así por ejemplo, en el transporte o mudanza si el cliente declara que el bien facturado vale cien euros, se preverá que el daño es de este monto y si se pretende que es mayor, el deudor dirá que lo informado representa el valor máximo que él podía prever.

Conviene también *distinguir las declaraciones de valor de las cláusulas contractuales que establecen una previsión convencional de un máximo como indemnización a pagar*. Estas últimas constituyen, por tanto, una estipulación limitativa de responsabilidad de carácter obligatoria. Las declaraciones de valor, en cambio, son simplemente una indicación sobre la extensión del daño eventual, que por lo mismo no se impone forzosamente y puede ser descartado por el juez en provecho de otras pruebas. El problema —se dice—, es que no siempre resulta fácil distinguir unas de otras. Así por ejemplo, en materia de transporte, es frecuente que por ley las declaraciones de valor o la falta de ellas vayan asociadas a un límite máximo legal en caso

de pérdidas de los objetos transportados⁶⁹⁹.

b.- Las apariencias exteriores.-

El aspecto externo de una cosa o una persona puede ser un índice que permita al deudor, dentro de ciertos límites, apreciar el valor del objeto sobre el que versa el contrato y, consecuentemente, la importancia del daño por su pérdida o retardo en la entrega. En materia de apariencias, podemos distinguir tres situaciones diferentes: la de la cosa objeto de la obligación, la del continente y la de las personas de los contratantes.

a') Las apariencias exteriores de la cosa objeto de la obligación contractual.-

En la jurisprudencia francesa se menciona el caso de la pérdida de un abrigo de piel entregado en el vestuario del teatro y devuelto por equivocación a otra persona. Aquí el único índice para determinar el perjuicio previsible era la apariencia de esta piel y el valor que se le podría atribuir, por lo que los jueces deciden que la responsabilidad no puede extenderse más allá del valor aparente de un abrigo de esa naturaleza en perfecto estado.

Un caso interesante, en que se acudió también a este índice en combinación con el de las características particulares de los contratantes, y en desmedro de la declaración de valor, es el del fabricante de joyas acostumbrado al manejo de las mismas, que extravía la que le había confiado uno de sus clientes. Se decidió que el joyero no podía alegar la declaración subvalorada entregada por el propietario, pues debido a su calidad profesional y haber tenido en sus manos la joya en cuestión, debió saber más o menos su verdadero valor y prever el costo efectivo en caso de pérdida o robo⁷⁰⁰.

b') Las apariencias exteriores del continente.

Cuando se trata de cosas guardadas o embaladas, el transportista

⁶⁹⁹ En España, para el transporte terrestre de equipaje de pasajero se establece como límite máximo de la responsabilidad del transportista la suma de 14,50 euros por kg. (Art. 3º R.D. 1211/90)

o depositario puede a veces deducir el daño previsible sobre la apariencia del continente. En Francia, se cita el caso de la pérdida de un bolso de mano de aspecto ordinario, de propiedad de un joyero que contenía numerosas alhajas. Su dueño demandó una indemnización millonaria por las joyas que se contenían en él. Sin embargo, los tribunales declararon que no existía ningún antecedente para que el transportista pudiera advertir el riesgo anormal de los bienes trasladados en un bolso comúnmente utilizado por los viajeros de comercio, por lo que nada hacía presumir el valor excepcional de los aquí contenidos y el peligro de una pérdida o un robo.

VINEY sintetiza todo lo anterior, diciendo que en los contratos que implican obligaciones de custodia se debe tomar en consideración las apariencias exteriores del embalaje del mismo, la posibilidad de examen previo de la cosa por parte del deudor y la existencia o no de declaración previa de valor⁷⁰¹.

c') Las apariencias relativas a la persona del acreedor.-

De acuerdo a ciertas decisiones judiciales, el deudor puede prever los riesgos del contrato y el importe de las cosas entregadas a partir de las apariencias exteriores de la persona a que pertenecen. Así, por ejemplo, se dice que la pérdida del equipaje de una persona de aspecto acomodada hará presumir un mayor perjuicio que el extravío de las maletas de una persona de origen humilde.

Este índice se ha utilizado en el caso de la valija dejada en el auto estacionado en un garaje, y se ha dicho que el riesgo del contrato se puede apreciar de la profesión y fortuna del viajero, del objeto de su viaje y de las personas de su familia que lo acompañan. También se ha acudido a él en el caso de los arrendatarios robados cuando entra en juego la responsabilidad del propietario conforme al artículo 1719 del *Code*, que pone de cargo del arrendador el disfrute apacible de los sitios alquilados, donde se ha señalado que se debe tomar en cuenta la situación social del locatario, para efectos de

⁷⁰⁰ SOLEAU, *La prévisibilité du dommage contractuel*, cit., pp. 40 y ss

⁷⁰¹ VINEY, *La responsabilité Civiles: effets.*, cit., n. 325, pp. 431 y 432.

prever la naturaleza y valor de los bienes que podía tener en el inmueble donde ocurrió el robo.

Si bien la jurisprudencia francesa acude frecuentemente a las apariencias exteriores del acreedor, por tratarse de un índice impreciso difícilmente pueden fundar por sí solo la exacta apreciación de la previsibilidad del perjuicio, y comúnmente se utiliza conjuntamente con la referencia a la economía del contrato. Además, un antiguo fallo estableció que la consideración la fortuna del viajero debe aplicarse a falta de otro índice, es decir, de modo subsidiario⁷⁰².

c.- La economía del contrato.

Se puede prever que los intereses puestos por el acreedor son proporcionales con el valor de la contraprestación. En la mayoría de los contratos onerosos el equilibrio contractual se traduce en la equivalencia entre lo pagado por uno de los contratantes y el valor de la cosa o la prestación del servicio. De esta forma, el precio sirve como índice de previsibilidad, porque mientras mayor sea éste se preverá que el perjuicio será más grande, e inversamente, si es menor el monto pagado también lo será el perjuicio. Así, por ejemplo, si se acepta un precio mucho mayor por un envío *express*, será previsible el interés en que el transporte se cumpla en el período estipulado y que su retraso será fuente de perjuicios, ya que en caso contrario se habría optado por un servicio regular.

En la jurisprudencia francesa se señala el caso de una persona que arrendó en París un inmueble a un precio elevado, sufriendo un robo por hecho imputable a su arrendador. Entre los daños reclamados se incluía el valor de unas joyas robadas. La Corte de París decidió que atendido las características y valor del inmueble era previsible para el arrendador que su arrendatario tuviera joyas de precio en su poder.

⁷⁰² SOLEAU, *La prévisibilité du dommage contractuel*, cit., pp. 44 y ss

B.- LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS CONTRATANTES.-

Sin duda que las características, especialmente las de carácter profesional, tanto del deudor como del acreedor son un dato a considerar en la fijación del daño previsible. *Será importante el carácter profesional o no del acreedor, porque constituye un antecedente para determinar el destino que se dará al bien o servicio contratado.* Recordemos que POTHIER distinguía si se arrendaba el local a una persona cualquiera o a un comerciante en su calidad de tal, para decidir que en este último caso la previsibilidad de los perjuicios sería, evidentemente, mayor⁷⁰³.

También es importante el carácter profesional o no del deudor, porque permitirá, en algunas situaciones, decidir sobre el mayor o menor conocimiento de su parte sobre el daño que se pueda derivar del incumplimiento. Ya vimos el caso del extravío de una joya dejada en custodia a un joyero, al cual se le exigió la previsibilidad de su verdadero valor, con independencia de la existencia de una declaración por un monto inferior, decisión que habría sido diferente de tratarse de una persona desconocedora del tema.

Sin duda que las características de los contratantes como elemento de interpretación del contrato se asemejan al índice de previsibilidad sobre las apariencias exteriores del acreedor; pero es posible encontrar aspectos en los que difieren: El índice de previsibilidad dice relación con las señales externas que pueden dar lugar a deducir la fortuna o posición social del acreedor, antes que su calidad profesional, circunstancias estas que servirán para prever el monto del perjuicio más que el destino de la prestación. El elemento de interpretación características de los contratantes, en cambio, es aplicable tanto al acreedor como al deudor y atiende al carácter profesional de los

⁷⁰³ En España, se presentó el caso del arriendo de un inmueble para ser destinado a bar-restaurant, inmueble en el cual se produjo un corte de electricidad por hecho imputable al arrendador. Se condenó a pagar además de los costes de reparación, el valor de los alimentos y mercancías que se guardaban en el local y que perecieron producto del corte de energía (daño previsible atendido el destino del bien arrendado dado por el comerciante), y el lucro cesante de acuerdo a la media obtenida el año 1991 (daño previsible atendida la naturaleza de comerciante del demandante y el destino dado al inmueble). Sentencia de fecha 6 de Mayo de 1998 (RJ 1998/3703).

contratantes, antes que su fortuna o situación social, por lo que es un elemento que sirve para determinar el específico destino económico de la prestación incumplida, más que el monto del perjuicio involucrado.-

C.- LAS ESTIPULACIONES DEL CONTRATO

Sin negar el aporte de los índices de previsibilidad y las características de los contratantes, creemos que en la determinación del daño previsto es de mayor importancia conocer el contrato y sus cláusulas, porque su estudio e interpretación permite al deudor saber el destino o función económica asignado al bien o servicio contratado, que es precisamente el objeto del juicio de previsibilidad.

Decimos que la interpretación del contrato permite anticipar los perjuicios que causará el incumplimiento, porque existen categorías de daños que siempre van a ser previstos atendiendo al tipo o clase de negocio celebrado y el contenido de las obligaciones propias de tal convención. Como ejemplos de lo anterior, tenemos el depósito, en que el incumplimiento de la obligación de custodia implicará la pérdida del bien, y la compraventa de un inmueble, donde la demora en su entrega hace suponer el perjuicio consistente en el no uso del mismo, como ha indicado la jurisprudencia española. En suma, siempre será previsto el daño *intrínseco* propio de cada convenio, atendiendo a las obligaciones típicas del mismo. Pero además, el estudio del contrato permitirá prever otras clases de perjuicios, pues sus cláusulas contendrán muchas veces condiciones o estipulaciones especiales que revelarán la importancia del cumplimiento de la obligación, más allá de los daños típicos. Por ejemplo, cuando en el contrato se establece que la prestación debe ejecutarse perentoriamente dentro de determinados plazos para no incurrir en morosidades con terceros, o porque el bien adquirido es para ser comercializado en determinada estación del año⁷⁰⁴.

⁷⁰⁴ SOLEAU, *La prévisibilité du dommage contractuel*, cit., pp. 157 y 158, pone los ejemplos de un paquete que aunque solo pesa 13 kg. se declaró que contenían piezas separadas de una máquina, por lo que se debía prever que tenían un valor muy superior al que podía resultar de su peso. Igualmente cuando se emplean tarifas de gran velocidad para una mercadería destinada a la confección de los

SOLEAU sostiene que del análisis de contrato y sus estipulaciones sólo se puede deducir la naturaleza de los daños reparables; pero no su extensión para lo cual deberá acudirse a los llamados índices de previsibilidad⁷⁰⁵. Estimamos incorrecta esta observación, porque la mayoría de las veces podrá deducirse tanto la naturaleza como la importancia de los perjuicios que el incumplimiento pueda acarrear. Otra cosa, es que no se pueda deducir el valor cifrado de los mismos, que en todo caso, como la propia autora reconoce, no forma parte del juicio de previsibilidad. Pero la principal razón por la que desestimamos esta observación es debido a que objetivo del juicio de previsibilidad, como ya hemos señalado, no es el perjuicio que el deudor pudo representarse a consecuencia de su incumplimiento, sino *la destinación dada a la prestación incumplida* o, si se prefiere, los intereses que el acreedor ha puesto en el contrato, y que puedan conocerse a través de la interpretación de la convención celebrada por las partes.

Sabemos también que dentro de una misma destinación o proyecto económico puede asumirse un riesgo mayor o menor, y el que se asume en cada caso concreto debe poder deducirse del propio contrato. En caso contrario, el incumplidor responderá del mayor riesgo dentro de la destinación conocida y asumida de acuerdo al convenio. En otras palabras, *es de cargo e interés del deudor que se estipule un riesgo específico, dentro de los varios posibles para una determinada destinación*, y sin perjuicio que, atendidas las circunstancias del caso, pueda moderarse la responsabilidad en conformidad a la segunda función de la previsibilidad.

Hemos señalado ya varias veces que para establecer la previsibilidad del daño es necesario que el deudor conozca y asuma el riesgo de haberse asignado a la obligación contraída una destinación determinada, y se entenderá que ocurren ambas cosas —conocimiento del destino y asunción del riesgo—, cuando el análisis del contrato permita conocer el proyecto económico asignado a la prestación. En consecuencia, el elemento

artículos de la temporada, debería poner en atención a la compañía sobre la urgencia de la entrega, que su retardo comprometería la utilización de estos artículos y que podría engendrar un daño igual a su valor, que normalmente no es el caso de un retardo.

⁷⁰⁵ Ibid., p. 50.

central para determinar la previsibilidad del perjuicio, desde el punto de vista jurídico, es la **interpretación del contrato**, y cuando hablamos de interpretación, comprendemos también la labor de fijación de los datos y la integración. Atendida la finalidad del presente trabajo, no nos es posible abocarnos a los diferentes problemas que presenta cada una de estas actividades, entre ellas, su interrelación, el orden de precedencia o las diferentes categorías que la doctrina ha ido distinguiendo, por lo que simplemente deberemos contentarnos con algunas ideas básicas que a continuación pasamos a exponer⁷⁰⁶.

La fijación, como etapa previa a la interpretación, *consiste en recopilar los datos para poder interpretar la voluntad de los contratantes*, labor que implica compilar además del convenio propiamente dicho, los borradores, documentos privados, contradecaraciones, conducta significativa de los contratantes. En suma, como señala el artículo 1282, buscar todos los elementos que sirvan para juzgar la intención de las partes, utilizando en especial sus actos coetáneos y posteriores al contrato⁷⁰⁷. Lo dicho significa que muchas de las declaraciones tratadas como índices de previsibilidad, servirán precisamente para fijar la real voluntad de los contratantes y de esa forma proceder a la interpretación del convenio finalmente suscrito. Así, por ejemplo, en las tratativas precontractuales se pueden haber realizado estudios de mercado, inventarios, análisis económicos, aumentos de ofertas a fin de cerrar el negocio, datos todos ellos que arrojarán luces sobre la importancia del contrato celebrado.

Además de la interpretación, muchas veces será necesario proceder a la **integración**, conforme lo dispone el artículo 1258⁷⁰⁸. Uno de los efectos de esta integración, es considerar incluidos en muchos contratos los deberes de protección y seguridad que aún sin establecerse expresamente, se

⁷⁰⁶ Para mayores antecedentes, y en especial a la distinción entre interpretación objetiva, interpretación subjetiva, integración e interpretación integradora, y la defensa a la autonomía de esta última, ver por todos, VATTIER FUENZALIDA, CARLOS, “La interpretación integradora del contrato en el Código civil”, en *ADC*, t. XL, año 1987, p. 495 y ss.

⁷⁰⁷ CLAVERÍA, *Interpretación, Calificación e Integración del Contrato*, cit. p. 1651 y nota 7.

⁷⁰⁸ Para VATTIER, *La interpretación integradora del contrato en el Código civil*, cit., p. 496 nota 2, en materia de protección de consumidores con la ley sobre condiciones generales de la contratación, artículo 10.2, la figura de la interpretación integradora asume una renovada eficacia.

entienden formar parte integrante de los mismos⁷⁰⁹. En especial, se estiman incorporados en los contratos de prestación médica, transportes, educación y en general en todos los convenios en que existe una vinculación estrecha entre la persona y las prestaciones comprometidas. La incorporación de los deberes de protección implican un ensanchamiento de la responsabilidad y previsibilidad de los daños, pues el deudor estará obligado a la indemnización de todos los perjuicios que deriven de su incumplimiento, perjuicios que serán considerados previsibles, por ser de normal ocurrencia en la infracción de tales deberes⁷¹⁰.

DOMINGUEZ HIDALGO, refiriéndose a los daños morales, señala que su previsibilidad puede nacer del incumplimiento de una obligación de seguridad. Agrega que se ha entendido que los perjuicios morales deben considerarse incluidos en las previsiones del deudor cada vez que el contrato envuelva una obligación de seguridad, es decir, un deber de preservación de la persona del acreedor que, a diferencia de la obligación principal, es de carácter tácito, por lo que su estipulación es perfectamente posible, pero no indispensable. El razonamiento para justificar esta presunción es simple: en ciertos contratos la vinculación a la persona y a su integridad síquica y física es tan directa *“que las partes han debido prever que su incumplimiento, en determinadas condiciones, puede producir secuelas graves en alguno de esos bienes”*⁷¹¹.

De igual forma, SOLEAU expresa que si el deudor alega la imprevisibilidad de una cierta clase de daño, se debe buscar primero si el tipo de contrato comporta normalmente la obligación de salvaguardar los intereses lesionados. Aquí el juez procederá a una interpretación autoritaria del convenio. Así por ejemplo, si los tribunales incorporan una obligación de seguridad de la persona del contratante a cargo del deudor, todo daño

⁷⁰⁹ JORDANO, *La responsabilidad contractual* cit. pp. 31 y 32 y 141 y ss., expresa que se ha producido un ensanchamiento de la responsabilidad contractual que es paralela a la operatividad del principio de la buena fe, al ser portador de exigencias de conductas o deberes accesorios complementarios del deber de prestación, con lo que nacen los deberes de protección o seguridad y la responsabilidad contractual pasa a ser algo más que responsabilidad por incumplimiento de la prestación principal.

⁷¹⁰ LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, cit., p. 90.

⁷¹¹ DOMÍNGUEZ HIDALGO, *El daño moral*, cit., pp. 550 y 551.

contractual sufrido en su persona es automáticamente unida a esta obligación, cuyo contenido ilimitado no permite ninguna imprevisibilidad de la importancia del perjuicio. Es el caso de la obligación de medios de los médicos en que se confía la persona del paciente. La autora califica esta como *la previsibilidad de derecho*, de acuerdo a la naturaleza del contrato y de acuerdo a las obligaciones principales y accesorias que el derecho positivo les hace producir⁷¹².

La jurisprudencia española en algunas ocasiones ha considerado previsible determinados daños, teniendo presente que el destino de la prestación incumplida o los intereses puestos por el acreedor en el contrato están claramente manifestados en la convención y sus estipulaciones. Así, **en sentencia de 14 de mayo de 2003**, ya citada al hablar del deber de mitigar el daño, *el Tribunal Supremo estimó que el lucro cesante es indemnizable desde el momento en que según el contrato aparece que el bien fue adquirido con el propósito de revenderlo*. Recordemos que esta sentencia trató el caso de los daños demandados por el incumplimiento en la entrega de los mostos adquiridos por un comerciante con la finalidad de revenderlos. Al respecto, señaló el Supremo:

*“...El lucro cesante es aquí racionalmente posible, no está fundado en meras hipótesis. Se trata de una compraventa mercantil entre empresas dedicadas al tráfico de mostos, vinos, etc., y la mercancía se ha adquirido obviamente con el propósito de revenderla”*⁷¹³.

La audiencia Provincial de Sevilla debió resolver una demanda de indemnización de perjuicios por incumplimiento del arrendador. En el verano del año 1997 se alquiló un local para celebrar una boda, y durante la realización del evento el inmueble sufrió un desperfecto eléctrico, imputable a culpa del arrendador. Esto determinó que aunque el menú pudo servirse, se hizo en forma deficiente: las bebidas quedaron inutilizadas por haber dejado de funcionar el sistema de frío industrial, por lo que se tuvieron que comprar en el bar más cercano; además, producto del calor asfixiante, el evento terminó

⁷¹² SOLEAU, *La prévisibilité du dommage contractuel*, cit., pp. 467 y 468.

⁷¹³ RJ 2003\4749.

antes de lo programado. La Audiencia, después de sentar el principio que el resarcimiento “...*queda sujeto a las reglas legales que determinan los daños resarcibles (art. 1106 Código civil [leg 1889\ 27]) y la extensión indemnizatoria (art. 1107 Código civil) y a la prueba de las consecuencias producidas*”, decide acoger la petición de reducción del precio de renta, declara indemnizable el precio de las bebidas y *también el daño moral por la realización del matrimonio en esas condiciones.*

Atendido el particular destino que se tenía asignado al local alquilado —servir para una fiesta de boda—, los perjuicios resultaban plenamente previsibles, en especial el daño moral por la frustración de los novios al ver su fiesta estropeada a consecuencia del cumplimiento defectuoso de la obligación del arrendador de entregar el inmueble en perfecto estado⁷¹⁴.

Otro ejemplo que demuestra la previsibilidad de los perjuicios por el destino de la prestación según el contrato fue el resuelto en la **sentencia de 27 de octubre de 1983**. La sociedad CAMPSA, suministraba *fuel-oil* para las necesidades de la central térmica de Castellón de la Plana, propiedad de la actora. En el mes de diciembre de 1973, CAMPSA alteró unilateralmente la composición del combustible, incorporando a partir de entonces un porcentaje de azufre superior al tres por ciento (según lo convenido tenía que ser inferior). La inferior calidad del *fuel-oil* repercutió según la demandante en una serie de perjuicios, que se concretaban en los siguientes puntos: 1) Reparaciones que tuvo que hacer la actora en las instalaciones, a causa del contenido de azufre. 2) Pérdidas producidas en la generación de energía, como consecuencia de

⁷¹⁴ AC2004\1083. Señala el considerando quinto párrafo final de la sentencia: *De conformidad con estas consideraciones, es evidente que la situación vivida por los Sres. Alfonso y Carolina en un día caracterizado por la felicidad y la alegría, es notorio que tuvo que ser de lo más desagradable y frustrante que sea posible imaginar, desde el inicio, porque cuando llegan al local se encuentran que no existe suministro eléctrico como consecuencia del incendio, se localizan a varios electricistas para restablecer el suministro, que plantean el mal estado general del cuadro eléctrico y la consiguiente dificultad, tras una larga y tensa espera, se restablece sólo parcialmente, se produce un notorio retraso en su inicio, con respecto a lo previsto, el desarrollo del acto, como ya hemos señalado, menú servido con deficiencias, calor asfixiante, rápida retirada de los invitados, de modo que la previa alegría y felicidad, se tornó en tristeza, zozobra, impotencia, angustia y frustrante realidad, que necesariamente ha de conllevar una compensación económica, estimándose adecuada la concedida por la Sentencia recurrida”.*

las paradas realizadas para efectuar dichas reparaciones. 3) Indemnizaciones por los daños causados a los propietarios de los terrenos colindantes a la central térmica de Castellón. Esto último, porque la mayor composición de azufre en el combustible hizo que la chimenea de la Central despidiera humos sulfurosos que produjeron importantes perjuicios en las plantaciones de cítrico; indemnización que fue abonada a través de la Cámara Oficial Agraria de la misma ciudad. Y 4) Importe de la diferencia de precio correspondiente a la menor calidad del *fuel-oil* suministrado desde diciembre de 1973 hasta el 31 agosto 1974.

Las dos primeras clases de daños, fueron rechazadas por el Tribunal Supremo debido a falta de prueba. Los perjuicios de la cuarta clase se estimaron atendibles y se fijó el monto resarcir en 19.958.040 pesetas por la diferencia en 100 pesetas por tonelada en el precio del combustible debido a la inferior calidad del suministrado a partir de diciembre de 1973. Respecto a los singularizados en el tercer punto (indemnización por menoscabos en plantaciones colindantes), y que son los que revisten mayor importancia desde el punto de vista de la previsibilidad, el máximo tribunal señaló que son “*consecuencia directa de los daños ocasionados con el incumplimiento de los que debe responder la sociedad demandada*”⁷¹⁵, y confirma de esta forma la decisión de la Audiencia que los había declarado indemnizables.

Lo destacable de este fallo es que si bien ninguna duda plantea la indemnización del perjuicio de la cuarta clase —menor precio del combustible—, por ser un daño intrínseco, sí resulta dudoso para la doctrina tradicional de la previsibilidad, o al menos discutible, el resarcimiento por la indemnización que el actor tuvo que pagar a los propietarios de los terrenos colindantes. Perfectamente pudo estimarse, según la concepción tradicional, que estos últimos no eran de aquellos que el demandado podía representarse al tiempo de contraer la obligación de suministrar combustible. Sin embargo, desde el momento en que el deudor conocía el destino que la actora daría al *fuel-oil* suministrado (atender las necesidades de una central térmica), cargó sobre sí todos los perjuicios que implicaban su prestación deficiente

⁷¹⁵ RJ1983\5346.

atendiendo al proyecto económico del acreedor, aunque en el hecho dieran lugar a daños que en su *psiquis* podían ser realmente imprevisibles.

Lamentablemente el Tribunal Supremo, pese a no estar ante un incumplimiento doloso, vuelve a olvidar —al menos formalmente—, el análisis del requisito de la previsibilidad. Sin embargo, estimamos que el hecho de haber concedido resarcimiento de los perjuicios es prueba que se estimaron previsibles.

Finalmente, merece mención aparte un fallo de la Audiencia Provincial de Madrid que, valiéndose del conocimiento que las partes tenían del destino de las obligaciones asumidas, es uno de los mejor logra la ampliación del área del daño resarcible. Nos referimos a la **sentencia de fecha 25 de septiembre de 2000**⁷¹⁶. Los hechos eran más o menos los siguientes: Una empresa proveedora de materiales de construcción suministraba hormigón a la demandada, la aceptaba letras pagaderas en ciento cincuenta días. Con estos instrumentos mercantiles, el proveedor realizaba operaciones de descuento en el Banco. Sin embargo, la demandada no cumplió su compromiso en el plazo estipulado, y a consecuencia de lo anterior el actor tuvo que hacer frente a gastos e intereses cobrados por el Banco al no poder pagar oportunamente las letras descontadas. Antes esta situación, se demanda indemnización de perjuicios, y el tribunal de primera instancia condena al pago de la suma todavía adeudada por el hormigón suministrado (7.861.400 pesetas más intereses legales desde los ciento cincuenta días siguientes al ocho de julio de 1994); y además, por concepto de daños condena a la suma de 8.962.042 pesetas más intereses legales; monto que correspondía a los intereses y gastos que el Banco a su vez cargó al proveedor por el atraso en el pago de las letras descontadas.

La demandada impugnó la sentencia de primera instancia, en la parte que lo condenaba a indemnizar la suma de 8.962.042 pesetas más intereses legales. Argumentó que como no existía entre las partes pacto contractual sobre daños y perjuicios, la condena por su morosidad debe

⁷¹⁶ JUR2000\312889.

reducirse al interés legal, en conformidad al artículo 1.108 del Código civil, siendo, por lo demás, ajeno al contrato de descuento que celebró su proveedor.

La Audiencia rechaza la alegación de la demandada y establece, en primer lugar, que en el caso concreto la norma sobre intereses moratorios es desplazada por la regulación dispuesta en los artículos 1101, 1106 y 1107 del Código civil. Declara, en consecuencia, que deben resarcirse los daños efectivamente causados a la actora por el retraso en el pago, para lo cual debe atenderse a la normalidad del tráfico mercantil, las relaciones contractuales entre las partes y la realidad del perjuicio⁷¹⁷. Declarada la primacía de la regulación judicial de los perjuicios por sobre la legal, y consciente la Audiencia de que aquí sólo procede el resarcimiento de los daños previstos, se preocupa a continuación de establecer el destino asignado a la obligación dineraria incumplida, que es precisamente la que justifica la indemnización demandada. Es fundamentalmente en el considerando tercero de la sentencia, donde se desarrolla una interesante argumentación que funda la decisión del Tribunal, y que en su parte pertinente es del siguiente tenor:

“La intención de los contratantes está clara, dada la naturaleza del contrato (suministro de hormigón para obra en ejecución), la dedicación de las partes al tráfico mercantil (constructora adjudicataria de la obra y suministradora de material para la obra), la forma habitual de operar las partes en contratos mercantiles como el presente y el contenido de las cláusulas contractuales, y esa intención es la de que el

⁷¹⁷ CONSIDERANDO SEGUNDO: “No discutido en esta alzada el incumplimiento de la demandada, esto es, la morosidad en la entrega de efectos cambiarios para pago con plazo superior a los 150 días desde la recepción por dicha demandada de las facturas expedidas y fehacientemente entregadas por la actora por el hormigón suministrado, ni la inexistencia del pacto de no pedir alegado en la instancia, ni la calidad del hormigón suministrado o el cumplimiento íntegro de la obligación a cargo de la actora (de las personas jurídicas de las que trae causa su pretensión), ni el gasto real producido a la actora frente al Banco de Fomento por dicha morosidad en el cumplimiento de la obligación a cargo de la demandada, la cuestión litigiosa queda reducida a un solo punto, cual es, si resulta aplicable al supuesto presente el artículo 1108 del Código civil o los artículos 1101, 1106 y 1107 del Código civil, que son los aplicados por el juzgador de instancia, junto a los artículos 1281 y siguientes del mismo texto legal, para establecer la condena de la demandada al pago de los daños y perjuicios realmente causados a la actora, atendiendo a la normalidad en el tráfico mercantil (apertura de líneas de descuento y negociación de efectos cuando la obligación de pago ha de formalizarse mediante la entrega de efectos negociables en un determinado plazo), a las relaciones contractuales entre las partes y a la realidad del perjuicio”.

aplazamiento en el pago del suministro de hormigón no fuera más allá del plazo estipulado en el contrato (de ahí la obligación pactada de entrega por la demandada de letras de cambio aceptadas dentro del plazo de 150 días una vez recibidas las facturas correspondientes) y que, además, no fuera en detrimento de las expectativas económicas de la actora de modo que, determinado el plazo de entrega, vencimiento y pago de las letras de cambio aceptadas (cláusula 9 de las condiciones particulares), pudiera obtener el acreedor una financiación durante el aplazamiento pactado, mediante la negociación de efectos a través de una línea de descuento bancario por ser el modo normal y habitual de operar en el tráfico mercantil los contratantes comerciantes y consecuencia necesaria de la entrega pactada de efectos negociables para pago aplazado de obligaciones dinerarias en contratos como el presente, de suministro continuado de material a obras en ejecución, en el que se establece plazo de entrega y vencimiento de las cambiales, y, por tanto, determinado el plazo y la forma en la entrega, vencimiento y pago de los efectos cambiarios, y estando acreditado el retraso de la demandada en el cumplimiento de su obligación según los términos pactados (cláusula novena de las condiciones particulares del contrato), no entra en aplicación el artículo 1108 del Código civil, sino los artículos 1101, 1106 y 1107 del referido texto legal, y la actora ha de ser resarcida del importe total y acreditado de los perjuicios causados por el retraso de la demandada en el cumplimiento de su obligación (perjuicios previsibles al concertar el contrato/interés impropio del descuento bancario por los días de retraso) que, por lo expuesto, no se reduce al retraso de una mera obligación de pago en dinero⁷¹⁸.

Podemos apreciar que para justificar la indemnización por los daños causados al actor por el retraso en el pago de las letras, La Audiencia acudió a todos los elementos de fijación, interpretación e integración del contrato, y con ello demostró que el demandado podía anticipar o saber la utilización o el

⁷¹⁸Señala además el CONSIDERANDO TERCERO: *No sólo la interpretación del contrato y su necesaria consecuencia de abono por la demandada, como daños y perjuicios previstos a la fecha de su celebración, del gasto adicional* (y no sólo el interés legal) que deriva para la actora por el retraso en la entrega y, consecuentemente, en el vencimiento y pago de las letras de cambio lleva a tal conclusión sino la advertencia siguiente: *la base del negocio jurídico o la equivalencia de las prestaciones desaparece si a unas elevadísimas sumas de dinero cuyo pago se aplaza durante el nada desdeñable lapso de tiempo de 150 días, no se le aplica, como gasto o como equivalente al poder adquisitivo, la cantidad, llamada interés, del descuento bancario durante el período adicional y superior de aplazamiento al previsto contractualmente, plazo superior que nace del retraso en la entrega y, consecuentemente, en el vencimiento y pago de las letras de cambio a la actora; No se trata de calcular unos intereses por el aplazamiento del pago superior al pactado sino de mantener el precio real de un contrato. Por todo ello, haciendo propios los argumentos del juzgador de instancia, procede desestimar el recurso de apelación y confirmar la sentencia recurrida.* La negrilla y subrayado es nuestra.

destino que el actor le daría a las letras de cambio aceptadas por él y, por consiguiente, los intereses que descansaban en su cumplimiento. De esta forma, establecer que el perjuicio sufrido por la demandante era previsible y por lo tanto indemnizable, es solamente su consecuencia lógica.

4.- PREVISTO Y PREVISIBLE.

La distinción entre los conceptos de daño previsto y previsible es uno de los temas menos abordados por la doctrina. Aun así, es posible constatar la existencia de dos formas diferentes de entender el significado de cada uno de dichas expresiones.

Una primera doctrina considera que con el término daño previsto se alude a los perjuicios que efectivamente fueron contemplados por el deudor, y con daños previsible se hace referencia a los que el deudor pudo o debió contemplar como consecuencia de su incumplimiento.

DOMÍNGUEZ HIDALGO indica que los textos del sistema codificado aluden a dos tipos de previsiones: perjuicios previstos en el contrato, o previsible en dicha ocasión. La primera fórmula —los previstos— aludiría a la previsibilidad subjetiva, esto es, “*al conocimiento directo que el deudor ha tenido de los perjuicios que podía ocasionar el incumplimiento de la obligación*”, y como previsión subjetiva deberá ser probada. Agrega que deben comprenderse dentro de esta previsión los riesgos advertidos por el acreedor al deudor al momento del contrato, y en el caso específico de los daños morales, la comunicación o advertencia por parte del acreedor debe referirse a la existencia de intereses extrapatrimoniales comprometidos en el contrato. Tales perjuicios serán previstos, porque el deudor al consentir en estos términos se ha hecho cargo de ellos.

La fórmula *perjuicios que se hayan podido prever* –añade Domínguez HIDALGO–, es más amplia y habría bastado por sí sola, pues perfectamente se comprenden los riesgos advertidos. En esta fórmula el legislador ha querido comprender “a todas aquellas consecuencias que normalmente se derivan del incumplimiento, ya sea por la naturaleza de la obligación o ya sea por las circunstancias que lo rodean. Justamente, al no depender del querer del deudor, se le conoce como « previsión objetiva », en alusión al sistema que se emplea en su determinación”⁷¹⁹.

Una segunda doctrina señala que con la expresión daño previsto se hace referencia a los perjuicios que las partes expresamente estipularon en una cláusula contractual, como susceptibles de derivarse del incumplimiento, y con daño previsible, a los que sin estar expresamente estipulados en el contrato, son susceptibles de ser anticipados por el deudor como consecuencia del incumplimiento de su obligación.

Esta es la opinión defendida por SOLEAU, para quien ***los perjuicio previstos*** son los daños e intereses que han sido objeto de convención expresa, sea en la forma de cláusula limitativa de responsabilidad o de cláusula penal, y en este caso la indemnización no puede exceder del monto previsto, es decir, convenido⁷²⁰. Con relación a ***los previsibles***, distingue entre

⁷¹⁹ DOMÍNGUEZ HIDALGO, *El daño moral*, cit., pp. 541 y 542

⁷²⁰ SOLEAU (*La prévisibilité du dommage contractuel*, cit., pp. 85, 115 y ss., 133 y ss. y 406 y 407), señala que en Francia debido a la restricción del objeto de la previsibilidad, que comprende solamente los elementos constitutivos del perjuicio (naturaleza y extensión del daño) y no el monto del equivalente monetario (o si se prefiere, la cuota del daño queda reducida a su importancia material, con exclusión de su expresión monetaria), actualmente aunque exista una previsión o convención sobre los daños-intereses, el juez puede y debe igualmente tener que examinar la previsibilidad del perjuicio. Para estos efectos, la autora distingue las siguientes situaciones.

1.- Existe una limitación legal de daños intereses sin cláusula de valor declarado.

Si el deudor demuestra la imprevisibilidad de ciertos elementos del perjuicio, de forma que el monto del daño previsible sea inferior al techo o máximo legal, éste no debe ser considerado, incluso en los casos en que el perjuicio efectivamente realizado sea superior. En caso de limitación legal, no se impide que el juez aprecie la previsibilidad del daño para fijar la reparación debajo del monto fijado por la ley (sólo impediría una indemnización sobre el monto máximo legal; pero no bajo dicho monto).

2.- El contrato contiene una cláusula limitativa de responsabilidad.

Igual al caso de limitación legal.

daños especialmente previsibles y normalmente previsibles. Los primeros son aquellos en que la previsibilidad se establece de las circunstancias particulares del caso. El deudor ha conocido los riesgos precisos y concretos del contrato, y estará obligado a su reparación, incluso de los que abstractamente puedan ser estimados normalmente como imprevisibles. Es la previsibilidad real y concreta que se establece por los hechos de la causa y que el juez va a determinar cada vez que sea posible, antes que la previsibilidad abstracta y general⁷²¹. El daño normalmente previsible, por su parte, aparece como el mínimo que el deudor medio podía y debía prever como consecuencia de la inejecución de sus obligaciones cuando no ha recibido ninguna información directa. En opinión de SOLEAU, la previsión en esta hipótesis tiene algo de adivinatoria, porque el deudor careció de un conocimiento directo y preciso de los riesgos del contrato y es al precio de una deducción, a veces arriesgada, que se pueden extraer

3.- Declaración de valor simple índice de previsibilidad

Si ha sido puesto en conocimiento del deudor por el acreedor, el juez es libre de utilizarlo para la apreciación de la previsibilidad de los elementos constitutivos del daño. Si es aceptado el valor declarado, deberá si ser reevaluado al día del juzgamiento.

4.- El contrato contiene una cláusula de valor declarado.

Se trata de una declaración de valor que limita convencionalmente la responsabilidad del deudor a la suma indicada, declaración que puede ser implícita y resultar de la adopción de cierta tarifa. El valor nominal así declarado se impone como techo a los daños intereses. Este, dice SOLEAU—, es el rol de la cláusula limitativa. Pero agrega que esta declaración de valor tiene **una doble naturaleza**, porque *constituye también un índice de previsibilidad* susceptible de ser invocado por el acreedor para obtener al menos el valor real que ha puesto en conocimiento del deudor y como piso de los daños intereses, este valor declarado en la cláusula debe ser reevaluado.

Cuando el daño es superior al declarado, este se impone al juez como precio fijo y el acreedor tiene derecho como menos y como mucho al valor declarado, por lo que **la cláusula de valor declarado juega más bien como una suerte de cláusula penal antes que como cláusula limitativa de responsabilidad**, ya que en esta última el juez tiene el poder de apreciar el daño previsible en una suma inferior. Sin embargo, se debe tener presente que la cláusula de valor declarado obliga al juez, pero sujeto a la condición que el perjuicio efectivamente causado sea superior a la suma declarada, y en este aspecto marca la diferencia con la cláusula penal.

SOLEAU concluye que *las cláusulas de valor declarado constituyen actualmente el único caso en que pese a la nueva interpretación del 1150, el juez queda obligación por la suma de daños intereses previstos a causa de su doble rol de máximo (o techo) y mínimo (o piso)*.

Como comentario al margen, vale aclarar que si bien la autora al analizar las cláusulas que fijan el máximo legal o las cláusulas valor declarado, representativas de la idea de daño convenido, no impide la actuación del criterio de la previsibilidad, ello se debe a que son cláusulas que miran a las sumas que se deben pagar por incumplimiento, aspecto que según SOLEAU ya no forma parte del objeto de la previsibilidad y por lo mismo a falta de regulación convencional del daño previsto, debe obviamente operar el criterio de la previsibilidad. La situación sería evidentemente diferente, si el contenido de la cláusula convencional versara sobre los elementos constitutivos del daño (naturaleza y extensión del perjuicio)

⁷²¹ Ibid., pp. 149 y ss.

conclusiones sobre la naturaleza y extensión del perjuicio, por lo que la tarea de la previsibilidad judicial es muy delicada⁷²².

Las posiciones analizadas sobre el significado de las expresiones daño previsto y previsible pueden ser válidamente sostenidas desde un punto de vista literal de los términos. Sin embargo, consideramos que ambas incurren en error de dejar uno de las expresiones sin un alcance práctico real. Prueba de lo anterior es el hecho que DOMÍNGUEZ HIDALGO, al realizar la distinción entre daño previsto y previsible en la forma ya dicha, termina reconociendo que la primera expresión queda comprendida dentro de la segunda. Carece de sentido que el legislador distinga dos conceptos para que en definitiva uno de ellos sea absorbido íntegramente por el otro.

Con la doctrina de SOLEAU pasa algo semejante, pues aquí también el concepto de perjuicio previsto, como sinónimo de convenido, carece de alcance práctico. En efecto, aunque no se hubiese contemplado en el artículo 1150 del *Code*, ni en ninguno de los textos que le sigue, y se hubiese hablado simplemente de daño previsible, nada impediría a las partes convenir expresamente los perjuicios de que responderá el deudor en caso de incumplimiento de sus obligaciones, y ello por el principio de la fuerza obligatoria de los contratos establecidas en el artículo 1134 del *Code* y 1278 del Código civil español. En suma, la limitación al perjuicio expresamente previsto por las partes en una cláusula contractual tendrá aplicación con total independencia de que el artículo destinado a regular la extensión del daño se refiera a dicha situación, y por lo mismo atribuirle este sentido a una de las expresiones empleadas en el artículo 1150 del *Code* carece de toda utilidad práctica.

Por todo lo expuesto y por lo expresado al tratar el desarrollo

⁷²² Sin embargo, la autora aclara que ello no significa que esta previsibilidad deba buscarse directamente en la psicología del deudor, ya que ello sería incompatible con el carácter normativo que debe cuidar la apreciación de la previsibilidad. Los jueces van a deducir el daño previsible de acuerdo a lo normal, es decir, conforme a las reglas y los usos. La convención concluida por las partes suministra las indicaciones útiles, los riesgos que normalmente se colocan en el contrato según su género o sus estipulaciones particulares, y lo primero será determinar el perjuicio normalmente previsible según la convención. *Ibid.*, pp. 164 y 165. Como se aprecia, pese al avance de esta doctrina, sigue en la idea que el objeto de la previsibilidad es el daño.

histórico y los dos sentidos de la previsibilidad, creemos que es factible considerar que **con la expresión *daño previsto* la ley se está refiriendo a lo que hemos denominado la previsibilidad en su primera función**, esto es, hace referencia a todos los perjuicios que deriven del destino asignado a la prestación y que haya sido conocido por el deudor y asumido su riesgo (además, por supuesto, de los intrínsecos que se consideran siempre previstos); **y con la expresión *daño previsible* o que se hayan podido prever alude a la segunda función de la previsibilidad**, vale decir, a la prerrogativa judicial de limitar el monto de los perjuicios previstos, facultad aplicable a todos los daños sufridos o sólo a los experimentado en la cosa misma objeto de la obligación, según la amplitud que se dé a esta segunda función de la previsibilidad.

5.- FUNDAMENTO DE LA PREVISIBILIDAD.

La justificación para limitar la indemnización en materia contractual a los perjuicios previstos ha sido un tema debatido y que ha ido evolucionando con los años. A modo de síntesis, podemos decir que actualmente los diversos fundamentos se pueden agruparen cinco categorías: manifestación de la voluntad tácita, distribución de los riesgos, facultad moderadora, inexistencia de la responsabilidad contractual y referencia a los principios contractuales. Pasaremos una breve revisión a cada uno de ellos para después dar nuestra opinión al respecto.

A.- LA PREVISIBILIDAD COMO MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD TÁCITA DE LAS PARTES.-

Es el fundamento tradicional de la regla de la previsibilidad. Apoyados en los antecedentes históricos, los exegetas franceses y la doctrina tradicional justificaron este criterio en la idea de *un convenio tácito entre las partes al tiempo de contratar*, pues no concebían ninguna consecuencia

jurídica del contrato sin apoyo del consentimiento de quienes concurren a su celebración. Se explicaba diciendo que si las partes hubiesen acordado las indemnizaciones en caso de incumplimiento, sin duda habrían limitado la extensión de la indemnización a los daños previsibles. Por lo tanto, al establecer el artículo 1150 del *Code* el requisito de la previsibilidad del perjuicio, sólo ha tenido por finalidad interpretar la voluntad de los contrayentes.

Esta es la justificación que dan tradicionalmente autores como DEMOLOMBE⁷²³, BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE⁷²⁴. Similar argumentación da también VAN RYN⁷²⁵; pero como bien acota SOLEAU, este último autor moderniza el fundamento de la voluntad tácita de las partes, pues antes que una supuesta voluntad de los contratantes acerca de los daños, parece referirse más bien a la extensión del compromiso asumido por ellas —“*l'étendue de leur engagement*”—, es decir, a los riesgos contractuales. De esta forma, la argumentación aparece mucho más convincente, pues resulta bastante más natural que alguien prevea la importancia de sus compromisos antes que los eventuales perjuicios que el incumplimiento de estos pueden causar⁷²⁶.

La doctrina tradicional ha sido duramente criticada. El principal argumento en su contra es que en el derecho actual la voluntad ha experimentado un progresivo y sostenido declive, como lo demuestra las numerosas intervenciones legislativas, que no sólo suplen la voluntad de las partes, sino que imponen reglas inderogables para las mismas. Una de las manifestaciones más patente de esta evolución se da en materia de derecho del consumidor, donde el legislador, conocedor de la situación de desigualdad de los contratantes, termina regulando muchos aspectos de los contratos de consumo. Sin embargo, estimamos que esta razón por sí sola no es suficiente para rechazar la doctrina tradicional. Primero, porque pese a las restricciones y al declive de la autonomía de la voluntad, ella sigue jugando un rol

⁷²³ *Cours de Code Napoléon. Des contrats et des obligations conventionnelles en général*, t. XXIV, n. 578

⁷²⁴ *Traité théorique et pratique de droit civil. Obligations*, t. 1, n 483.

⁷²⁵ *Responsabilité aquilienne et contrats*, cit., pp. 56 y 57.

preponderante. Obviamente, su importancia no es la misma que en la época de la codificación; pero continúa siendo suficientemente gravitante para ser el elemento que moviliza la actividad comercial y que justifica sobradamente la existencia de los contratos y convenciones. Lo que sucede es que hoy en día se encuentra demarcada su zona de influencia. En segundo lugar, y relacionado con la última idea anterior, el hecho de que el legislador mantenga la regulación de la previsibilidad del daño, es un argumento para sostener que no obstante la limitación a la autonomía de la voluntad, la regulación del *quantum* resarcitorio sigue siendo uno de los aspectos donde ella mantiene su importancia.

Creemos que es otra la razón para rechazar la doctrina tradicional. Básicamente, es artificial creer que existe una voluntad tácita de las partes, en orden a una supuesta previsión de los daños en caso de incumplimiento. Las previsiones en ese momento están dirigidas al cumplimiento y no al incumplimiento de las obligaciones, y si alguien está pensando en incumplir, muy probablemente ya no nos encontraremos en un caso de simple negligencia que justifica el presente criterio limitativo, sino en un actuar doloso que excluye la previsibilidad.

B.- LA PREVISIBILIDAD COMO MANIFESTACIÓN DE LA ADECUADA DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS.-

PANTALEÓN expresa que con la fundamentación anterior, lo que en realidad se hace es dar una explicación antropomórfica de lo que el Derecho considera una adecuada distribución de los riesgos por incumplimiento, inspirado en el principio de la voluntad de las partes. Agrega que modernamente se da una explicación jurídica económica, y esta es que el fundamento para limitar la indemnización contractual a los perjuicios

⁷²⁶ SOLEAU, *La prévisibilité du dommage contractuel*, cit., p.408.

previstos, *descansa en el cálculo de coste-beneficio, en el que el riesgo del daño por incumplimiento es uno de los costos a considerar.*⁷²⁷

SOLER, al igual que PANTALEÓN, identifica la previsibilidad con el ámbito de protección del contrato como criterio prioritario para la imputación objetiva de perjuicios contractuales. Añade que este criterio se encuentra en todos los códigos latinos con la denominación de previsibilidad, designación que no es afortunada por cuanto, entendido literalmente, haría responsable al deudor de los riesgos previstos pero no asumidos y le exoneraría de los imprevistos, pero asumidos. Sin embargo, del origen de la regla y su fundamento económico queda claro que su fin es predicar la distribución de los riesgos inmanentes al contrato y acordado por las partes al celebrarlo. Termina diciendo que, en definitiva, *la regla de la previsibilidad es la traducción jurídica de lo que el legislador entiende como una razonable distribución de los riesgos y no solo de los previstos por el deudor, sino de los que una persona sensata y en su posición pudiera haber considerado*⁷²⁸.

GOMEZ critica esta fundamentación de la previsibilidad al decir que, en esencia, es la misma que la doctrina tradicional, pero menos clara⁷²⁹. Por nuestra parte, estimamos que tiene el innegable mérito de explicitar que en realidad lo importante no es lo que el sujeto pudo o no anticipar como perjuicio, sino que los riesgos que aceptó asumir, y además se preocupa de conectar aspectos jurídicos y económicos en el contrato, en especial la relación entre el precio acordado y los riesgos asumidos. Sin embargo, no la consideramos una explicación suficiente, porque no nos aclara del todo el porqué de la distribución de los riesgos según el criterio de la previsibilidad, ni

⁷²⁷ Señala este autor que no tendría sentido que el contratante incumplidor responda de los resultados dañosos que ni contempló como posible al momento de contratar, ni una persona razonable al tiempo del contrato y contando con los especiales conocimientos de aquél habría previstos que podrían producirse. Y no tendría sentido, teniendo en cuenta, por una parte, respecto del incumplidor pues si hubiese tenido en cuenta el riesgo de producirse dichos resultados dañosos, habría exigido un precio superior, y al haber estimado el comprador el incremento del precio, la compraventa se habría realizado al mismo precio, pero exonerando al vendedor de la responsabilidad por los resultados dañosos en cuestión. Por otro lado, la contraparte, si hubiese querido que se asumiera ese riesgo, habría informado al vendedor y aceptado el mayor precio por asumir así riesgos de perjuicios puestos de manifiesto. Ver PANTALEÓN, “El sistema de responsabilidad contractual”, cit., pp. 1027 y 1028.

⁷²⁸ SOLER, *La valoración del daño*, cit., pp. 43 a 45. En igual sentido, propugnando la idea que la previsibilidad expresa la asunción de los riesgos al momento de contratar, CARRASCO, *Comentario al artículo 1.107*, cit., pp. 740 y 741

se adentra en el fundamento último de la norma. Sin embargo, hay un aspecto en que estimamos que sí se acerca a la fundamentación del criterio limitativo, y es en la referencia a ser la previsibilidad la manifestación del fin de protección de la norma.-

C.- LA PREVISIBILIDAD ES UNA MANIFESTACIÓN DE LA FACULTAD MODERADORA.-

En opinión de VINEY, la previsibilidad es *un instrumento de política de moderación judicial de los daños e intereses*, para evitar el peligro de la actual evolución en materia de responsabilidad, esto es, su exagerado desarrollo. Se indica que esta es precisamente la finalidad que cumple en el derecho anglosajón, donde la norma se importó para ser utilizada como herramienta de moderación de la indemnización de las empresas y fomentar de esa forma el desarrollo de la naciente industria⁷³⁰.

Creemos que este es el fundamento de la previsibilidad en su segunda función, pero no de la primera. Además, se trata de una fundamentación genérica, pues varios criterios delimitadores del daño están inspirados, en mayor o menor medida, en no hacer demasiado gravosa la responsabilidad del deudor.

D.- LA PREVISIBILIDAD COMO MANIFESTACIÓN DE LA INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.

Antigua doctrina con nuevos seguidores. La idea que la responsabilidad contractual no es tal, fue sostenida por primera vez en el siglo XIX por SAINCTELETTE en su obra *De la responsabilité et de la garantie* (1884). En los últimos tiempos, ha vuelto a surgir con fuerza gracias a la defensa de autores como LE TOURNEAU, REMY y LETURMY, unido a ciertos pronunciamientos jurisprudenciales que parecen darle acogida.

⁷²⁹Previsión de daños, cit., p. 109.

El postulado básico de esta doctrina es que la llamada responsabilidad contractual no existe. Se trataría en realidad sólo de un cumplimiento por equivalencia de la prestación incumplida, y esta circunstancia explicaría la limitación de la indemnización al perjuicio previsible.

Se dice que la mal llamada responsabilidad contractual no tiene por objeto indemnizar, sino simplemente procurar al acreedor la ventaja que le habría significado el cumplimiento oportuno de la obligación.

LE TOURNEAU señala que la razón aparente para diferenciar la extensión de ambas responsabilidades, es el hecho de que en la contractual las obligaciones y su extensión resarcitoria son regidas por la voluntad de las partes, principio fundamental del artículo 1150 del Code. Sin embargo, agrega, la razón oculta de las diferencias existentes en materia de extensión del daño es el hecho de que en realidad no corresponde hablar propiamente de responsabilidad contractual, sino que lo que hay es una ejecución diferente y a menudo diferida, y esta ejecución forzosamente tiene por medida lo que había sido previsto. En el fondo no hay reparación, sino únicamente otra ejecución y el equivalente no puede sobrepasar lo prometido⁷³¹.

En el último tiempo ha sido REMY⁷³² quien con mayor fuerza ha expuesto y defendido esta teoría. Señala que *el Code consideró los daños e intereses debidos en caso de inejecución del contrato como un modo de pago forzado de la obligación* (el efecto del compromiso contratado) y no como la reparación de un daño injustamente causado (sanción a un delito). Para él, la invención de una responsabilidad contractual, tallada sobre el modelo de la delictual es reciente, y su consagración definitiva no se produciría sino a fines del S. XIX, ayudada por dos hechos jurisprudenciales casi concomitantes: la obligación contractual de seguridad (que ha anclado definitivamente la

⁷³⁰ VINEY, *La responsabilité Civiles. effetss.*, cit., n. 333, p. 441.

⁷³¹ LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, cit., pp. 88 y 89.

responsabilidad contractual en su función de reparación) y la distinción entre obligación de medios y resultados.

No obstante esta confusión en la doctrina y jurisprudencia, resulta claro el verdadero carácter de la llamada responsabilidad contractual, si se tiene presente el artículo 1150 del *Code*, según el cual la indemnización a pagar por el incumplimiento contractual no está destinada a restablecer al acreedor al estado en que se encontraría si el perjuicio no le fuese injustamente causado, sino simplemente *a procurarle el equivalente de la ventaja que se esperaba o podía esperar del contrato*. Todo este régimen de daños e intereses es pues extraño a la idea de una verdadera responsabilidad contractual semejante a la delictual.

En opinión de REMY, resulta evidente el problema de la doctrina moderna, partidaria de construir el concepto de responsabilidad contractual a semejanza de la delictual, para justificar la limitación del artículo 1150 del *Code*. Ven en los daños previsibles una derogación difícilmente justificable a la luz del principio de la reparación íntegra, y proponen su eliminación o su utilización únicamente como instrumento de una política de moderación judicial. En cambio, desde el punto de vista de la doctrina que postula la inexistencia de la responsabilidad contractual, la limitación del artículo 1150 se explica por la naturaleza misma de los perjuicios contractuales, destinados a proporcionar al acreedor reclamante la satisfacción por equivalencia de lo que le habría proporcionado la ejecución in natura, pero nada más.

En este sentido, recuerda que para POTHIER el daño previsible se entendía como los de carácter intrínseco, es decir, los que el acreedor podría sufrir con relación a la cosa misma que ha sido el objeto de la obligación y no los que la inejecución del contrato les ha ocasionado además en sus otros bienes. Así también lo entendieron los redactores del 1150. El deudor, en consecuencia, sólo es obligado a los perjuicios que se sufren con relación a la cosa que ha sido el objeto de la obligación (*damni et interesse propter ipsa rem non habitam*). Como consecuencia de todo lo anterior, la previsibilidad es

⁷³² REMY, « *La « Responsabilité contractuelle »: histoire de un faux concept* », cit., pp. 323 y ss.

una noción objetiva que se determina por el objeto de la obligación no ejecutada.

En suma, para esta teoría, la limitación a los daños previstos, que deben identificarse con los intrínsecos, se justifica por la función de pago que tiene la responsabilidad contractual. Por lo mismo, los daños deben medirse sobre la ventaja prometida por el deudor o razonablemente esperada por el acreedor. O como dice SAVAUX, la aplicación de este método de evaluación requiere definir exactamente lo que el deudor contractual ha prometido, y el contenido de las obligaciones del contrato será lo determinante⁷³³.

Se dice que el derecho de la inexecución contractual sólo reencontraría su simplicidad, si se descargara de su falsa función de reparación, por lo que se propone reducir la responsabilidad contractual a su papel de ejecución forzada; y a la responsabilidad aquiliana se le daría competencia exclusiva para la reparación de perjuicios injustamente causados por el incumplimiento, especialmente para los ocasionados a la persona del acreedor.

En España, JORDANO⁷³⁴ expresa que es posible el ejercicio sucesivos de acción contractual y extracontractual, cuando por la limitación establecida en el artículo 1.107 (se refiere a la previsibilidad) el afectado por el incumplimiento no doloso, no haya obtenido el resarcimiento de todo el perjuicio, y deba acudir a la acción aquiliana a fin de resarcirse de daños que no lo hayan sido por la vía contractual. Si bien este autor no se manifiesta partidario de la teoría en estudio, la verdad es que sólo entendiendo que la responsabilidad contractual no es auténtica responsabilidad, sino cumplimiento por equivalencia, puede aceptarse la idea de interponer consecutivamente ambas acciones para obtener en la extracontractual lo que no nos indemnizaron en la contractual.

De esta posición doctrinaria sin duda que es interesante su afirmación de que el daño intrínseco coincide con el cumplimiento por equivalencia o *aestimatio rei*, circunstancia que también ha destacado un

⁷³³ SAVAUX, ERIC : « *Le fin de la responsabilité contractuelle ?* », En *Rev. Trimestrielle de Droit Civil*, 1999 (enero – marzo), p. 22.

sector de la doctrina española⁷³⁵. Resulta igualmente digno de mención el que se estime que el perjuicio previsible es una noción que debe medirse de acuerdo a un parámetro objetivo como es la determinación de la obligación infringida. Sin embargo, no podemos adherir a sus postulados, porque parte de un análisis equivocado del concepto de daño previsible. Si bien es cierto que un perjuicio intrínseco siempre será previsible, no se trata en lo absoluto de conceptos sinónimos o idénticos que siempre coincidan, y este es precisamente el error de la teoría: identificar ambas nociones. Como ya explicamos en su oportunidad, en la generalidad de los casos el daño previsible será algo más que el daño intrínseco y por supuesto algo más que el equivalente de la prestación incumplida. Situación que el mismo POTHIER, pese a lo que estima REMY, deja bien en claro durante la exposición de la previsibilidad. Creer que POTHIER identificó daño previsible con daño intrínseco es el origen de las deficiencias de esta teoría sobre el fundamento de la previsibilidad. Luego, tampoco resulta cierto que mediante la responsabilidad contractual solamente se obtenga el equivalente pecuniario o una forma de pago forzado de la obligación incumplida.

E.- EL FUNDAMENTO DE LA TEORÍA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO.-

En España, GÓMEZ⁷³⁶ justifica la limitación de la indemnización a los daños previstos en materia contractual señalando que su objetivo es inducir la transmisión de información relevante. Reconoce que este no es el sentido que suele darse al criterio, sino que se acostumbra a considerar que es la manifestación de un acuerdo tácito de las partes al contratar o, si se prefiere, el reparto de los riesgos del incumplimiento inmanente al contrato⁷³⁷. Sin embargo, en su opinión, esta fundamentación presenta una clara

⁷³⁴ JORDANO, *La responsabilidad contractual*, cit., nota 22, p. 34

⁷³⁵ LLAMAS, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, cit., p. 198.

⁷³⁶ GÓMEZ, *Previsión de daños*, cit., pp. 108 y ss.

⁷³⁷ Reconoce GÓMEZ que incluso desde el análisis económico del Derecho, el criterio de la previsibilidad es justificado por algunos autores con la idea del consentimiento hipotético de los contratantes. *Ibid.*, p.

inconsistencia, por ser un hecho innegable de que ambas partes, deudora y acreedora, prefieren un resultado de indemnización plena, cualquiera sea el tipo y cuantía del daño.

En opinión de GÓMEZ, la regla que limita la indemnización a los daños previstos o previsibles no puede entenderse fundada en una voluntad hipotética o acuerdo tácito. En verdad, la limitación al daño previsto o previsible no es lo que las partes hubieren acordado en ausencia de los costes de transacción. Por el contrario, esta regla de limitación resulta atractiva como opción de política jurídica, precisamente, debido a que un tipo de acreedor la percibe como indeseable. Es la voluntad de liberarse de ella lo que incentiva al acreedor a revelar a su deudor información contractual relevante en relación con su tipo; circunstancia que, finalmente, permite alcanzar un resultado más eficiente, mediante un menú diferenciado de contratos para cada uno de los grupos de acreedores⁷³⁸.

En resumen, *la limitación a los daños previsibles encontraría su fundamento en el deseo del legislador de que los contratantes transmitan a su contraparte, ni más ni menos, que la información relevante sobre los intereses contractuales que tienen en el convenio, ya que de otra forma no se indemnizarían las circunstancias especiales que puedan afectarlo como acreedor.*

Sin perjuicio de no coincidir con los postulados de la teoría del análisis económico del Derecho, la explicación o fundamentación que dan a la regla de la previsibilidad no deja de ser razonable; sin embargo consideramos que es una explicación más bien parcial, según veremos al analizar nuestra posición.

111.
⁷³⁸Ibid., p. 112.

F.- EL FUNDAMENTO DE LA PREVISIBILIDAD EN EL PRINCIPIO DE REFERENCIA AL CONTRATO.-

SOLEAU, después de pasar revista a las que considera las principales teorías destinadas a explicar la previsibilidad⁷³⁹, termina concluyendo que *su verdadero fundamento estaría en el principio de referencia al contrato*⁷⁴⁰.

Señala la autora que el requisito de la previsibilidad cumpliría una doble función: establecer *la extensión* de la responsabilidad, y permitir *discernir* si la acción de responsabilidad debe situarse en el orden contractual o extracontractual. En esta segunda función, *la previsibilidad permite la especificidad de la responsabilidad contractual, debido a que el perjuicio reparable debe ser determinado con referencia al contrato, y esto significa que un daño solo será de naturaleza contractual cuando se encuentre unido a una de las obligaciones contractuales y el deudor ha podido o debido prever su realización*. De esta forma, mientras la responsabilidad delictual sanciona un deber general que no es técnicamente una obligación, la contractual sanciona una obligación precisa que une a dos personas determinadas, y esta diferencia se profundiza si se considera que el contenido de esta última va a ser la medida exacta de los únicos daños contractuales reparables.

Agrega SOLEAU, que el artículo 1150 del *Code* aparece como el único texto legal que introduce el principio de autonomía de la voluntad en el campo de la responsabilidad civil. La importancia de dicha disposición es capital, pues en ausencia de este texto sucedería como en el derecho

⁷³⁹ SOLEAU, *La prévisibilité du dommage contractuel*, cit., pp. 401 y ss., indica que para explicar la limitación al daño previsible, el derecho contractual moderno y tradicional se nutre de 3 nociones: la voluntad, la buena fe y la justicia contractual. Se señala que si el perjuicio imprevisible no se indemniza, es porque *no está en el campo de la voluntad contractual*; implicaría además *un atentado a la buena fe contractual* por parte del acreedor, porque en la mayoría de los casos la imprevisibilidad derivaría de un hecho del acreedor que impidió al deudor apreciar los riesgos del contrato, y por último, *la justicia contractual* exige un equilibrio relativo entre las prestaciones de los contratantes, y se debe extender la responsabilidad del deudor hasta el compromiso que él ha suscrito.

Rechaza la autora todas estas doctrinas, porque se dice que si bien al momento de formularse la norma de la previsibilidad, la voluntad contractual tenía una gran importancia, hoy en día la autonomía de la voluntad va en franca decadencia. Respecto a la buena fe, dice que no es necesario recurrir a la previsibilidad para excluir los daños por culpa de la víctima, y respecto a la justicia contractual depende del punto de vista que se adopte, porque mirado desde el ángulo del acreedor, lo justo será el resarcimiento más general posible.

alemán, donde una vez que el daño sobreviene, la responsabilidad escapa a la voluntad de las partes. De faltar el artículo 1150, el principio de la autonomía de la voluntad seguiría cumpliendo un rol en la formación del contrato, pero sería excluido del campo de la responsabilidad civil, por lo que solo existiría un orden de responsabilidad, y los efectos de la inejecución escaparían a la influencia de la voluntad creadora⁷⁴¹.

En resumen, el fundamento de la previsibilidad es que permite distinguir y diferenciar la responsabilidad contractual de la extracontractual, y de desaparecer pasaría a existir un sólo régimen para ambas responsabilidades.

La posición de SOLEAU no puede ser asumida porque no está demostrada esta segunda función de la previsibilidad, es decir, que sea este criterio el que permita determinar si un daño es de naturaleza contractual o extracontractual. Es más, la mayoría de la doctrina, como la propia autora lo reconoce, asigna esta función a la relación de causalidad. En segunda lugar, si bien nadie duda que la previsibilidad constituye una de las diferencias fundamentales que existen entre ambas responsabilidades; pero esta circunstancia no puede utilizarse como fundamento porque, precisamente, de lo que se trata es de encontrar el fundamento de esta diferencia.

G.- NUESTRA OPINIÓN.-

Todas las opiniones expuestas aportan alguna idea sobre la razón de ser de la previsibilidad, pero resultan insuficientes porque descuidan el origen y posterior evolución del criterio.

Antes de pasar a nuestra explicación, digamos que el fundamento que se dé debe servir para justificar dos aspectos claves de la previsibilidad: por un lado, la regulación concreta de la indemnización que implica este criterio en desmedro de una regulación abstracta, como sucede en las obligaciones de dinero y, por otro, el hecho que permite la extensión de los

⁷⁴⁰ Ibid., pp. 461 y ss.

⁷⁴¹ Ibidem.

perjuicios resarcibles más allá del objeto de la obligación.

Para tratar de entender su fundamento, debemos partir por su razón histórica. Recordemos que la previsibilidad fue ideada por DUMOULIN no solamente para explicar la limitación a la indemnización establecida por la Constitución de JUSTINIANO, sino que también *fue un mecanismo para extender la indemnización que se encontraba sumamente restringida*. Una vez que la Constitución deja de tener eficacia, las razones que originalmente justificaron la previsibilidad van perdiendo importancia práctica. No obstante ello, DOMAT retoma el criterio de la previsibilidad y le otorga tres sentidos diferentes. En uno de estos sentidos, señala que *la posibilidad de prever los daños por el incumplimiento justificaba la regulación concreta y no abstracta de los daños*, como ocurría en los casos de deudas de dinero, pues el deudor podía saber cuáles serían los daños que el incumplimiento produciría en cada clase de obligaciones.

POTHIER, por su parte, se valió de las funciones que DUMOLÍN y DOMAT habían ideado para la previsibilidad, con las modificaciones que correspondían a los nuevos tiempos. Así, en lo que nosotros hemos llamado la previsibilidad en su primer sentido, vio un mecanismo que permitía, por un lado, *ampliar la indemnización* más allá de los perjuicios intrínsecos y, por otro, *justificar esta extensión y la valoración concreta del daño*, por tratarse de perjuicios plenamente anticipables por el deudor. En el fondo, era una ampliación de la responsabilidad, pero limitándola a los perjuicios propios de la utilización o destino que se daría a la prestación, lo que era conocido y aceptado por el deudor. En suma, podríamos decir que estamos ante *un criterio ampliación-limitación de los daños*: amplía el perjuicio resarcible más allá de los intrínsecos, pero a la vez los limita teniendo presente el destino de la prestación.

La previsibilidad en su primer sentido permite, entonces, explicar dos aspectos claves en materia resarcitoria: por un lado, la regulación concreta de la indemnización en desmedro de una regulación abstracta, como sucede en las obligaciones de dinero y, por otro, el hecho que la previsibilidad permite la extensión de los perjuicios resarcibles más allá del objeto de la

obligación.

De todo lo expresado, podemos concluir que *el fundamento de la previsibilidad en su primer sentido o función es, por un lado, justificar una regulación concreta de la indemnización; y por otro, permitir que en la valoración del perjuicio resarcible se tome en consideración los intereses y proyecto en los cuales iba inserta la prestación incumplida, y, al mismo tiempo, limitar el resarcimiento a los daños propios de estos intereses y proyectos, de los cuales el acreedor tomó debido conocimiento.*

La segunda función o sentido de la previsibilidad, por su parte, *dejó de ser la explicación de la norma que limitaba la indemnización a un monto determinado (la Constitución había perdido vigencia), y pasó a ser la facultad moderadora misma.* Por lo mismo, aquí la previsibilidad tiene claramente como fundamento la equidad, atendiendo a la situación del caso concreto.

Lo expuesto nos lleva a otro tema de la mayor importancia: el motivo por el cual la previsibilidad cede o deja de aplicarse en el caso del deudor doloso, a quien se le impone una carga indemnizatoria más gravosa, pues responderá incluso de los perjuicios imprevistos⁷⁴².

Entendemos que la razón para hacerlos responsables de esta clase de daños es la diferencia de actitud que muestra en relación con el deudor negligente. Este último es un deudor que quiere cumplir, pero que no puede, por lo que de no existir el límite en estudio estaría condenado a cargar con los perjuicios imprevistos, pues no tendría forma de evitarlos. Además, como la imprevisibilidad se debe a que el acreedor no comunicó adecuadamente el destino de la prestación y los riesgos que ello implicaba, se opta porque sea este acreedor quien cargue con los daños propios de estos riesgos no dados a conocer. El deudor doloso, en cambio, pudo cumplir con su obligación, lo cual habría evitado la producción de todos los perjuicios, incluidos los provenientes de riesgos desconocidos, y si no cumplió es porque simplemente no quiso o no deseó hacerlo. Por ello, es lógico desplazar el riesgo de tales daños hacía su persona, ya que muestra un

⁷⁴² No obstante, algún límite debía tener su obligación resarcitoria y se aplicó para ellos el criterio del daño *necesario*.

absoluto desprecio hacia los deberes libremente contraídos, y esta actitud es evidentemente mucho más grave que la falta del acreedor de no haber informado debidamente los riesgos, y en la “*balanza de faltas*” la inclinación es a que el incumplidor doloso sea el que cargue con estos riesgos desconocidos del incumplimiento.

El que la previsibilidad fuera de beneficio exclusivo del deudor culposo y no beneficiara al doloso aparece entonces como una distinción adecuada y coherente. Sin embargo, se suscitó un problema debido a que *en la construcción de POTHIER no se contempló el caso del negligente extracontractual*, y los codificadores decidieron aplicarle simplemente el mismo criterio que al doloso. Ello obedeció, obviamente, al hecho de que la previsibilidad, tal como estaba concebida, era inaplicable en materia aquiliana⁷⁴³. A consecuencia de lo anterior, el incumplidor contractual culposo aparece en mejores condiciones no sólo en comparación con los dolosos —contractual o extracontractual—, sino también ante el responsable por negligencia de un ilícito, y esta última circunstancia es la que resulta difícil de justificar.

Esta situación fue la que produjo la distorsión en el sistema. En efecto, al compararse la mejor condición en que se encontraba quien incumple culpablemente una convención en relación con el que de igual forma comete un hecho ilícito, la doctrina concluyó que la previsibilidad era simplemente un criterio restrictivo de responsabilidad contractual y no logró apreciar el carácter extensivo que en su época tuvo.

Luego, ***estimamos que el real problema no es justificar el criterio de la previsibilidad como límite a la responsabilidad del incumplidor no doloso, sino justificar la diferencia que ello produce con la responsabilidad que emana de un hecho ilícito culpable.***

Esta diferencia en materia de carga resarcitoria entre el negligente contractual y extracontractual sigue siendo una característica del sistema que la doctrina no logra justificar adecuadamente y es, precisamente, la razón que

⁷⁴³ Aunque DOMAT consideraba que la previsibilidad también podía aplicarse en hecho ilícito, todos sus ejemplos fueron dados en materia contractual.

ha llevado a los autores españoles a defender la idea de la aplicación extensiva de la previsibilidad en materia aquiliana.

No podemos compartir dicho planteamiento, y al contrario de lo que se sostiene, creemos que esta supuesta diferencia entre ambos regímenes de responsabilidad no es tal, ya que en la extracontractual, por lo menos en algunos supuestos, operan también criterios delimitadores del perjuicio en favor del negligente, que no benefician al doloso. En otras palabras, y siguiendo a TRIMARCHI, podemos decir que la responsabilidad por riesgo ilícito también se valora con mayor rigor cuando estamos ante una actuación dolosa⁷⁴⁴.

Modernamente, se ha señalado que la previsibilidad es la manifestación típica en materia contractual del criterio de imputación objetiva *fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad*. Esta afirmación, que consideramos acertada, ha servido para percatarse de lo siguiente: *muchas veces en responsabilidad extracontractual también operan criterios delimitadores de responsabilidad inspirados en el fin de protección de la norma, los que establecen diferencias entre el responsable doloso y el meramente negligente*, al igual que lo hace la previsibilidad en materia contractual.

Así, las normas que prohíben determinadas conductas están destinadas a proteger bienes específicos y si se incumplen negligentemente no se responderán de los daños causados en otra clase de bienes. Es el caso de quien transporta culpablemente a personas en la caja de mercaderías de un camión y estas resultan accidentadas. Se dice que el conductor no responderá porque la norma que prohíbe tal traslado no tiene por fin salvaguardar la integridad de las personas, sino impedir la competencia con el transporte regular⁷⁴⁵. Pero si se trasladan dolosamente en la caja de mercaderías, con la intención de que sean dañadas, ya no podrá sostenerse que sus lesiones no están dentro de la finalidad protectora de la norma. La misma solución será para el que transporta a dos niños en la motocicleta y se

⁷⁴⁴ *Causalità e danno*, cit., p. 84.

⁷⁴⁵ PANTALEÓN, *Causalidad e imputación*, cit., pp. 1582 y ss.

enferman. Si la actuación del conductor es negligente, no será responsable, porque la prohibición de llevarlos de la forma dicha no está dirigida a resguardarlos de la gripe, sino a evitar un accidente de carretera⁷⁴⁶. En cambio, si lo hace dolosamente con la intención de enfermarlos, si responderá.

Otra situación en que la responsabilidad del deudor doloso es mayor son los supuestos de responsabilidad objetiva con montos de indemnización fijados por la propia ley. Aquí, para que pueda demandarse una suma mayor que la fijada, se debe probar culpa grave o dolo. En España, ejemplo de esta situación es la ley de navegación aérea de 21 de julio de 1960 (artículos 120 y 121). Si bien ya no estamos ante un criterio limitativo del fin de protección de la norma, resulta evidente que se hace una clara diferenciación entre la responsabilidad del meramente negligente y del doloso.

En suma, en materia extracontractual también se establecen diferencias entre el responsable doloso y meramente negligente. Por lo tanto, no es verdad que en materia aquiliana no se diferencie atendiendo el grado de culpa del infractor; más bien podemos decir que el dolo tiene un efecto extensivo en la carga resarcitoria del responsable tanto en ámbito contractual como extracontractual.

En conclusión, no es sostenible el argumento de no ser aceptable la diferencia de extensión resarcitoria en responsabilidad contractual, porque ella no existe en los actos ilícitos. En ambas responsabilidades, en mayor o menor medida, existe la diferencia en cuanto a la carga resarcitoria atendiendo al grado de culpa del responsable, y en ambas por distintos argumentos ella es justificada.

6.- PREVISIBILIDAD Y CAUSALIDAD.

En los diferentes países que adoptan el sistema latino o francés de extensión del daño, un sector de la doctrina ha sostenido que la regla de la

⁷⁴⁶ TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., p 67.

previsibilidad tiende a coincidir con la de la causalidad, sin que realmente preste utilidad mantener dos criterios tan semejantes.

En España, LEÓN señala que el juicio de previsibilidad es estéril y carente de sentido, pues reitera o es coincidente con el de la causalidad, enunciado bajo la expresión *consecuencia necesaria*, Prueba de lo anterior es el hecho que ambos criterios serán valoradas por el Juez una vez producido el incumplimiento, y desde esa perspectiva no existirá duda de que será previsible toda consecuencia normal o regular y será imprevisible la que resulta ser anormal o irregular.

“Más claramente, cuando el Juez valora el nexo causal para decidir si una determinada consecuencia dañosa puede calificarse de necesaria, es decir, como normalmente producida, tiene que guiarse, lógicamente, por criterios objetivos derivados de la experiencia común, por el id quod plerumque accidit. Y, justamente, lo mismo ocurre en su juicio sobre la previsibilidad, porque ¿en función de qué reglas o criterios decidirá si este o aquel daño era previsible como no sean las que dicta la experiencia, atendiendo al normal desarrollo de los acontecimientos, al id quod plerumque accidit?

El Juez, en definitiva, considerará previsible aquellos efectos dañosos que se han producido de acuerdo con ese curso normal de las cosas y, en cambio, juzgará imprevisible aquellos otros que se han originado de modo irregular, anormal o extraordinario. Tenemos, pues, dos juicios realizados con los mismos criterios, dos valoraciones que se superponen, lo que, en mi opinión, permite concluir de jure condendo, en la inutilidad de uno de ellos⁷⁴⁷.

En Francia, autores como ESMEIN y MARTY consideran que *la idea de la previsibilidad y la causalidad adecuada son dos ideas muy cercanas o estrechamente emparentadas*; aunque tienen el cuidado de indicar las diferencias que permiten separar ambos juicios. Entre ellas, está el momento en que se realiza el juicio: a la celebración del contrato en materia de previsibilidad contractual y al momento de la inejecución de la obligación en materia de causalidad. Difieren también en cuanto al método de apreciación por ser la del artículo 1150 del Code una imprevisibilidad según el contrato y no solamente al momento del contrato: es el contrato mismo, su contenido el que permite determinar la previsibilidad; en suma, es una

⁷⁴⁷LEÓN, *Gravedad de la culpa*, cit., pp. 88 y 89.

previsibilidad influenciada por “*el clima contractual*”. En la imprevisibilidad de la insuficiencia del nexo de causalidad, por el contrario, se parte del hecho o la inejecución de la obligación y se atiende al desarrollo normal de las cosas según la experiencia común, es decir, se busca precisar si la inejecución, examinada en sí, permitía o no prever la realización de un daño de este género. Se dice, por último, que difieren debido a que la previsibilidad del artículo 1150, a pesar del correctivo *in abstracto* del buen padre de familia, se analiza en concreto, atendiendo a la psicología del autor del daño; la de la causalidad adecuada, en cambio, se analiza en forma abstracta y objetiva, de acuerdo al curso normal de las cosas⁷⁴⁸.

Si bien las diferencias recién apuntadas podrían servir para argumentar desde un punto de vista teórico que ambos criterios no son exactamente iguales, y probablemente en algunos casos prácticos permitirían llegar a resultados diversos, de todas maneras, de reducirse realmente sus diferencias exclusivamente a los aspectos vistos, sería más que legítimo dudar de la conveniencia de mantener dos criterios casi idénticos. Sin embargo, y no obstante lo autorizada de la doctrina anterior, pensamos que en realidad estas dos reglas no se identifican como a primera vista pudiera parecer. Para una adecuada exposición del tema, analizaremos la similitud o no de ambos criterios atendiendo en primer lugar a la concepción que la doctrina tradicional tiene de ambos, para posteriormente analizarlo según el sentido que en el presente trabajo se ha dado a los dos criterios en estudio.

Para la doctrina tradicional, recordemos que daños previstos o previsibles son, básicamente, aquellos que el deudor pudo anticipar que se producirían en el patrimonio del acreedor como consecuencia del incumplimiento, atendiendo no a la capacidad de previsión del deudor concreto sino al del modelo abstracto del buen padre de familia, aunque

⁷⁴⁸ MARTY, *La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile*, cit., p. 703; ESMEIN, M PAUL: «Trois Problèmes de Responsabilité Civile (Causalité – concours des responsabilités. Conventions d'irresponsabilité)», En *Rev. Trimestrielle de Droit Civil*, 1934, p. 335 ; DOMÍNGUEZ AGUILA, RAMON, *La causalité dans la responsabilité en droit compare français et chilien*, Tesis doctoral, Toulouse, France, 1967, pp. 425 y ss., y DOMÍNGUEZ HIDALGO, *El daño moral*, cit., pp. 589 y ss.

deben considerarse las circunstancias concretas en que se encontraba el deudor, incluyendo sus cualidades personales. Para el criterio de las *consecuencias necesarias* del incumplimiento, la doctrina tradicional lo identifica con el requisito del nexo causal y para determinar éste acude a diversas teorías, y entre ellas, figuran como las más importantes la equivalencia de las condiciones y la causalidad adecuada.

Como cuestión previa, se debe aclarar que la eventual confusión o identificación entre previsibilidad y causalidad por parte de la doctrina tradicional, se da fundamentalmente en los partidarios la causalidad adecuada⁷⁴⁹, y, específicamente, en los que siguen la propuesta de TRAEGER y ENNECERUS. Estos autores, como sabemos, consideran que un hecho es causa de los daños *si un sujeto ideal*, teniendo en cuenta solamente las condiciones conocidas o conocibles ex ante, puede *preverlos* según el curso ordinario y normal de las cosas. Es evidente que un juicio de la causalidad bajo estos parámetros se acerca bastante al juicio de la previsibilidad; pero, según vimos, uno de los problemas de esta teoría es el de la *descripción*, es decir, de las circunstancias que el sujeto debe tener en conocimiento para realizar el juicios de causalidad; y es precisamente muy discutible que un verdadero juicio de causalidad no deba tener en consideración todas las circunstancias existentes al momento de producirse el incumplimiento, como lo plantea la versión de RÜMELIN. De seguirse el juicio de causalidad según esta última versión la separación y diferenciación con el juicio de previsibilidad resulta evidente.

Tenemos, entonces, como primera conclusión que *no es el juicio de previsibilidad el que duplica el del nexo causal, sino que han sido los doctrinadores de la teoría de la causalidad adecuada, en una de sus versiones, los que han acercado el criterio de las consecuencias necesarias al*

⁷⁴⁹ En verdad, **esta confusión se da igualmente en los partidarios de la causalidad moral**, debido a que estiman que **la culpa** no solo sirve para fundar la responsabilidad, sino también para **determinar su extensión**, fijando el límite entre el daño directo e indirecto, donde el primero es perjuicio previsible que la culpa implica. No obstante por estimarse que en general esta teoría se encuentra más bien abandonada —aunque parece renacer en la opinión de ciertos autores modernos—, hemos preferido abocarnos al análisis de la causalidad adecuada por ser todavía una de las que goza de mayor aceptación dentro de la doctrina española y comprada. Ver SOLEAU, *La prévisibilité du dommage contractuel*, cit., pp. 220 y ss., y VINEY, *La responsabilité Civiles. effets*, cit., n. 330 pp. 436 y 437.

de la previsibilidad. Debemos tener presente que esta teoría fue desarrollada fundamentalmente por autores alemanes, debido a que el ordenamiento jurídico de su país no contaba con criterios limitativos del perjuicio indemnizable. En consecuencia, razón tiene GATICA⁷⁵⁰ cuando observa que la exageración del ordenamiento jurídico germano en consagrar un sistema de reparación íntegra determinó que la doctrina alemana estableciera ciertas limitaciones a través de lo que se ha denominado la teoría de la causación adecuada, con la que acogen implícitamente las distinciones de DUMOULIN y POTHIER (el criterio de la previsibilidad).

Lo anterior nos lleva a las siguientes reflexiones: ¿es correcto que el juicio de causalidad duplique el de la previsibilidad?, y ¿esta duplicación no nos estará demostrando por sí sola la incorrección del juicio de la causalidad adecuada, por lo menos para nuestro sistema? Sin duda que acudir al criterio de la adecuación es plenamente justificable en países como Alemania que carecen de los criterios delimitadores del *quantum*; pero el problema es que países como los nuestros lleguen y acojan teorías sin adaptarlas a la realidad de nuestros ordenamientos jurídicos. Ello, porque prácticamente no se ha estudiado el verdadero significado del *daño necesario* y se estima sin mayor reflexión que él se determina mediante las teorías causales, entre ellas la de la adecuación, sin percatarse que en su país de origen esta teoría venía a suplir deficiencias legislativas que en los nuestros no existen.

Estas reflexiones son plenamente válidas, porque a menos que consideremos que el nexo causal fue diseñado para determinar la previsibilidad del daño —lo que nadie ha sostenido—, no es correcto que mediante el se llegue a la determinación de este otro criterio, o a un resultado muy parecido⁷⁵¹.

En suma, tenemos una teoría —la adecuación—, que se estima destinada a dilucidar el criterio de *las consecuencias necesarias*; pero que sorprendentemente llega a establecer más bien el juicio de la previsibilidad.

⁷⁵⁰ *Aspectos de la indemnización de perjuicios*, cit., pp. 141 y 142

⁷⁵¹ En todo caso, y sin perjuicio de parecer un comentario obvio, tampoco queremos decir que toda elaboración doctrinaria extranjera por el hecho de ser tal debe ser descartada. Muy por el contrario, la utilidad que presta la doctrina comparada es innegable; pero se debe analizar y adaptar a la situación del

Este resultado puede deberse a tres motivos: 1) ambos criterios son idénticos; 2) el juicio de la causalidad adecuada no es el idóneo para determinar *las consecuencias necesarias*, pues termina fijando la previsibilidad; y 3) el significado que se ha dado a la previsibilidad no es el que corresponde realmente. La primera opción no es posible (identidad de ambas reglas limitativas), pues, históricamente nacieron como criterios diferentes, y el asimilarlos implicaría la injustificada eliminación de uno de ellos. Por lo tanto, creemos que causa de esta indebida asimilación se debe fundamentalmente a que el juicio de la adecuación, a lo menos en la versión de TRAEGER y ENNECERUS, no es idóneo para determinar el requisito *consecuencia necesaria* del incumplimiento; razón a la que se une también la errada concepción que se maneja de la previsibilidad, pues fijando el verdadero significado de esta última, tiende también a desaparecer la similitud entre ambas reglas.

Pero en verdad, el juicio de estos dos criterios no resultan tan similares como se dice, pues aún imaginando que la forma de determinación del daño *necesario* sea mediante la teoría de la causalidad adecuada en las versiones de TRAEGER y ENNECERUS —circunstancia que por lo demás nadie ha probado efectivamente que sea la correcta sobre la base del sistema normativo de los códigos latinos—, de todas maneras existirían dos aspectos en los cuales difieren con el juicio de previsibilidad.

En primer lugar en cuanto a las circunstancias o antecedentes que deben considerarse: en el juicio de previsibilidad *los antecedentes a considerar son sólo aquellos que el propio contrato ha suministrado al deudor*, acerca de la importancia del negocio para el acreedor. En la causalidad adecuada, por el contrario, *se partirá de todos los antecedentes que un hombre ideal debiera conocer* y por lo tanto deberán incluirse todos los conocidos por este hombre ideal, con independencia que sea proporcionado por el contrato, por su acreedor después del contrato o por un tercero.

En segundo lugar, SOLEAU ha puesto de manifiesto que ***un daño puede ser parcialmente previsto y parcialmente imprevisto***, situación que,

sistema jurídico del país de recepción.

en su opinión, se puede dar incluso en el daño *intrínseco* (perdida del paquete transportado de un valor superior al declarado o del abrigo confiado en el restaurant de valor muy superior al estimado); en cambio, este mismo daño intrínseco siempre será necesario, **y en general nunca un perjuicio podrá ser parcialmente necesario y parcialmente no necesario**⁷⁵². Luego, el juicio de las *consecuencias necesarias* del incumplimiento tiende a ser más amplio que el de la *previsibilidad*.

En conclusión, el juicio de previsibilidad no coincide exactamente con el de causalidad ni siquiera con el “invento” alemán destinado a acercar ambos juicios. Pero más importante que ello, es que de coincidir, esto es, de producirse la duplicación del juicio de previsibilidad por parte de la teoría de la adecuación causal, nos demostraría que se trata de una teoría incorrecta para la finalidad que se persigue mediante ella, por cuanto en vez de determinar el daño *necesario*, termina fijando el *previsto*; o, por lo menos, lo que tradicionalmente se ha entendido por él.

Hasta el momento hemos desarrollado las diferencias y semejanzas entre ambos criterios teniendo presente la concepción que la doctrina tradicional maneja de ambos. **Corresponde ahora analizarlos y compararlos atendiendo a la significación y alcance que se les ha dado en el presente trabajo**, donde se podrá apreciar la real diferencia entre ellos.

Partamos por recordar que *la previsibilidad* comprende los perjuicios que el acreedor sufre por el incumplimiento en *consideración a la destinación de la prestación* asignada en el contrato y aceptada por el deudor⁷⁵³. El criterio *consecuencias necesarias*, por su parte, declara indemnizables todos los daños causados por el incumplimiento, sin importar si son propios o no de la destinación conocida y aceptada por el infractor, y sólo rechaza el resarcimiento para dos clases o tipos de perjuicios: *los evitables* y *los anormales*⁷⁵⁴. Se trata, entonces, de comparar el daño

⁷⁵² La autora realiza un extenso análisis para demostrar que ambos juicios son diferentes, y que los hechos amplificadores de la imprevisibilidad difiere de la causa extraña. Ver *La prévisibilité du dommage contractuel*, cit., pp. 288 y ss.

⁷⁵³ No se analiza la *previsibilidad en su segundo sentido* como facultad moderadora, porque resulta más que evidente que no puede coincidir con el criterio de *consecuencias necesarias*.

⁷⁵⁴ En nuestra opinión las *consecuencias necesarias del incumplimiento* sólo permiten excluir dos clases

previsible con estas otras dos categorías.

El juicio de la *previsibilidad* ninguna coincidencia tiene con el de la *evitabilidad*, y un perjuicio previsto o imprevisto puede a la vez ser o no evitable. En este aspecto ***daño necesario y previsible no coinciden y lo evidente de sus diferencias no amerita mayores comentarios.***

Queda por lo tanto la comparación con el daño *anormal*. Creemos que tampoco coinciden, ***porque un daño imprevisible no tiene porque ser un daño anormal o irregular*** y en la gran mayoría de los casos no lo será. Los ejemplos históricos son en este sentido ilustrativos. Así, en el caso del que arrienda un inmueble pero del contrato no se deduce que es para un local comercial, el perjuicio por la pérdida de clientela será imprevisible; pero nadie podrá decir que es irregular. Lo mismo sucede en la compra tinajas para almacenar sidra y el adquirente en su lugar almacena vino, que se derrama por la mala calidad de las vasijas. De acuerdo al contrato sin duda que es imprevisto; pero en ningún caso anormal. De igual forma, en los casos reales analizados, como el arriendo del local para el matrimonio o el de la aceptación de las letras entregadas al contratante que suministraba hormigón, si de dichos contratos no se hubiese deducido la finalidad del local o de las letras, los perjuicios derivados del fracaso de la boda o del no pago de los documentos descontados no se habrían indemnizados, como en el hecho sucedió, por estimarse imprevisibles; pero nadie podría sostener que se trataba de perjuicios extraños anormales o irregulares.

En suma, un perjuicio es imprevisible cuando no es propio del destino que según el contrato debió asignarse la obligación incumplida, y es no necesario o indirecto cuando su producción es inevitable o absolutamente extraña, anormal o irregular. *Luego, los juicios de ambos criterios no coinciden, a menos que estimemos que todo daño fuera del destino de la prestación es irregular; pero sin duda ello significaría un concepto muy estrecho de lo que es anormal.* Con mayor razón no coincidirán ambos

de perjuicios: los que *pudieron evitarse* y los que *no se habrían producido de no haber intervenido junto al incumplimiento la deficiente situación económica del acreedor*. Sin embargo, atendido que la opinión mayoritaria que se ha preocupado de dilucidar el verdadero significado de este criterio limitativo estima que la segunda clase de daños excluidos son los anormales, realizaremos el análisis de acuerdo sus

conceptos si atendemos a nuestro planteamiento, que no excluye todos los perjuicios irregulares, sino únicamente aquellos que no se habrían producido de no haber intervenido la deficiente situación económica del acreedor⁷⁵⁵.

III.- PREVISIBILIDAD Y RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.

Sabemos que en responsabilidad contractual se hace la distinción entre el deudor doloso y el meramente negligente, y que a favor de este último se establece la limitación de la previsibilidad, con lo que resulta menos gravosa su carga resarcitoria. En la responsabilidad aquiliana, por el contrario, los redactores del *Code* no establecieron ninguna diferencia entre ambos tipos de deudores. A consecuencia de lo anterior, el incumplidor contractual culposo quedó en mejor situación no sólo en comparación con los responsables dolosos, sino también respecto a los que cometen un hecho ilícito por mera negligencia, a quienes no beneficia el límite de la previsibilidad. Es, precisamente, esta última circunstancia la que resulta difícil de comprender para la doctrina.

En efecto, la diferencia en materia de extensión del daño entre el negligente contractual y el extracontractual sigue siendo una característica del sistema que los autores no logran justificar adecuadamente, y creemos que es la razón que ha llevado a un sector de la doctrina española a defender la idea de la aplicación extensiva de la previsibilidad en materia aquiliana. Así

postulados.

⁷⁵⁵ De lo dicho, podemos también concluir que atendiendo a la concepción de la previsibilidad aquí defendida, ella no coincidirá con el criterio de las *consecuencias necesarias*, aún para los que sigan creyendo que este último se determina por la teoría de la causalidad adecuada, en la versión de TRAEGER y ENNECERUS. Y tampoco coincidirán si en lugar de nuestra concepción de la previsibilidad atendemos a la concepción de quienes estiman que la previsibilidad del daño sigue siendo lo que el autor pudo anticipar como perjuicio, pero de acuerdo al contrato y los índices de previsibilidad.

opinan, entre otros, DE COSSÍO⁷⁵⁶, ROCES⁷⁵⁷, DIEZ PICAZO y GULLON⁷⁵⁸, DE CASTRO⁷⁵⁹, ROGEL VIDE, SANTOS BRIZ, MARIN PEREZ y ALVAREZ DE MIRANDA⁷⁶⁰, e YZQUIERDO⁷⁶¹.

De los autores mencionados, interesa destacar los argumentos dados por DE COSSÍO e YZQUIERDO. El primero parte su razonamiento indicando que la responsabilidad extracontractual deriva siempre del quebrantamiento de un deber general, por lo que entre el autor del daño y la víctima existirá una relación jurídica constituida por este derecho y deber. Hay, en consecuencia, una similitud o unidad entre ambas responsabilidades, por lo que las diferencias entre ellas en materia de *quantum resarcitorio* no son defendibles; y como el capítulo II, título XVI libro IV (De las obligaciones que nacen de la culpa o negligencia) *no contiene norma alguna sobre la extensión de la indemnización, resulta obligatorio acudir a las normas generales del Capítulo II título I del libro IV* (De la naturaleza y efecto de las obligaciones), en las que no se hace referencia a ninguna clase especial de obligación sino a todas en general. Además, señala que la jurisprudencia del Tribunal Supremo corrobora la aplicación de las normas de este último capítulo a la responsabilidad por hecho ilícito; aunque también reconoce la existencia de fallos en sentido contrario.

Agrega que de *no admitir la interpretación anterior, habría una verdadera laguna legal, situación que haría necesario acudir, para suplirla, a los principios generales del Derecho, y se llegaría al mismo resultado*. Como demostración de la necesidad de acudir a llenar las lagunas, indica que el artículo 1902 del Código civil habla de daño causado y no de lucro cesante; pero nadie ha pensado excluirlo del resarcimiento, porque la obligación de indemnizarse procede precisamente del artículo 1106 del Código civil.

Finalmente, en relación específica con el artículo 1107 del Código

⁷⁵⁶ *El dolo en el derecho civil*", Rev. de Der. Privado, Madrid, 1955, pp. 133 y ss.

⁷⁵⁷ En sus acotaciones al libro de FISCHER, *Los daños civiles y su reparación*, cit. p. 279.

⁷⁵⁸ *Sistema de Derecho civil*, t. 2, 4ª ed., 1983, p. 638.

⁷⁵⁹ "La indemnización por causa de muerte", en ADC, 1956, p. 478, nota 108.

⁷⁶⁰ En MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil. Comentado y concordado extensamente*, t. XXXI, pp. 288 y 289

⁷⁶¹ "Comentario del artículo 1.107 del Código civil", cit., pp. 860 y 861 y *Sistema de responsabilidad*, cit., p. 248 y ss.

civil, COSSIO se hace cargo de la argumentación de los que creen que la referencia que se hace a los daños previsibles al momento de “*constituirse la obligación*”, demostraría que al momento de redactarse la norma se estaba pensando únicamente en la responsabilidad derivada del contratos. Señala que nada autoriza a pensar que una obligación se constituye únicamente mediante un contrato; por el contrario, de la lectura del Código se deduce que la obligación puede constituirse por cualquiera de los modos que se reconocen como fuente de las mismas, entre ellas la ley y el hecho ilícito⁷⁶².

Actualmente YZQUIERDO también ha postulado la aplicabilidad del requisito de la previsibilidad en la responsabilidad extracontractual, aunque con diferentes argumentos. Señala que si la distinción del artículo 1.107 para los efectos del resarcimiento, entre deudor de buena fe y deudor de mala fe, solo rige para la responsabilidad contractual "*hay algo que no encaja desde el punto de vista de la pura justicia: el obligado extracontractual lo está hasta las últimas consecuencias, haya sido maliciosos su comportamiento o haya sido meramente imprudente. Por ello creo que el artículo 1.107 también debe jugar en el terreno no contractual*", pues si bien está redactado en lenguaje de contratos, se encuentra en teoría general de las obligaciones, y no hay razones para sustraer su aplicación a un tipo de obligaciones como las de origen extracontractual.

Aprovecha también YZQUIERDO de desestimar el aparente obstáculo que representaría el artículo 1.089, específicamente en su expresión “*cualquier género de culpa o negligencia*”, que en opinión de algunos significaría que en responsabilidad extracontractual se funde la acción de dolo con la de culpa, teniendo ambas los mismos efectos resarcitorios, es decir, el legislador establecería para esta responsabilidad un mínimo de culpa a partir de la cual se responde de todo. Siguiendo a DE COSSÍO, indica que las mismas razones que permiten sostener una acción de dolo sustantiva e independiente en el caso de la responsabilidad contractual, permiten afirmar que dicha acción se presenta también en la responsabilidad aquiliana con las mismas características. *Las diferencias,*

⁷⁶²El dolo en el derecho civil, cit., pp. 132 y ss.

concluye el autor, no deben encontrarse en el carácter contractual o no de la responsabilidad, sino en el carácter doloso o no de la conducta⁷⁶³.

Al analizar la regla *consecuencias necesarias* del incumplimiento, vimos la posición de autores como ALBALADEJO, para quienes los dos criterios del apartado primero del artículo 1107 del Código civil no eran aplicables en responsabilidad aquiliana; y que como colorario de lo anterior la previsibilidad sólo regiría en responsabilidad contractual. También indicamos la opinión de autores como PANTALEON y CARRASCO que estiman aplicable el criterio *consecuencias necesarias*; pero rechazan igual cosa para la previsibilidad. Habiéndose ya estudiado las razones dadas por quienes niegan en bloque las reglas del apartado primero del 1107 en la responsabilidad por hecho ilícito, corresponde ahora ver los argumentos de quienes únicamente excluyen la previsibilidad.

PANTALEÓN señala que ***existe una clara diferencia en el fundamento de ambas responsabilidades***: en materia aquiliana, es la conducta dolosa o culposa del deudor, por lo que la única previsibilidad a tener en cuenta es la propia de la causalidad adecuada. En materia contractual, por el contrario, el fundamento es el contrato mismo, y al momento de su celebración no solamente se acuerda la realización de una determinada prestación, sino también la potencial indemnización en caso de incumplimiento⁷⁶⁴. Luego, el motivo para aplicar únicamente en materia contractual el límite de la previsibilidad se encuentra en *la ratio del criterio*, que es la voluntad “presunta”, o mejor dicho, la “*voluntad “típica” de las partes en el momento de configuración y acuerdo sobre la futura obligación resarcitoria*”; opinión que es dominante en la doctrina francesa y se deduce claramente también del Código civil italiano⁷⁶⁵.

⁷⁶³YZQUIERDO, “Comentario del artículo 1.107 del Código civil”, cit., pp. 860 y 861 y *Sistema de responsabilidad*, cit., pp. 248 y ss.

⁷⁶⁴*Del concepto de daño*, cit., pp. 565 y ss.

⁷⁶⁵*Ibid.*, p. 571. En un artículo posterior parece estimar que el fundamento de la previsibilidad es una *específica distribución de riesgos entre las partes, imputable a su autonomía privada, que descansa sobre un cálculo de coste-beneficio*; pero que en esencia sería la misma voluntad típica a que hace referencia en su tesis doctoral. Ver del mismo autor, “El sistema de responsabilidad contractual”, cit., pp. 1020 y 1026.

Por lo expuesto, no deja de sorprender al autor que un importante sector de la doctrina española postule la decisión opuesta; pero tal situación tiene su explicación en que el artículo 1107 señala que la previsión es al tiempo de *constituirse la obligación* (debido a su propósito de crear una teoría general de la obligación), a diferencia del texto francés que se refiere exclusivamente a los contratos. Esta redacción dio pie para argumentar que como la obligación de la indemnización de los perjuicios extracontractuales se constituye al momento de realizarse la conducta típica, se responde únicamente de los daños previstos o previsibles a dicho momento. Se concluye, de este modo, que el artículo 1107 apoya la adopción de la teoría de la causalidad adecuada.

Señala PANTALEÓN⁷⁶⁶ que más allá de estimar que nuestra legislación acoge o no la teoría de la causalidad adecuada, lo cierto es que no puede apoyarse en el apartado primero del 1107, y la razón es simple: dicha teoría señala que el momento de la previsibilidad es el de la realización de la conducta ilícita por parte del agente. La norma en estudio, en cambio, indica que el juicio de la previsibilidad debe efectuarse al tiempo de constituirse la obligación, *circunstancia que no ocurre cuando se realiza la conducta negligente, sino cuando se produce el daño*. Existe, entonces, una imposibilidad gramatical para aplicar el texto a la responsabilidad aquiliana, pues “*un juicio de previsibilidad es sólo posible lógicamente partiendo de un momento temporal anterior a la producción de aquello de cuya previsibilidad se trata*”. Pero sucede que al aplicarlo a la responsabilidad extracontractual, el momento para efectuar el juicio de previsibilidad sería el de producción del perjuicio (momento de constitución de la obligación), y resulta que “*el daño es precisamente aquello de cuya previsibilidad se trata*”. Luego: ¿Qué momento anterior existiría para realizar este juicio?

Incluso más, aún modificando la letra del artículo 1107 y entendiendo que el momento de la constitución de la obligación es, para efectos de la responsabilidad extracontractual, el de la realización de la conducta culposa y no la producción del daño, de todas maneras —nos dice

⁷⁶⁶Del concepto de daño, cit., pp. 571 y ss.

PANTALEÓN—, *existirían dos razones para rechazar la aplicación analógica de la previsibilidad en la responsabilidad por hecho ilícito*: La primera, es debido a que tal aplicación solamente es posible si se trata de resolver un problema idéntico en ambas responsabilidades, y ello no sucede, pues mientras la teoría de la adecuación persigue determinar cuáles son los daños que pueden retenerse “*jurídicamente causados*” (objetivamente imputables), la previsibilidad, en cambio, busca determinar los perjuicios, dentro de los objetivamente imputables al incumplimiento, que pueden ponerse de cargo del deudor, “*por incluirse dentro de aquellos contemplados por su voluntad “típica” en el momento de configuración y acuerdo sobre la futura obligación de resarcimiento*”⁷⁶⁷. En segundo lugar, porque la realización de la conducta dolosa o culposa en materia extracontractual (que se ha interpretado como el momento de constituirse la obligación a que se refiere el 1107), equivale en responsabilidad contractual al momento del incumplimiento imputable y no al de la conclusión del contrato, que es evidentemente el momento de la constitución de la obligación contractual a que se refiere la norma en análisis⁷⁶⁸.

Señala PANTALEON que la equidad tampoco es argumento valedero para sostener la aplicación de la previsibilidad fuera del ámbito contractual. Además la norma tiene su justificación en el principio de la autonomía de la voluntad, por lo que cualquier aplicación fuera de ésta carece de valor⁷⁶⁹. Rechaza también su aplicación en el ámbito de las obligaciones legales: el deudor puede ignorar que pesa sobre él una obligación legal y malamente puede prever las consecuencias de su incumplimiento⁷⁷⁰. De esta forma, discrepa con ALBALADEJO, quien no descarta aplicar el artículo 1107 del Código civil a las obligaciones legales⁷⁷¹.

⁷⁶⁷Ibid., pp. 574 y 720 nota 92. Ver también del mismo autor, “El sistema de responsabilidad contractual”, cit., p. 1037

⁷⁶⁸*Del concepto de daño*, cit., pp. 574.

⁷⁶⁹ Ibid., pp. 575 y 576.

⁷⁷⁰El sistema de responsabilidad contractual”, cit., p. 1032.

⁷⁷¹“*Los daños indemnizables en la responsabilidad contractual y en la extracontractual o aquiliana*”, cit., p. 1255.

Por nuestra parte, estamos con la doctrina que postula la necesidad de distinguir entre los criterios *consecuencia necesaria* y *previsibilidad* del daño, y es esta última la que no recibe aplicación en materia extracontractual. Las razones son varias.

Debe rechazarse, en primer lugar, *por una razón de orden sistemático*, pues por su ubicación la ley parece consagrarla expresamente para las obligaciones contractuales. Además, como se ha puesto de manifiesto, *un juicio de previsibilidad solo es posible partiendo de un momento anterior a la producción de aquello de cuya previsibilidad se trata, y en la responsabilidad aquiliana, a diferencia de la contractual, no existe dicho momento anterior* para poder realizar la valoración del daño previsible, pues la constitución de la obligación coincide con la producción del perjuicio que es precisamente lo que se tiene que prever. En similar sentido, LEÓN señala que no se puede aplicar en forma extensiva la regla, porque en responsabilidad extracontractual el momento de constituirse la obligación es el de la comisión del hecho ilícito. Luego, *sólo estarían condenados a indemnizar los que actuaron con dolo*, porque los que obraron con simple negligencia, argumentarían que *la culpa por definición es la falta de previsión* y, por lo mismo, como no previeron, quedarían liberados de responsabilidad⁷⁷².

Pero la principal motivo para rechazar la aplicación de la previsibilidad en responsabilidad extracontractual es su verdadero sentido, que se ha puesto de manifiesto en el presente trabajo. Su significado y fundamento permite apreciar que se trata de un criterio exclusivo del ámbito contractual, y de extrapolarse a otros ámbitos, causaría una restricción absolutamente injustificada en la extensión del daño a indemnizar. Así, para LEON la previsibilidad *“sólo tiene razón de ser en el campo del saneamiento por evicción y vicios ocultos y de ahí las dificultades que se plantean cuando se desnaturaliza y, generalizándose, se intenta trasladar a otros ámbitos”*⁷⁷³.

Como tuvimos oportunidad de analizar, de acuerdo al origen histórico de la norma, y contrariamente a lo que se cree, su finalidad era el

⁷⁷² *Gravedad de la culpa*, cit., p. 107.

⁷⁷³ *Ibidem*.

deseo y la necesidad de ampliar la gama de los perjuicios indemnizables por incumplimiento contractual, tradicionalmente limitado a los intrínsecos. En otras palabras, *la previsibilidad busca tener un doble efecto extensivo y limitativo a la vez en materia de daños indemnizables*. El efecto extensivo se logra disponiendo indemnizar además del perjuicio intrínseco todos los otros que el incumplimiento cause en el acreedor, en atención al especial destino o proyecto asignado al bien o servicio contratado y que se puede deducir del contrato o de los elementos que sirven para su integración e interpretación. Pero a la vez y en forma recíproca tiene un efecto limitativo, que surge del hecho de negar el resarcimiento a todo perjuicio que no sea intrínseco o no se comprenda dentro del destino contractual de la prestación incumplida.

Al aplicar la previsibilidad en materia extracontractual, nos encontraríamos en la mayor cantidad de casos —por no decir en todos—, con que aquí solamente tendría su efecto restrictivo y perdería el extensivo propio del régimen contractual. En efecto, el autor del ilícito solamente respondería del perjuicio intrínseco, cuya previsión no requiere demostración, pero no de los extrínsecos que sí serían indemnizables y previstos en el orden contractual. Ello, porque en materia aquiliana, por definición, no existe relación previa entre las partes que permita conocer el destino o proyecto económico del bien dañado, sobre cuyo conocimiento pueda proyectarse los perjuicios que la lesión del mismo provocará en la víctima, y, por lo tanto, a la única “previsibilidad” que podría acudirse es aquella referida a lo que el deudor pudo anticipar como consecuencia de su hecho ilícito; pero aquí ya hemos salido del significado jurídico del daño previsto para entrar en materia de *psiquis* del responsables y de los eternos problemas de la descripción del evento.

En definitiva, no puede aplicarse la previsibilidad en materia extracontractual, porque aquí no cumple con la finalidad para la cual fue diseñada en el ámbito de la responsabilidad contractual: extender la indemnización más allá del daño intrínseco.

Como se apreciará, la explicación para negar la aplicación del criterio de la previsibilidad se refiere al daño previsto y no al previsible

(moderación del monto). Pero en España, desde el momento que se considera aplicable en materia extracontractual el artículo 1103 del Código civil, deja de existir diferencia en este aspecto entre los dos órdenes de responsabilidad, manteniéndose y justificándose la limitación con relación al daño previsto.

¿Lo anterior significa que en responsabilidad por hecho ilícito no existirá ninguna limitación al perjuicio causado fuera, eventualmente, del límite del daño *directo*? La respuesta es no o, mejor dicho, no necesariamente, pues existirán supuestos en que se utilizarán otros criterios para delimitar el perjuicio. Recordemos lo señalado al hablar del fundamento de la previsibilidad y el caso del accidente por rotura de frenos del camión, donde se decidió denegar la indemnización por los daños que sufrieron los transportados en la caja de mercaderías. La negativa a conceder la reparación solicitada es justificada por un sector de la doctrina señalando que la prohibición de llevar pasajeros en la caja—artículo 205 del Código de circulación vigente a la época—, tenía por finalidad evitar el uso de vehículos diferentes a los autorizados para realizar el transporte público y no salvaguardar la integridad de las personas. Es decir, se ve aquí la aplicación de un criterio delimitador que modernamente se ha denominado el *fin de protección de la norma.*; criterio que en opinión de algunos tiene su manifestación más acabada, pero no exclusiva, en la regla de la previsibilidad, donde el contrato es la norma protegida.

Más claro aún es esta situación en los regímenes especiales de responsabilidad extracontractual objetiva, donde se contempla la reparación únicamente para aquellos perjuicios que la norma tiene por finalidad específica salvaguardar, y además, se limita el monto a indemnizar para el caso de no probarse dolo o culpa grave por parte del sujeto responsable. Ejemplo de esta situación es la ley de navegación aérea de 21 de julio de 1960; normativa que establece una cantidad global por aparato, por víctima y por carga; pero que permite una indemnización superior a la cobertura legal, si se demuestra dolo o culpa grave, y que en todo caso no resulta aplicable cuando se trata de daños causados fuera de la actividad propia de los

transportistas aéreos (por ejemplo, daños causados por avionetas de fumigación), donde rigen las reglas generales⁷⁷⁴.

De esta forma, en materia extracontractual también podemos constatar claras diferencias entre la carga resarcitoria del responsable por dolo y culpa grave y los que han obrado sin culpa, diferencia tanto en los daños a indemnizar como en el monto a pagar.

Esto último nos lleva también a percatarnos de otra razón que justifica del límite de la previsibilidad exclusivamente en el ámbito contractual: nos referimos a los supuestos de imputación del incumplimiento. En efecto, aunque se diga que la responsabilidad convencional se funda en la culpa, en realidad es más bien de naturaleza objetiva, como ya hemos tenido oportunidad de apreciar. Merece, por lo tanto, tener consideraciones distintas en cuanto a la extensión del perjuicio en relación con la responsabilidad que requiere para su imputación actos negligentes, y entre tales consideraciones está la previsibilidad. Resulta lógico que quien debe responder con independencia de toda culpa cuente con un mayor abanico de criterios delimitadores para la fijación del *quantum* que aquel que responderá sólo si le acredita culpa. Similar situación aparece de manifiesto cuando estamos ante una regulación objetiva de la responsabilidad aquiliana, donde la norma que consagra y regula esta clase de responsabilidad se encarga de limitar su área de indemnización a los bienes que intenta proteger y de señalar el monto máximo a indemnizar, estableciendo de esta forma una clara diferencia con el hecho ilícito doloso.

⁷⁷⁴ Ver YZQUIERDO, *Sistema de responsabilidad*, cit. pp. 222 y ss. Ver también artículos 117, 119, 120 y 121 de la ley de navegación aérea, y ley de energía nuclear de 29 de abril de 1964, artículos 45, 51, 52 y 53.

CAPITULO IV: EL DEUDOR DOLOSO.

I.- EL CONCEPTO DE DOLO.

Sin duda que estamos ante un concepto complejo, donde se mantienen todavía una serie de interrogantes y cuestionamientos de la más diversa naturaleza y que la doctrina no ha podido dilucidar del todo. Entre ellas, la existencia de una concepción unitaria o fragmentada atendiendo su campo de aplicación; el significado amplio o restringido del mismo; el papel del llamado *animus nocendi*; y en fin, la relación del dolo con distintas instituciones, como la buena fe, la culpa grave, el fraude y el delito, son sólo algunos de los temas que inciden en su comprensión, y que justifican sobradamente su estudio monográfico. Nuestra intención, como se comprenderá, no es profundizar cada uno de estos aspectos, sino simplemente aportar algunas precisiones sobre el dolo en el incumplimiento contractual y la carga resarcitoria que conlleva para el deudor.

1.- ANTECEDENTES.-

A.- EL DOLO EN EL DERECHO ROMANO.-

En el Derecho romano el dolo tuvo fundamentalmente un origen penal⁷⁷⁵. En un principio constituyó un elemento de los delitos privados, como el *furtum* y la *injuria*, y logra su desarrollo por obra de la ley *aquilia* que consagra la responsabilidad subjetiva; pero muy especialmente por obra de las

⁷⁷⁵ Lo anterior no obsta al papel que el dolo siempre tuvo en los negocios o tráfico jurídico, en especial en los *iudicia bonae fidei*, donde existía una valoración plena de la actitud subjetiva del deudor y de su

acciones útiles dadas *ad exemplum legis aquilias*, en que el Pretor sanciona como delito de daños los hechos que se establecen en el edicto, como fue el caso de la acción de *Servo corrupto*. Esta acción castigaba a quien dolosamente da asilo al esclavo de otro, le aconseja mal o lo persuade de cometer un delito; supuestos en los cuales el responsable es sancionado con una pena consistente en el doble del valor del esclavo o del perjuicio causado⁷⁷⁶. En una etapa posterior de su desarrollo, el dolo deja de constituir un elemento de los delitos privados y se transforma en un delito independiente con vida propia. Esta última evolución es posible gracias a la obra del Pretor AQUILIO GALO, que introduce en el Edicto una *actio in factum* con cláusula arbitraria. Se trata de la conocida *actio doli*, acción infamante y por lo mismo subsidiaria, la que según el testimonio de ULPIANO, señalaba: “*Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alias actio no erit, et justa causa esse videbitur, iudicium dabo*”⁷⁷⁷.

Sin embargo, para nosotros, más que su origen, resulta importante destacar el significado que se le dio en el Derecho romano y su relación con la *bona fides* y la culpa lata. Es un hecho sin discusión que se asignó al dolo diferentes sentidos, y sin querer adentrarnos en la discusión acerca del campo de aplicación de cada uno de ellos, lo cierto parece ser que el concepto clásico del mismo en materia de obligaciones fue extremadamente elástico. Comprendía no solamente actos positivos, sino también de voluntaria omisión, sin que fuera necesario que el deudor incumpliera por razones moralmente reprobables, bastando que lo hiciera en forma voluntaria y consciente. Esto permitió que el dolo englobara supuestos de negligencias en casos como la administración del tutor o mandatario, e incluso comportamientos omisivos como la no restitución de la contraprestación de la cosa depositada, por parte del heredero del depositario que ignoraba la ajenidad de la cosa. De esta forma, se impone no sólo el deber de abstenerse de conductas lesivas, sino

comportamiento en orden al cumplimiento e incumplimiento de la obligación.

⁷⁷⁶ CHADWICK VALDÉS, TOMÁS: “De la naturaleza jurídica del dolo”, en *RDJ*, t. XXXV, 1938, primera parte, pp. 141 y ss.

⁷⁷⁷ Daré acción para... lo que se dijere haberse hecho por dolo malo, si sobre ello no hubiere otra acción y pareciere haber justa causa (traducción libre) en *Idem.*, p. 145, y SAMPER, FRANCISCO, *Derecho romano*, ediciones Universidad Católica de Chile, 2003, p. 291.

también la ejecución de ciertas actividades positivas, cuya omisión da lugar a responsabilidad por dolo. En suma, en su concepción clásica es la contraposición exacta de la buena fe, y toda conducta contraria a la *fides* es asimilada en su efecto al dolo⁷⁷⁸.

Pero junto a este concepto tan amplio, existe uno más restringido, como el que encontramos en la famosa definición de LABEON, donde se le caracteriza como toda astucia, engaño, maquinación realizada para sorprender, engañar o hacer caer en el error⁷⁷⁹. Se alude a este significado del dolo con la expresión *dolus malo*, y supone para los juristas una intención consciente de causar un daño contrario a derecho. Se trata de un perjuicio antijurídico y por lo mismo inmoral, que se distingue de la culpa por su intencionalidad⁷⁸⁰.

Finalmente, en la época postclásica pierde el dolo su contenido amplio y elástico, circunscribiéndose a los casos de incumplimientos agravados por la intención maliciosa. Debido a que en esta época persevera únicamente su concepto restringido, es necesario intercalar en los textos clásicos que se referían a la responsabilidad por dolo la culpa lata, para así comprender aquellos supuestos de incumplimientos que si bien eran odiosos faltaba en ellos una neta y perversa voluntad de dañar, y por lo mismo ya no entraban en el concepto estricto de dolo⁷⁸¹.

⁷⁷⁸ JORDANO, *La responsabilidad contractual*, cit., nota 66, pp. 47 y 48; MORALES, “El dolo como criterio de imputación de responsabilidad del vendedor por defectos de la cosa”, cit., p. 596. Ver también ARANGIO-RUIZ, VINCENZO, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, 2ª edic., Napoli, 1958, pp. 33 y ss.

⁷⁷⁹ Si cada uno de los conceptos de dolo tuvo un campo de aplicación específico (dolo en sentido estricto para la *actio doli* y en sentido amplio para los *iudicia bonae fidei*), es algo en lo cual parece no existir completo acuerdo. Quizás lo más acertado es lo sostenido por PERNICE, cuando señala que la distinción no es tajante y muchas veces el dolo del tráfico puede constituir un delito civil. Ver MORALES, “El dolo como criterio de imputación de responsabilidad del vendedor por defectos de la cosa”, cit., p. 595; COSSIO, *El dolo en el derecho civil*, cit., pp. 3 y ss.; CHADWICK, “De la naturaleza jurídica del dolo”, cit., pp. 148 y ss.

⁷⁸⁰ COSSIO, *El dolo en el derecho civil*, cit., pp. 4 y ss.

⁷⁸¹ JORDANO, *La responsabilidad contractual*, cit., nota 73, pp. 53 y 53.

B.- SU CONCEPCION EN EL DERECHO COMUN.

Pese a lo que comúnmente se cree y de lo que a primera vista podría parecer, hay en DUMOULIN un intento de extender el área del dolo, para así sustraerse de la limitación al doble impuesto por la Constitución de JUSTINIANO, a la que en su tiempo todavía se considera derecho aplicable.

Para tal efecto, parte por negar la distinción Bartolista entre *malefactum* y *non factum*, según la cual sólo en caso en que el dolo se manifieste en la ejecución defectuosa se responderá más allá del *duplum* y, por el contrario, en caso de simple omisión dolosa se seguirá aplicando el beneficio del límite al doble. En otras palabras, *se rechaza la idea de que la mayor responsabilidad por dolo opera exclusivamente en los malefactum y extiende también los supuestos dolosos a las omisiones.*

Sin embargo, para compensar esta extensión del campo de aplicación del dolo a las omisiones, adopta una noción más restrictiva del mismo, puesto que, a diferencia de la tradición medieval exige el *animus nocendi* para calificar un comportamiento como doloso. En consecuencia, el dolo pasa a ser una *machinatio studiosa*, y no sería suficiente que el deudor conscientemente haya descuidado cumplir su obligación en tiempo y lugar oportuno sin que existiera ningún impedimento susceptible de excusarlo⁷⁸². De esta forma, solamente tiene importancia el dolo en sentido estricto, es decir, la malicia preparada, la maquinación en vista de embaucar o engañar a otro o de alcanzarle algún daño. En suma, para DUMOULIN el dolo está constituido por la intención de dañar, y es precisamente la exigencia de este ánimo la que recuerdan en el derecho actual los partidarios una concepción restringida del mismo⁷⁸³.

No obstante, es más aparente que real la limitación que significa para el dolo el requisito del *animus nocendi*, porque **DUMOULIN añade algunas precisiones que le restan importancia práctica.** Tenemos en

⁷⁸² Según Bartolo para que exista dolo no era necesario la intención de dañar y es suficiente el actuar conscientemente. Vid. DUMAS, *Les origines romaines de l'article 1150 du Code civil*, p.13.

⁷⁸³ Así por ejemplo, GÓMEZ, *Previsión de daños*, cit., p. 227

primer lugar que en los actos comisivos no es necesaria la prueba de tal malicia, pues se presume, y sólo deberá demostrarse el conocimiento por parte del deudor. En consecuencia, la acreditación del *animus* es necesaria sólo en los casos de incumplimiento por omisión. **En segundo lugar**, el silencio sobre los vicios de la cosa vendida y la venta de cosa ajena como propia los considera incumplimiento por comisión, y no por omisión. Así, la venta de mala fe del ganado enfermo, sería un acto comisivo y, por lo mismo, bastaría probar el conocimiento que se tenía del vicio del animal vendido. De esta manera, la presunción del *animus nocendi* se extiende considerablemente. Finalmente, en los comportamientos omisivos, la prueba del animus puede ser deducida. Por ejemplo, para estimar doloso un incumplimiento sería suficiente probar que el deudor tenía perfecto conocimiento de la necesidad por parte de su acreedor a la prestación debida y del peligro a que estaba expuesto en el caso de faltar ésta.

Resumiendo, en la concepción de DUMOULIN el incumplimiento doloso puede tener lugar en la ejecución defectuosa y en la absoluta inexecución de la obligación. En ambas se exige *animus nocendi*; pero la restricción que implica dicho requisito, se morigera al establecer que tal ánimo se presume en los casos de comisión, y en estimar que el guardar silencio sobre los vicios o la ajenidad del bien es un supuesto de comisión y no de omisión. Además, en los casos en que sí se requiere la prueba del *animus* — las omisiones—, es posible deducirlo de ciertos antecedentes como el conocimiento por parte del deudor de los riesgos a que se exponía el acreedor en caso de incumplimiento. De lo expuesto, fácil resulta concluir que el campo de aplicación del dolo no tiene para este autor el carácter restrictivo que en un primer momento pudiera pensarse.

Fuera de todo lo anterior, es interesante también hacer presente que DUMOULIN proporciona algunos ejemplos de actos calificables por él como dolosos; pero que no fueron contemplados por la ley Aquilia, ni por las típicas figuras de delito romana. Entre estos casos tenemos la venta de cosa ajena⁷⁸⁴.

⁷⁸⁴ Atendiendo a lo expresado por LUPOI, *Il dolo del debitore*, cit., pp. 54 y 55, podemos mencionar como actos dolosos incluidos por DUMOULIN los siguientes:

Respecto a la naturaleza de la obligación indemnizatoria en caso de incumplimiento doloso, para DUMOULIN es la de un delito, que genera una obligación resarcitoria autónoma, de carácter incierto, distinto de la obligación que deriva del contrato incumplido, debiendo el deudor reparar la totalidad del daño causado. Estima que la Constitución de JUSTINIANO no es aplicable al deudor doloso, sin importar que éste se manifieste en un hecho o en una abstención. Los motivos de tal decisión están conformes a los principios generales del Derecho romano, pues dicha norma no está hecha para fomentar la mala fe, sino para obviarla: “*non malitis indulgendum est*” señala un viejo principio del digesto (D, 6, 1, 38). El culpable de un dolo es indigno y se le priva de todo beneficio de la ley, y si se aplicara la Constitución sería una invitación a cometer los delitos, dando la esperanza de una pena menor, lo que es contrario a las buenas costumbres⁷⁸⁵.

DOMAT, al tratar la indemnización de perjuicios, prácticamente no emplea el termino dolo, sino que utiliza la expresión mala fe⁷⁸⁶. Para algunos significaría simplemente que este autor asimilaría ambos conceptos⁷⁸⁷. Sin embargo, puede atribuirse a esta circunstancia un alcance mayor y estimar que esta diferencia terminológica testimonia la inadecuación del dolo en materia de indemnización por incumplimiento contractual⁷⁸⁸.

En todo caso, cualquiera sea el motivo del cambio de términos, lo cierto es que la mala fe de DOMAT, en principio, tendría un significado más amplio que el dolo en la obra de DUMOULIN. Este último autor, según vimos, postulaba una concepción restringida del dolo al exigir el específico *animus nocendi*. En *Les lois civiles*, en cambio, se incluye en el concepto de mala fe

1.- El vendedor que no entrega la madera sabiendo que el adquirente la necesita urgentemente y también deseando que el adquirente sea dañado.

2.- El deudor de suma de dinero que rechaza el pago al deudor necesitado si se abstiene con fin de dañar.

3.- Quien vende como propia una cosa ajena.

4.- Quien garantiza la idoneidad de un bien vendido para un cierto fin, mientras él sabe que no lo es.

5.- El arrendatario que da intencionalmente fuego al inmueble arrendado.

⁷⁸⁵ Ver. LUPOI, *Il dolo del debitore*, cit., p. 52 y ss., DUMAS, *Les origines romaines de l'article 1150 du Code civil*, pp. 24 y ss., y BARCELLONA, *Inattuazioni dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit., pp. 42 y ss. También VAN RYN, *Responsabilité aquilienne et contrats*, cit., p. 68 y GATICA, *Aspectos de la indemnización de perjuicios*, cit., p. 135.

⁷⁸⁶ La única vez que emplea el termino dolo es en libro III, título V, sección 2ª número 8 de su obra, al referirse a los hechos « *où il ne se trouve ni dol ni mauvaise foi* ».

⁷⁸⁷ DOMÍNGUEZ HIDALGO, *El daño moral*, cit., p. 496.

no sólo el deseo de perjudicar⁷⁸⁹, sino también el incumplimiento motivado por el deseo de realizar un negocio de mayor provecho que el incumplido. Esto último se aprecia claramente en el ejemplo dado del local arrendado para feria, donde se califica de mala fe no entregar el local para entregárselo a otro por un precio mayor. Igualmente se manifiesta en el caso de la Viña, donde el transportista deja de cumplir por atender un contrato más provechoso⁷⁹⁰. Luego, podría decirse que DOMAT acogió una concepción moderna del dolo en materia contractual⁷⁹¹. Pero señalamos que sólo en principio la mala fe era un concepto más extenso que el manejado por MOLINEAUS, pues en virtud de las precisiones incorporadas a la exigencia del *animus nocendi*, la restricción al campo del dolo resultaba en la práctica bastante discutible. Para comprobar lo anterior, podemos tomar el mismo caso de la viña, y nos percataremos que el dolo en la concepción de DUMOULIN podría deducirse del conocimiento por parte del porteador de la necesidad del viñatero tenía del transporte.

Nos dice DOMAT que el deudor de mala fe es obligado a una más grande indemnización, porque ella encierra la voluntad de todo el mal que pueda causar. Sin embargo, salvo los casos de incumplimiento por evicción, no hay en verdad una mayor extensión del perjuicio para este deudor, pues responde de las mismas partidas o clases de daño que el deudor de buena fe. La diferencia entre ambos se reduce simplemente a que en los perjuicios de carácter incierto, fundamentalmente referidos a ganancias futuras, no rigen las moderaciones para el incumplidor de mala fe. Así, en el ejemplo del arriendo del local comercial, se consideran indemnizables las pérdidas de las ganancias que se habrían obtenido con la venta de mercaderías, pero se aconsejaba su moderación cuando existe buena fe, pues tales lucros no dependen solo de tener un local, sino que intervienen acontecimientos futuros e inciertos. Sin embargo, de haber mala fe, deben cesar estos temperamentos y dar a la

⁷⁸⁸ Así LUPOI, *Il dolo del debitore*, cit., p. 65.

⁷⁸⁹ DOMAT, *Les loix civiles*, cit., libro III, título V, sección 2ª número 9, p. 269. En opinión de LUPOI, *Il dolo del debitore*, cit., p. 66, nota 151, en este párrafo DOMAT parece querer distinguir el deseo de dañar de la mala fe.

⁷⁹⁰ DOMAT, *Les loix civiles*, cit., libro III, título V, pp. 261, 262 y sección 2ª número 4, p. 268

⁷⁹¹ Con el cambio terminológico, DOMAT testimonia la inadecuación del concepto del dolo frente a algunos incumplimientos típicos.

condenación de estos daños toda la extensión que el rigor de la justicia pueda demandar⁷⁹².

En conclusión, la diferencia entre el deudor de mala fe y de buena fe no se establece sobre la base de una mayor carga resarcitoria que incluya perjuicios no indemnizables por unos pero sí por otros, sino que simplemente al de mala fe se le priva de la moderación contemplada en los daños que por su naturaleza son inciertos por depender de diversos factores, muchos de ellos desconocidos y futuros. Es decir, sólo habría una diferencia en el monto a que debe ascender la liquidación de los perjuicios de naturaleza incierta. Obviamente, tal criterio de distinción ha sido calificado por los autores de sumamente impreciso y, en definitiva, se trata de una facultad moderadora de la responsabilidad entregada a la apreciación al juez⁷⁹³.

POTHIER, a diferencia de DOMAT y DUMOULIN, descuida tratar el dolo omisivo (consistente en la falta de ejecución de la prestación), y no se plantea el problema de si el dolo en el incumplimiento puede consistir en una abstención. En verdad, el único ejemplo que da de incumplimiento doloso se refiere al del vendedor que con conocimiento vende ganado enfermo, pero olvida las razones de DUMOULIN para calificarlo de doloso, y se contenta con reproducir superficialmente la teoría de su antecesor: el dolo consiste en haber callado la existencia del vicio. En opinión de LUPOI, POTHIER maneja una noción de dolo privado del *animus nocendi*, caracterizado simplemente por el conocimiento, pero no por el ánimo de dañar⁷⁹⁴.

Es verdad que al hablar del dolo como vicio del consentimiento, POTHIER lo define en general como todo artificio para engañar a otro y se remite al concepto de LABEON⁷⁹⁵. También es cierto que lo contrapone con la noción de la buena fe (*sólo lo que hiere abiertamente la buena fe, ante el fuero externo e interno es considerado como un verdadero dolo*), concepto este último que en su exposición carece de la precisión deseada; y tiene razón

⁷⁹² Ver DOMAT, *Les loix civiles*, cit., libro III, título V, p. 262. Para la distinción entre el deudor de buena y mala fe en el caso de la venta de un fundo evicto, ver Sección II, título V, número VIII, p. 269

⁷⁹³ LUPOI, *Il dolo del debitore*, cit., p. 65 y DUMAS, *Les origines romaines de l'article 1150 du Code civil*, p. 27.

⁷⁹⁴ LUPOI, *Il dolo del debitore*, cit., pp. 93 y 94.

⁷⁹⁵ Aunque refiriéndose más bien al dolo como vicio del consentimiento.

LUPOI cuando indica que no desarrolla las razones para estimar doloso al vendedor que calla los vicios de la cosa. Sin embargo, en el apéndice u observación general de su *Traité*, se indica expresamente que el dolo conlleva la malicia, el deseo de perjudicar, y también la culpa lata.⁷⁹⁶

2.- EL DOLO EN EL DERECHO VIGENTE.-

En materia contractual el dolo tiene un doble tratamiento: como vicio del contrato y causa de responsabilidad, y en esta última como dolo en el incumplimiento (Artículo 1.102) y en el período de formación del contrato (Artículo 1270), conocido con el nombre de dolo incidental, el que también constituye fuente de responsabilidad⁷⁹⁷.

El problema es que la construcción dogmática del dolo se ha hecho casi exclusivamente sobre la base de la doctrina penalista y extracontractual, y, al parecer, esta sería la razón de la idea preconcebida de ser una figura más bien excepcional⁷⁹⁸. No hay duda que en responsabilidad criminal y aquiliana el dolo sólo puede versar como voluntad determinada al perjuicio, es decir, debe existir una intención de dañar, aunque no es necesario que el responsable haya previsto todas las consecuencias de su acto⁷⁹⁹. Por lo mismo, aquí estaremos casi siempre ante un dolo de naturaleza perversa.

Pero la situación, es completamente diferente en responsabilidad contractual, donde los casos de incumplimientos malignos son más bien la excepción, y la concepción que se tiene del dolo es otra. CARRASCO nos dice que aquí la situación es diferente, pues el dolo es explicable por razones económicas que nada tiene que ver con motivaciones patológicas. Por ello, un examen estadístico llevaría a la conclusión de que la mayoría de los

⁷⁹⁶ En el apéndice indica: “*en los contratos que no exigen buena fe, comprenden bajo el término dolos no solamente la malicia, sino también la falta grave, lata culpa, como está opuesta a la buena fe requerida en el contrato...*”, Ver POTHIER, *Tratado de las Obligaciones*, cit., n. 30 pp. 28 y 29 y 553 y 554. Ver también CHADWICK, “De la naturaleza jurídica del dolo”, cit., pp. 156 y ss

⁷⁹⁷ CARRASCO, *Comentario al artículo 1.102*, cit., p. 450, y MORALES, “El dolo como criterio de imputación de responsabilidad del vendedor por defectos de la cosa”, cit., p. 595.

⁷⁹⁸ CARRASCO, *Comentario al artículo 1.102*, cit., pp. 444 y ss.

incumplimientos son en realidad dolosos. Corresponde, entonces, para corroborar lo anterior, realizar un análisis del dolo con relación específica al incumplimiento.

A.- EL DOLO EN EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.-

a.- La noción de dolo.-

Un importante sector de la doctrina tiende a dar un concepto del dolo contractual más o menos semejante al aquiliano, al definirlo como *el propósito consciente e intencionado de eludir el cumplimiento normal de las obligaciones*⁸⁰⁰. Recalcan que requiere un elemento intelectual o conciencia y además un elemento intencional o volitivo, que le permite diferenciarse de la culpa. Tienen también cuidado de precisar que la voluntad debe referirse al incumplimiento mismo y no es necesario que el sujeto esté consciente de la gravedad del daño ni que obre con ánimo de causarlo, basta que trate deliberadamente de sustraerse a sus obligaciones⁸⁰¹.

CARRASCO se preocupa de dar una mayor precisión sobre el concepto y los elementos que lo integran. Nos dice que *el dolo no es voluntad del incumplimiento, sino de un hecho típico contrario al contrato*, que determina la insatisfacción del acreedor. Agrega eso sí que es exigible al deudor una conciencia respecto al supuesto de hecho calificado como incumplimiento. En otras palabras, *basta que sepa que obra contra el contrato, pero no es necesario que esté en conocimiento que su conducta se valora como incumplimiento*. Lo anterior significa que es dolosa la conducta

⁷⁹⁹ YZQUIERDO, *Sistema de responsabilidad*, cit. p. 236

⁸⁰⁰ Esta es la definición de MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios al Código civil español*, t. VIII, v. 1, Reus, Madrid, 1950, p. 168. En similar sentido, CASTAN (*Derecho civil español, común y foral*, cit., p. 224), señala que *es la acción u omisión que con conciencia y voluntad de producir un resultado antijurídico, impide el cumplimiento normal de una obligación*. DIEGO ESPÍN (*Manual de derecho civil español*, v. III, *Obligaciones y contratos*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983, p. 197), lo define como *el incumplimiento de la obligación realizado de modo consciente y voluntario por el deudor*. Para ALBALADEJO (*Derecho civil II*, cit., p. 171), *hay dolo cuando el deudor transgrede voluntaria y conscientemente la obligación*.

⁸⁰¹ ALBALADEJO, *Derecho civil II*, cit., p. 175 ESPÍN, *Manual de derecho civil español*, cit., p. 197; CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, cit. p., 225.-

del arrendador que, advertido por su locatario, demora las obras de reparación debidas. De igual forma, será dolosa la conducta de la agencia de viajes que con el fin de ahorrar costes aloja a sus clientes en hoteles de inferior categoría, aunque no sepa que este hecho es calificado como incumplimiento; y lo será también la actitud del deudor que voluntariamente retrasa el pago, aunque alegue la licencia usual en el tráfico⁸⁰².

Indica también CARRASCO que a diferencia del delito civil o penal, para la configuración del dolo en el incumplimiento, no interesa la conexión psicológica que el deudor pueda tener sobre las resultas de este incumplimiento. **“El daño no será entonces un elemento estructural del juicio de reproche por dolo, sino una condición objetiva de responsabilidad”**. En consecuencia, el infractor no tiene porqué saber que la mora en el cumplimiento causará perjuicios a su acreedor, carece de sentido precisar si tuvo presente que su incumplimiento era un hecho lesivo⁸⁰³.

Fácil resulta constatar que con tales precisiones el campo de aplicación del dolo se extiende considerablemente, pues para que exista incumplimiento doloso bastará que el deudor simplemente tenga consciencia y quiera realizar un hecho contrario al contrato, aunque desconozca que tal actuación u omisión es calificada de incumplimiento y no se represente ni desee los perjuicios que a consecuencia de ella sobrevengan a su acreedor.

b.- Problemas que plantea el dolo en el incumplimiento.

El dolo en el incumplimiento ha suscitado en la doctrina tres interrogantes íntimamente relacionadas entre sí: la primera cuestión es dilucidar es si se acoge una concepción amplia o restringida del dolo, es decir, si es suficiente que concurra en el deudor la voluntad de incumplir o es necesario además que tenga el ánimo o la intención de dañar; la segunda, se refiere a si puede asimilarse la culpa grave al dolo para los efectos de la extensión de la indemnización debida por incumplimiento; y la tercera, es

⁸⁰² CARRASCO, *Comentario al artículo 1.102*, cit., pp. 452 y ss. Sin embargo, se encarga de aclarar que en algunos casos será exigible la voluntad de incumplir —no bastando la voluntad de un hecho típico contrario al contrato—; ello ocurrirá en los casos en que la conducta típica ilícita no sea de por sí lo bastante expresiva para calificarse de incumplimiento doloso, como por ej. en la tácita reconducción.

decidir si continúa siendo el contrato la fuente de la obligación de indemnizar el incumplimiento doloso o, por el contrario, nos encontramos ante una obligación indemnizatoria de naturaleza delictual. A estas tres interrogantes debe también agregarse la relación que existe entre el dolo del artículo 1107 apartado segundo y el concepto de mala fe.

En la doctrina española, autores como MUCIUS SCAEVOLA sostuvieron una concepción restringida del dolo, al exigir como requisito del mismo el deseo de perjudicar, circunstancia que debía exteriorizarse en un verdadero perjuicio⁸⁰⁴. Sin embargo, actualmente, la mayoría de la doctrina sostiene una concepción amplia, donde no solo se incluyan los supuestos de deseo o intención de producir un daño, sino que es suficiente la voluntad de sustraerse a la obligación asumida. Siguen la concepción amplia del dolo, entre otros autores, CASTAN, ESPÍN, ALBALADEJO, LEÓN⁸⁰⁵, PANTALEÓN⁸⁰⁶, BADOSA⁸⁰⁷, YZQUIERDO⁸⁰⁸ y CARRASCO⁸⁰⁹.

No se crea, sin embargo, que toda la doctrina está conteste con este concepto amplio de dolo en materia de incumplimiento contractual. A la opinión de DÍEZ- PICAZO⁸¹⁰, quien dice que no basta la voluntad de incumplir, sino que es necesaria la conciencia por parte del deudor que su incumplimiento va a provocar un daño, podemos agregar las opiniones de COSSIO, MORALES y más recientemente GÓMEZ⁸¹¹.

COSSÍO expresa que *el dolo supone la intención consciente de producir un perjuicio antijurídico*, y en la característica de la intencionalidad antijurídica parece estar la nota que lo distingue de la culpa, y por lo mismo,

⁸⁰³ *Ibid.*, p. 453.

⁸⁰⁴ *Código civil. Comentado y concordado extensamente*, cit., p.495.

⁸⁰⁵ *Gravedad de la culpa*, cit., pp. 95 y ss.

⁸⁰⁶ “El sistema de responsabilidad contractual”, cit., p. 1034.

⁸⁰⁷ *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, cit., pp. 41 y ss.

⁸⁰⁸ *Sistema de responsabilidad*, cit. p. 235

⁸⁰⁹ Hacemos presentes que CARRASCO, a pesar de tener una concepción amplia, señala que el dolo delictivo es el que se adecúa al artículo 1107 apartado segundo, y que ni el dolo incumplimiento ni el dolo incidental están sujetos a esta disposición, *Comentario al artículo 1.107*, cit., p. 750

⁸¹⁰ *Fundamentos*, cit., p. 610

⁸¹¹ Los partidarios de una concepción más restringida del dolo no presentan uniformidad en sus opiniones, pues algunos exigen la conciencia de que se va a causar daño, otros requieren la intención de producir el daño y otros hablan de un comportamiento fraudulento, oportunista o con deseo de dañar a otro.

el dolo no es un hecho sino una cualidad de la voluntad del agente⁸¹². A MORALES, en términos generales, le parece inadecuada una interpretación demasiado estricta del dolo, circunscrita sólo a los supuestos de malicia o intención de engañar. Sin embargo, su opinión es diferente para el caso específico del párrafo segundo del artículo 1107, pues es de la opinión que en este precepto más que cumplir una función de imputación de responsabilidad, realiza un criterio de medición de la cuantía de la indemnización. Explica que aquí el dolo tiene un efecto sancionador, pues no sólo repara, sino que castiga una conducta y por ello concluye que *se debe construir de modo más estricto*, y la nota restrictiva se encuentra en la intencionalidad que debe significar el dolo y que lo contrapone a la buena fe⁸¹³.

GÓMEZ parte reconociendo que la doctrina mayoritaria es partidaria de una concepción amplia del dolo, que en su opinión es equivocada en atención a los antecedentes históricos, pero muy especialmente por su visión del Derecho influida por la teoría del análisis económico, la que postula la idea del incumplimiento eficiente. Según esta teoría existen situaciones en que es mejor para el bienestar de ambos contratantes que la prestación no se realice, y ello ocurrirá cuando el valor de lo prometido sea superior al precio cobrado por el acreedor y la diferencia entre costo y precio sea, a su vez, mayor que el beneficio que el acreedor espera de la prestación.

Obviamente —observamos nosotros—, si la reparación del daño imprevisible se impone a quien simplemente deja de cumplir por estimar que en el caso concreto le es más rentable el incumplimiento, se acaba el negocio para quienes ven las obligaciones como un mero acuerdo a ejecutarlas únicamente si en su momento le sigue siendo beneficioso respetar el compromiso asumido.

⁸¹² *El dolo en el derecho civil*, cit., p. 6, 7 y 18.

⁸¹³ “El dolo como criterio de imputación de responsabilidad del vendedor por defectos de la cosa”, cit., pp. 597 y ss.

En resumen, GÓMEZ quiere reducir la regla del dolo a los casos de incumplimientos fraudulentos, oportunistas o que implique el deseo de dañar⁸¹⁴.

No obstante estas últimas opiniones, ***la jurisprudencia mayoritaria, al igual que la doctrina, están contestes en una concepción amplia del dolo.***

Más controvertido para la doctrina española es la asimilación de la culpa grave al dolo. En Francia, como una forma de superar la tradicional concepción restringida del dolo, donde sólo se consideraban las conductas que implicaban por parte del deudor el deseo de perjudicar y no un cálculo de mera conveniencia, se ha aceptado esta asimilación. Se intenta ampliar el concepto restringido que se tiene del dolo por medio de su equiparación a las **culpas inexcusables** y a las **culpas graves**. Las primeras fueron una creación del legislador e introducidas en materias de accidentes del trabajo para mejorar la indemnización debida, y se incorporó también en materia de transporte aéreo y marítimo de pasajeros, con la finalidad de descartar los máximos legales de responsabilidad. Se configura como una culpa de gravedad excepcional intermedia entre la grave y el dolo; pero se diferencia de este último en el hecho que no existe intención de dañar sino solo conciencia de la probabilidad de un daño. Sin embargo, atendido los temas en que se introduce, tiene un campo de aplicación limitada.

A diferencia de la inexcusable, en Francia la asimilación de la culpa grave al dolo no es obra del legislador, sino de la doctrina y la jurisprudencia. Además, debemos recordar que, en el *Code*, al igual que en España, no se acogió la famosa tripartición de las culpas, por lo que el concepto de negligencia grave es más bien confusa, y la jurisprudencia para su determinación tiene en cuenta elementos diversos, objetivos y subjetivos. Sin embargo, hay un punto en que existe acuerdo, y es el hecho que en ella no existe intencionalidad de perjudicar. En todo caso, actualmente la equiparación cuenta con el apoyo o por lo menos la aceptación mayoritaria de la doctrina, entre ellos LARROUMET, MALAURIE, MAZEAUD, SOLEAU y

⁸¹⁴ *Previsión de daños*, cit., pp. 32 y ss., 197 y ss. y 222 y ss.

VINEY; pero también existen algunos que se oponen a esta idea, como LALOU y LE TORNEAU⁸¹⁵.

Existen buenas razones prácticas para admitir la asimilación de la culpa lata al dolo, pues la negligencia grave hace presumir una intención de dañar muy difícil de probar en forma directa, y de esta manera se logra impedir el cálculo del que disfraza su intención bajo la máscara fácil de la tontería. Por otro lado, sin embargo, se están equiparando dos figuras que tienen una diferencia sustancial en la intención o no de perjudicar, y además, se vulnera el principio de presunción de la buena fe, que no puede ser invertida con la presunción contraria sin ley que la establezca. Por lo tanto, y a pesar de contar con apoyo doctrinal y jurisprudencial, la verdad es que existen razones de peso para rechazar la asimilación entre ambas figuras.

Lo anteriormente expuesto, sin duda ha determinado que en los últimos años la doctrina y la jurisprudencia francesa se hayan abierto a una concepción amplia del dolo en materia de incumplimiento; lo que se ve reflejado en el fallo de la Corte de casación de fecha 4 de febrero de 1969, según el cual, se comete culpa dolosa en el momento en que existe el propósito deliberado del deudor de rehusarse a ejecutar sus obligaciones contractuales, aun que no exista la intención de dañar a su contratante. En lo que se refiere a la pérdida del derecho a invocar la limitación de responsabilidad, esta doctrina no ha sido contradicha por la jurisprudencia posterior. Con esta nueva concepción del dolo, la doctrina francesa ha hecho presente que actualmente carece de trascendencia su asimilación con la

⁸¹⁵ LARROUMET, *Droit Civil*. cit., p 667 ; MALAURIE Y AYNES, *Cours de droit civil*. cit., pp. 483 y 484 ; MAZEAUD y otros, *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil*, t. 3, v. 1 cit., pp. 571 y ss.; SOLEAU, *La prévisibilité du dommage contractuel*, cit., p. 500 y ss.; VINEY, GENEVIEVE, *La responsabilité Civiles. conditions* n 349 p. 305; LALOU, HENRI, *Traite pratique de la responsabilité civile*, cit., p. 391, y LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, cit., pp 89.

culpa grave⁸¹⁶.

En España, la equiparación de la culpa grave al dolo propio del incumplimiento contractual es un tema controvertido; pero parece imponerse su rechazo. La razón puede ser la concepción amplia del dolo, que ha hecho innecesaria la asimilación, a diferencia de Francia donde tradicionalmente se manejó un criterio restrictivo del mismo.

Así, para PANTALEÓN el párrafo segundo del artículo 1107 sólo se aplica a los incumplimientos dolosos en sentido estricto (consciente y voluntario) y no en casos de culpa grave. A similar conclusión llega MORALES. Sin embargo, las razones de ambos autores para coincidir en la conclusión (no asimilación de la culpa grave al dolo) son diferentes: PANTALEÓN lo deduce como consecuencia de la justificación para no beneficiar del límite de los daños previsibles al incumplidor doloso, esto es, se pretende evitar que el deudor realice al momento de cumplir un segundo cálculo de coste beneficio, y entiende que el culposo no realizaría este cálculo, por lo que no tiene sentido excluirlo del beneficio de la limitación a los perjuicios previsibles⁸¹⁷. El argumento de MORALES lo encontramos en su concepción restringida para el dolo establecido en el artículo 1107. En su opinión, aquí desempeña más bien un papel como criterio de cuantificación del daño y no de imputación de responsabilidad; y la asimilación del dolo a la culpa grave como su prueba mediante presunciones, aunque admisibles en otros casos, en éste supuesto debe rechazarse⁸¹⁸. Autores como YZQUIERDO⁸¹⁹ y CARRASCO⁸²⁰ acogen

⁸¹⁶ SOLEAU, *La prévisibilité du dommage contractuel*, cit., p. 514; VINEY, GENEVIEVE, *La responsabilité Civiles. conditions* n 349 p. 305; y LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, cit., pp 89.

⁸¹⁷ “El sistema de responsabilidad contractual”, cit., pp. 1032 y ss.

⁸¹⁸ “El dolo como criterio de imputación de responsabilidad del vendedor por defectos de la cosa”, cit., p. 600.

⁸¹⁹ YZQUIERDO, *Sistema de responsabilidad*, cit. pp. 236 y ss., indica que la equiparación nunca puede ser conceptual, sino que debido a las dificultades de prueba del dolo, que se entiende como intención de dañar, determinó que el Derecho común por razones prácticas lo equiparase en sus efectos. ***Pero esta equiparación no puede operar en todos los casos***, ya que en muchos, al margen de la responsabilidad Civil, se exige un dolo específico, por ej: juegos de azar (art. 1798). ***En la responsabilidad civil, tampoco es clara la equiparación en términos generales, debiendo verse caso por caso***. Añade más adelante que es interesante plantearse el problema de equiparación culpa lata en el saneamiento, como demostración del análisis casuístico. Así, ***en saneamiento por evicción (artículo 1478), no parece necesario llegar a la equiparación***, por las herramientas que se dan en caso de culpa (precio, frutos, costas, gastos); en cambio ***sí en el saneamiento por vicios ocultos (artículo 1486, p2)***, donde el vendedor no conocía el defecto de la cosa, pero sí lo podía conocer habiendo empleado mayor

una equiparación restringida entre la culpa grave y el dolo; pero la rechazan en el caso del artículo 1107 apartado segundo, por lo que su posición resulta ser cercana a la manifestada por MORALES.

De la opinión contraria, es decir, partidarios de la asimilación de la culpa grave al dolo, son DELGADO⁸²¹, GARCIA AMIGO, y GARRIGUEZ⁸²², entre otros.

Una posición un tanto ecléctica es la de COSSÍO, para quien, conforme lo ha demostrado la doctrina moderna, la culpa grave no tiene nada que ver con la culpa lata romana, ya que en la mayor parte de los casos será culpa evidente y caracterizada que, a lo sumo, denotará por parte de su autor incuria o torpeza; pero no supone una sospecha de malevolencia o maldad. Sin embargo, admitiendo esta diferencia sustancial, indica que *“en la mayor parte de los casos, una conducta que demuestra una ignorancia inexcusable, o una falta de diligencia que excede de todo límite normal, puede constituir una sólida base para inferir la presunción, de que tales hechos, son producto de una intención consciente e ilícita”*⁸²³.

Se ha discutido también la naturaleza contractual o extracontractual de la obligación indemnizatoria nacida como consecuencia de un incumplimiento doloso. Los autores del antiguo derecho francés estimaban que el deudor que incumplía por dolo era culpable de un verdadero delito civil y, por tanto, la obligación de indemnizar tenía naturaleza delictual y no contractual. Con la codificación gran parte de la doctrina clásica siguió sosteniendo su naturaleza delictual. Como argumento a favor mencionaban un pasaje de la exposición de motivos de BIGOT, en la parte donde expresaba que el dolo establece contra el que lo comete una nueva obligación diferente

diligencia, o ha hecho afirmaciones temerarias del productos sobre aspectos que ignoraba por completo, ya que solo existe indemnización con dolo, y con la equiparación se podrá exigir responsabilidad por el 1270. Sin embargo, respecto al tema que nos interesa, señala textualmente: **“En cambio, no parece el art. 1107, pº 2º C civ. el lugar más propicio para abogar por equiparaciones”**

⁸²⁰ CARRASCO, *Comentario al artículo 1.102*, cit., pp. 470 y ss., analiza la equiparación del dolo en seis ámbitos, y en su parte pertinente, señala: *“Una última zona donde puede plantearse la equiparación es en la extensión de la responsabilidad ex artículo 1.107, II, del Código civil. Como se verá en el comentario del precepto, una norma tan disparatada como la citada obliga a no extender —incluso restringir—su aplicación más allá de sus términos estrictos”*.

⁸²¹ DELGADO y otros, *Derecho de obligaciones*, cit., p. 176

⁸²² Ver JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit. p. 364 y nota 65.

de aquella que resulta del contrato; aunque los que así opinaban olvidaban su comentario inmediatamente siguiente, al referirse al 1151 del *Code*, cuando decía que aún en el caso de incumplimiento doloso los daños e intereses no han tenido menos su causa en la inejecución de la convención⁸²⁴.

El problema de la doctrina anterior es que si se estima que no existe diferencia entre la obligación indemnizatoria nacida de un incumplimiento doloso y la que surge de un hecho ilícito doloso, tampoco puede diferenciarse el concepto o naturaleza del dolo en uno y otro ámbito. Luego, su consecuencia lógica es una concepción restringida del dolo para el incumplimiento, propia del delito, y esta sería la razón por la cual algunos autores se refieren a él con expresiones como intención de maldad, deseo de perjudicar, etc. De esta forma, el dolo tendría un alcance sumamente limitado, porque en materia contractual, como sabemos, el incumplimiento se basa más en el cálculo de intereses personales que en el deseo de dañar al deudor.

Parte de los autores franceses reaccionan ante esta situación. Discrepan de la opinión de autores como JOSSERAND, DEMOLOMBE o YAN RYN⁸²⁵, para quienes el artículo 1151 del *Code* es un caso particular de delito civil, y contraargumentan indicando que la naturaleza de la obligación de indemnizar no deja de ser contractual como se pretende. En este sentido, los MAZEAUD indican que no le corresponde al deudor, por el hecho de cometer voluntariamente su culpa, salir del círculo del contrato⁸²⁶. Así parece también entenderlo actualmente la jurisprudencia francesa, como lo demuestra el fallo de 2 de julio de 1975 que decide un caso de responsabilidad por vicios de construcción, donde rechaza que el deudor doloso pueda ampararse en el plazo de prescripción de diez años propio de la responsabilidad extracontractual y aplica la regla general de treinta años. En definitiva, al decir de SOLEAU y DURRY, el dolo priva al deudor de la

⁸²³ COSSÍO, *El dolo en el derecho civil*, cit., pp. 150 y 151.

⁸²⁴ VAN RYN, *Responsabilité aquilienne et contrats*, cit., pp. 63 y ss., y BIGOT-PREAMENEU en *Motifs et discours prononcés lors de la publication du Code civil*, cit., p. 431.

⁸²⁵ *Responsabilité aquilienne et contrats*, cit., p. 62, SOLEAU, *La prévisibilité du dommage contractuel*, cit., p. 523

⁸²⁶ *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil*, t. 3, v. 1 cit., p. 572. También SOLEAU, *La*

posibilidad de invocar el contrato y los beneficios de las reglas protectoras del mismo, pero no lo transforma en una responsabilidad de orden delictual⁸²⁷. Vimos también como se ha modificado la noción restrictiva del dolo que imperó tradicionalmente en Francia, y, precisamente, el nuevo concepto o significado que se le atribuye es contrario a la idea de asignar una naturaleza delictual al incumplimiento doloso.

En España, PANTALEÓN estima que no deja de tener su lógica razonable el considerar que frente a un incumplimiento doloso es la conducta dolosa misma y no el contrato la fuente de la responsabilidad⁸²⁸. Pero sin duda ha sido COSSIO quién más se ha preocupado del tema, y lo engloba dentro de uno más amplio como es la naturaleza del dolo. En su opinión, el dolo no es tanto un concepto civil o penal, sino una medida que determina en uno y otro derecho una valoración más grave y una consecuencia más rígida contra su autor. En tal sentido es un concepto común a ambas disciplinas. Por ello, postula que existe una noción de dolo común a todas las ramas del derecho y lo único que difiere son las consecuencias que en cada una de ellas produce, por lo que no debe plantearse como problema la distinción entre el dolo civil y penal, sino hablar de los efectos del mismo en ambos derechos⁸²⁹.

En consecuencia, COSSÍO postula un concepto unitario del dolo; pero con doble significación dentro de la técnica de las leyes civiles: como intención de dañar ilegalmente y como engaño y maquinación.⁸³⁰ Agrega que las normas civiles que se refieren al dolo se pueden distribuir en tres grupos: Como vicio del consentimiento, como fuente de responsabilidad, y como causa de pérdida de derechos hereditarios; pero en todas ellas aparece como un concepto contrario a la buena fe⁸³¹. Finalmente, señala que la acción de dolo en la ejecución de las obligaciones tiene en el derecho español un fundamento distinto a la acción contractual, inspirándose en principios y

prévisibilité du dommage contractuel, cit., p., pp. 523 y 524

⁸²⁷ SOLEAU, *La prévisibilité du dommage contractuel*, cit., pp. 525 y 526.

⁸²⁸ *Del concepto de daño*, cit., nota 71 al capítulo primero, tercera parte, pp. 798 y ss.

⁸²⁹ *El dolo en el derecho civil*, cit., pp. 23 y 30.

⁸³⁰ *Ibid.*, pag. 31

⁸³¹ *Ibid.*, pags. 32 y 33.

normas diferentes, y en definitiva posee una sustantividad propia. En el fondo, ello no es sino la consecuencia de la posición general del autor, quien siguiendo los precedentes romanos y el análisis de la legislación vigente, *llega a la conclusión de que en el ordenamiento jurídico español se consagra una acción de dolo autónoma tanto en el campo de la responsabilidad contractual como extracontractual*⁸³².

Por nuestra parte, y no obstante lo fundada de las opiniones anteriores, somos de la opinión que no puede asimilarse la situación del apartado segundo del artículo 1107 con la responsabilidad aquiliana, a lo menos mientras se mantenga en el Derecho español una concepción amplia dolo⁸³³.

Otro tema a tratar es la relación entre los conceptos de dolo y mala fe, y específicamente dar respuesta a la siguiente interrogante: ¿es el dolo del incumplimiento contractual sinónimo de mala fe? Hay razones para dar una respuesta afirmativa. Recordemos que DOMAT en sus *loix civiles* utilizó preferentemente la expresión mala fe y la contrapuso al concepto de buena fe para distinguir los daños de que responde el deudor⁸³⁴. De igual forma, POTHIER contrapuso la noción de dolo al concepto de buena fe, con lo que terminó asimilándolo a la mala fe. Distinción y contraposición que parece haber hecho suya el texto español que, a diferencia del *Code* y demás que lo siguen, no distinguió entre el deudor doloso y los otros, sino entre aquél y los que están de buena fe⁸³⁵.

La doctrina parece también entender que los conceptos de mala fe y dolo son sinónimos. Así se desprende, por ejemplo, de lo señalado por autores como ESPÍN⁸³⁶, CASTAN⁸³⁷, BADOSA⁸³⁸, DÍEZ-PICAZO⁸³⁹,

⁸³² Ibid, pags. 130 y 199.

⁸³³ En este sentido, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, cit., p. 614, señala que la doctrina ha tendido a configurar el incumplimiento doloso como un simple incumplimiento contractual.

⁸³⁴ Nos referimos al libro III, título V, sección 2ª número 9, p. 269

⁸³⁵ Como dice BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, cit., p. 713, la contraposición BUENA FE -DOLO en materia de extensión de daños es originaria del Código civil español (1124 del anteproyecto), ya que no se halla ni en el *Code* ni en el proyecto de 1851 que se limitan a establecer una regla general de indemnización de daños sustancialmente equivalente a la que el 1107 destina a la buena fe y una excepción a la misma en sentido agravatorio en el caso de que el deudor haya sido doloso.

⁸³⁶ *Manual de derecho civil español*, cit., p. 198

ALBALADEJO⁸⁴⁰; aunque no dan mayores explicaciones para tal asimilación y parece ser una consecuencia de su concepción amplia del dolo, donde no exige la intención de perjudicar⁸⁴¹. En otras palabras, *únicamente el dolo en sentido amplio —y no el restrictivo— sería sinónimo de mala fe.*

CARRASCO también equipara ambos conceptos. Indica que conforme al artículo 1107 apartado segundo el deudor de mala fe responde de todos los perjuicios que conocidamente deriven de la falta de cumplimiento, y señala textualmente: *“Entiéndase por deudor de mala fe en esta norma el deudor que incumplió por dolo”*. Sin embargo, tiene el cuidado de precisar que no toda mala fe es equiparable al dolo, y de ello va a depender el significado específico que tenga su contrario buena fe. En este sentido, nos dice que la mala fe es directamente equiparable al dolo, como en el artículo 1488, II, siempre que este dolo se defina positivamente como conocimiento, y lo mismo sucederá cuando la ley defina normativamente la buena fe como desconocimiento, pasando la mala fe a ser conocimiento. Pero cuando la buena fe no es un concepto concretado en el sistema interno de la ley, como sucede en los artículos 7 y 1258, la mala fe no podrá ser dolo, porque debería existir un margen para la imputación culposa negligente, lo que no se da. Aquí la mala fe, que se caracteriza como *descalificada*, es un fundamento autónomo de responsabilidad distinto al dolo y la culpa⁸⁴².

Agrega que en el artículo 1107, la no buena fe, propia del deudor doloso, no es interpretable de acuerdo a los conceptos descalificados de los artículos 7 y 1258; pero tampoco puede interpretarse como malicia, dolo malo o fraude, porque quedarían fuera muchas conductas que han sido comprendidas en el artículo 1102, y no se puede entender que el Código civil

⁸³⁷ CASTAN, *Derecho civil español, común y foral*, cit. p. 225

⁸³⁸ Comentario, cit., p. 37

⁸³⁹ Fundamentos, cit., p. 613.

⁸⁴⁰ Después mostrar su conformidad con la opinión dominante en la doctrina española acerca de que el dolo en el incumplimiento no precisa la intención de dañar, agrega: *“Que esto es así, se sigue de que el Código, aunque no da la noción de dolo, contrapone, en el artículo 1107, el deudor que incumple de buena fe al que lo hace dolosamente, o sea de mala fe, y para ésta no es precisa el ánimo de dañar, sino sólo la voluntad de incumplir”*, *Derecho civil II*, cit., p. 170.

⁸⁴¹ MORALES, también estima que la mala fe del artículo 1488 sólo puede ser equiparada al dolo si éste se concibe en sentido amplio. Ver *“El dolo como criterio de imputación de responsabilidad del vendedor por defectos de la cosa”*, cit., p. 628.

maneeje dos conceptos diferentes de dolo: un dolo-voluntariedad para el artículo 1102 y un dolo malicia para determinar la extensión del daño⁸⁴³. En definitiva, de las palabras del autor, deducimos que en su opinión en el apartado segundo del artículo 1107 se establece la mala fe caracterizada como dolo-voluntariedad y conciencia de actuar ilícitamente.

Como observaciones finales, podemos decir que la doctrina no ha puesto de manifiesto, con la importancia que corresponde, el hecho de que el único ejemplo de incumplimiento doloso que nos da POTHIER al referirse a su ejemplo de las vacas, no es en realidad un caso de inexecución de la obligación, sino de dolo en el período de formación del contrato. Sin perjuicio de que autores como PANTALEÓN⁸⁴⁴ y CARRASCO⁸⁴⁵ hayan tenido el cuidado de precisar que el 1107 es aplicable también a los casos de dolo, en la fase de formación del contrato, circunstancia que también ha sido acogida por el Tribunal Supremo, según veremos inmediatamente. Además, la doctrina prácticamente no ha realizado mayor comentario del concepto aparentemente restrictivo de dolo en DUMOULIN, seguido por POTHIER, y como en la realidad no era tal, debido a las presunciones y las reglas de facilidad probatoria.

B.- EL DOLO ANTE LA JURISPRUDENCIA.

En materia contractual, el Tribunal Supremo maneja un concepto amplio de dolo, adecuado a las necesidades del comercio y acorde con las exigencias jurídicas, que no pueden permitir que las obligaciones queden

⁸⁴² *Comentario al artículo 1.107*, cit., p 748 y *Comentario al artículo 1.102*, cit., p. 458.

⁸⁴³ *Comentario al artículo 1.102*, cit., pp. 459 y 460.

⁸⁴⁴ PANTALEÓN señala que aquí desaparece la diferencia con el *common law*, que en materia de incumplimiento no distingue entre doloso y no doloso. Menciona *el leading case Doyle v. Olby*, relativo a la venta inducida dolosamente por medio de balances engañosos de una ferretería propiedad del demandado, en que la pretensión indemnizatoria fue íntegramente acogida. Ver “El sistema de responsabilidad contractual”, cit., p. 1035.

⁸⁴⁵ Sin embargo, sus explicaciones no son del todo claras, porque señala más adelante: “*el artículo 1107, II, no se refiere únicamente al deudor que incurre en dolo en el incumplimiento / artículo 1.101), sino a todo deudor que por dolo esté sometido a las resultas del resarcimiento (art. 1270, II)*”, para después expresar: “*Estimo, por el contrario, que ni el dolo-incumplimiento ni el dolo incidental del artículo 1.270 están sujetos al texto del artículo 1107*” (¿?), en *Comentario al artículo 1.107*, cit., p. 750.

supeditadas a cálculos de coste-beneficio del cumplimiento-incumplimiento, como lo propugna una ilustrada; pero, a nuestro entender, equivocada doctrina del análisis económico del Derecho. En definitiva, *el Supremo asimila los términos de mala fe y dolo, y concibe a éste último en términos amplios, por lo que no exige el ánimo de dañar, ni la conciencia de dañar, pues considera suficiente voluntad y conciencia de incumplir.*

En España la concepción amplia del dolo como mera voluntad de incumplir tiene a diferencia de Francia una ya larga tradición. En efecto, como vimos, en este último país solamente a partir del año 1969 recibió consagración jurisprudencial definitiva. El Tribunal Supremo español, por el contrario, lo acoge con mucha anterioridad. Es así, que ya una sentencia de fecha **15 de marzo del año 1934** expresaba:

*“... el dolo a que alude la sentencia recurrida... es aquél a que se refiere el artículo 1102 del Código Civil, de naturaleza distinta al que define en el artículo 1269, o sea, **el que consiste en un propósito consciente, intencionado de eludir el cumplimiento de las obligaciones, teniendo de común uno y otro el de no presumirse por el derecho, y que su prueba corresponde al que lo alega**”⁸⁴⁶. El fallo de **30 de noviembre de 1999**, por su parte, señala: “El Código Civil no da una noción de dolo en el incumplimiento de la obligación, a diferencia de lo que ocurre con el vicio de la voluntad en el artículo 1269 de dicho texto Legal, pero **en el art. 1107 no desconoce y contrapone el deudor de buena fe al que actúa con dolo, como equivalente a mala fe, no siendo preciso para ello la voluntad de dañar o «animus nocendi», siendo bastante la voluntad consciente de incumplir...**”⁸⁴⁷.*

Aplicación de esta concepción amplia del dolo que no exige intención o deseo de dañar, sino simplemente voluntad de incumplir, han sido los fallos que han debido pronunciarse sobre el incumplimiento de parte del vendedor de entregar la mercadería para venderla nuevamente a un tercero. Así, la sentencia de fecha **14 de Julio de 1982** calificó de dolosa la decisión de unos

⁸⁴⁶ RJ1934\462. Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Las negrillas son nuestras.

⁸⁴⁷ Sentencia Tribunal Supremo número 1011 de fecha 30 noviembre de 1999 (RJ 1999\8439). Concepción amplia del dolo que recogen también las sentencias de 27 de abril y 19 de mayo de 1973, 21 de junio de 1980 y 23 de octubre de 1984RJ 1999\8439.

productores de cebolla que, producto de una subida en el mercado, decidieron incumplir a su comprador y vender la hortaliza a un tercero por un mayor precio⁸⁴⁸. En concordancia con esta decisión, CARRASCO señala que los casos de doble venta son un ejemplo típico de incumplimiento doloso.

Siguiendo similar línea jurisprudencial, tenemos la sentencia del Supremo de fecha **16 julio 1982**, que debió decidir la demanda indemnizatoria interpuesta ante la infracción de un convenio para la venta de un inmueble. En la cláusula décima del acuerdo se estableció como cláusula penal el pago de cien mil pesetas en caso de incumplimiento del mismo por alguna de las partes intervinientes. Existió en un primer momento discrepancia en el precio de venta, lo que tuvo que ser resuelto judicialmente. Una vez dilucidada la discrepancia, el comprador instó a su vendedor a cumplir, y en ese momento quedó demostrado que éste último lo había vendido a un tercero. Ante esta situación, la actora demanda de indemnización de perjuicio y alega que no rige limitación indemnizatoria establecida en la cláusula penal, por existir dolo de parte del vendedor. El Tribunal de primera instancia da lugar la demanda de indemnización de perjuicios que se fije en la ejecución de la sentencia, y sin la limitación establecida en la cláusula penal. La Audiencia, confirma el fallo, pero establece que la indemnización que se fije en la ejecución de la sentencia no podrá exceder de la cantidad de cien mil pesetas. El actor recurre de casación y el Supremo confirma la sentencia de primera instancia, declara doloso el procedimiento del demandado y rechaza el límite al monto de los daños y perjuicios establecidos por la audiencia⁸⁴⁹. Como se ve, esta sentencia trata

⁸⁴⁸ Sentencia citada por DE ANGEL, *Análisis del artículo 1.107 del Código civil*, en *Comentario del código civil*, cit., p 61.

⁸⁴⁹ *Que la redacción dada por el legislador de 1889 al art. 1107 del C. Civ., ofrece una doble dimensión en orden a la responsabilidad por daños y perjuicios derivados del incumplimiento de obligaciones; en primer lugar, la del deudor de buena fe, aspecto cualitativo caracterizado porque en él la determinación del «quantum» resarcitorio puede venir determinado por la voluntad de las partes o por ser consecuencia necesaria del incumplimiento; y en segundo lugar, los supuestos de indemnizaciones derivadas de un específico «qual», el dolo, cuya trascendencia en orden al «quantum» del resarcimiento no tiene otros límites para el legislador que la realidad y el valor del daño, del perjuicio o de ambos si se produjeran, no pudiendo en consecuencia venir mediatizada la determinación de su entidad pecuniaria por acuerdo ni pacto alguno, dada la terminante prohibición que a la renuncia de la acción por dolo se establece en el inciso 2.º del art. 1102 del C. Civ., sin que a ello quepa oponer el hecho de que la recurrente no hubiere entregado cantidad alguna a cuenta, ni que no se hayan acreditado que los daños y perjuicios cuya indemnización se reclama sean superiores a la cantidad pactada de 100.000 ptas., ni que existan razones de equidad que no aconsejen una superior indemnización, ya que no rechazada en la*

también el problema de la derogabilidad de la cláusula penal ante el incumplimiento doloso.

Concordante con lo expuesto, es también la Jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo, de calificar de mala fe o dolosa la negativa del arrendatario de entregar el inmueble una vez expirado la duración del contrato⁸⁵⁰. Estamos ante un típico incumplimiento contractual en que no existe ninguna intención de dañar, pero que habida cuenta que el arrendatario no puede menos que estar en plena conciencia de su actitud incumplidora y antijurídica, el Tribunal Supremo la califica de dolosa.

Al finalizar el análisis doctrinario, indicamos que, en general, no se ha hecho presente que el ejemplo de la vaca contagiada dado por POTHIER, y que sirve de antecedente al artículo 1151 del *Code*, no contempla un dolo en el incumplimiento, sino en la formación del contrato. Sin embargo la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tenido oportunidad pronunciarse sobre el dolo reticencia del que calla o no advierte los defectos de la cosa, y decidir que también se comprenden en el artículo 1107 apartado segundo del Código civil.

Ejemplo de lo anterior es el caso de la venta de una empresa en que figuraba un terreno que no era de propiedad de la vendedora, la que ocultó dicha circunstancia. Después de celebrado el contrato, la compradora solicitó y obtuvo la nulidad del convenio por dolo eficiente o causante. La

sentencia del Tribunal «a quo» la existencia de daños y perjuicios cuya determinación deja para ejecución de sentencia, además de ser en dicha fase procesal donde debe determinarse el «quantum» indemnizatorio, ha de insistirse en que declarado por la Sala de Apelación que la conducta del demandado ha sido dolosa, no resulta posible moderar sus consecuencias con base en la «aequitas», dado que por razón del contenido y caracteres de ambas figuras, es evidente que la Ley no lo autoriza (arts. 3º, 2º, párrafo último en relación con el 1102 del C. Civil). Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 16 julio 1982. RJ 1982\4249

⁸⁵⁰ Son numerosas las sentencias que abordan este punto. Quizás la más mencionada es la sentencia de fecha 23 de Octubre de 1984 (RJ 1984\4971) que señala "...el arrendatario que una vez finalizado el tiempo fijado en el contrato continúa en la posesión de la cosa arrendada, contraviniendo la obligación de restituir la cosa al arrendador, explotándola y extrayendo de ella sus frutos y productos, incurre en el incumplimiento contractual tipificado en el artículo mil ciento uno del Código Civil, **con la obligación consiguiente de resarcir al otro sujeto del contrato del quebranto patrimonial sufrido, cuya producción es debida a un comportamiento culpable y aun doloso al no devolver la cosa arrendada en el tiempo pactado para ello, impidiendo al arrendador la obtención de las utilidades mientras prosiguió la posesión indebida del infractor**". En dicha sentencia se citan los fallos que han sostenido igual posición. Se le critica su falta de rigurosidad al calificar la conducta de "culpable y aun doloso", pero en verdad se

vendedora demandada impugnó en casación esta calificación. El Supremo rechazó el recurso, y para ello tuvo presente que el dolo reticencia debe ser considerado como eficiente o causante de la nulidad del contrato. Además, mantuvo la condena de indemnización de perjuicios, conforme al 1107 apartado segundo, si bien no concedió toda la indemnización reclamada por el actor, porque, como veremos, al deudor doloso también se le aplica el límite del daño necesario, y en el caso específico el perjuicio reclamado era evitable⁸⁵¹.

trata de un error más técnico que de concepto. Más recientemente, sentencia de 22 de Octubre de 1993, ha vuelto a reiterar esta doctrina, calificando de mala fe la posesión del arrendatario (RJ 1993\7762).

⁸⁵¹ “*Que así los hechos y apreciación judicial, es claro que el motivo no puede prosperar por las siguientes razones: a) porque en el concepto de dolo que da el art. 1269 del C. Civ. no sólo se comprende la insidia directa e inductora de la conducta errónea del otro contratante, sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte debidamente -SS. de 6 junio 1953 (RJ 1953\1658), 7 enero 1961, 20 enero 1964 (RJ 1964\355)- a la otra parte, poniéndola en la misma situación invalidante de su consentimiento, o, como decían las Partidas (Partida 7, 15, una) «de manera que non se puede ome guardar del engaño», lo que pugna con el deber de informar exigible por la buena fe (arts. 7.º, 1.º y 1258 del C. Civ.); b) porque la apreciación de los hechos corresponde a esa descripción del dolo reticente, no otra que la de la ambigüedad de la vendedora, que no obstante decir que no es dueña luego lo contradice mostrando una escritura pública de propiedad y después oculta una Orden Ministerial que, de haber sido notificada (es del año 1971 y el contrato de 1973) y conocida por las compradoras otro hubiera sido el convenio; c) porque la noción del dolo carga su acento, en cualquiera de sus formas, en la conducta «insidiosa» (art. 1269 del C. Civ.) del agente, en la maquinación o astucia, activa o pasiva, por acción o por omisión, del que induce al otro a contratar, no en el error inducido de éste, independientemente de que esta situación psicológica se dé o no en él, dadas las diferencias y consecuencias distintas entre los dos vicios del consentimiento, error y dolo; d) porque en ese sentido la maquinación insidiosa es independiente de la actitud de la parte afectada (en el recurso se habla de «candidez»); es decir, porque no se puede ni se debe premiar la mala fe ínsita en el dolo so pretexto de la confianza ajena, calificando a ésta de ingenuidad («simplicitas») como si el Derecho debiera ser más el protector de los astutos que el defensor de los confiados, concepto o conductas que no pueden equipararse a los de diligencia o negligencia (y ahí sí que «vigilantibus non durmientibus iure succurrunt») como pautas que el Derecho ha de valorar otorgando su protección al hombre cuidadoso frente al negligente, y evidente resulta aquí que no puede calificarse de negligencia o simplicidad la actitud de las compradoras, que se aquietan y confían, como cualquier hombre razonable, ante el dato de una escritura pública de propiedad, en sí constituyente de fe pública; y e), en fin, porque, consecuentemente, no se puede tildar a la sentencia recurrida de indebida aplicación del art. 1270 del C. Civ., primero porque su calificación de dolo grave o causante es correcta y correcta también su no estimación de conducta pareja en las compradoras, lo uno porque la maquinación descrita les indujo a contratar y pagar el precio, y lo otro porque así se deduce y resulta de la actitud de aquéllos, no implicativa ni de error inexcusable ni de mala fe, todo ello aparte de recaer la maquinación en una parte fundamental del patrimonio social objeto del contrato”.*

“*Que todos los motivos insertos en el recurso de dichas partes van enderezados a la demostración del error padecido por la sentencia al no otorgar a los mismos, en la cuantía solicitada, la indemnización por daños y perjuicios derivados, a causa del dolo invalidante del contrato, de los gastos efectuados por los mismos respecto al pago de salarios e indemnizaciones por despido al personal contratado para el ejercicio de la industria comprada en virtud del convenio anulado, y a tal efecto, en el motivo primero, al amparo de núm. 1.º del art. 1692 de la L. E. Civ., se denuncia la violación del art. 1107, 2.º, en relación con los 1101 y 1102, todos del C. Civ., reprochable a la Sala de instancia porque después de*

El criterio jurisprudencial se confirma en la sentencia de fecha **30 de Junio de 2000**⁸⁵². Establece que se actúa con dolo en la venta de acciones de una sociedad, cuando se asegura que cuenta con todas las licencias y permisos y se oculta la denegación de la licencia de apertura, ofreciendo a la parte compradora "*unas garantías y seguridades que, al ser inexistentes, maliciosamente resultaron sustraídas y autorizan a contemplar dolo incidental, que obliga a indemnizar los daños y perjuicios causados*". Estamos, en consecuencia, ante el caso de quien sabía o debía saber los vicios de que afectaban a la cosa vendida y lo oculta. El Supremo parte analizando el tema desde el punto de los vicios redhibitorios; pero considera de tal magnitud la falta cometida, que rebasa el tema de vicios para transformarse en un supuesto de efectivo incumplimiento⁸⁵³. En definitiva, señala que al ser doloso

decir ésta «que el daño indemnizable se concibe en un sentido amplio, incluyéndose toda lesión sufrida», luego lo restringe y limita, desconociendo el nexo causal entre el dolo y el daño, según la parte causada, motivo, sin embargo, que no puede ser estimado, porque si bien es cierto que la sentencia hace aquella formulación general, no lo es menos que después, al estudiar detalladamente los distintos gastos y conceptos resarcibles, hace exclusión de los aquí discutidos en razón a no apreciar el nexo o relación entre el acto doloso causante y el gasto que se reclama como perjuicio indemnizable, a tenor del párr. 2.º del art. 1107 del C. Civ...», Sentencia de 26 de Octubre de 1981 (RJ 1981\4001).

⁸⁵² Sentencia número 671 de fecha 30 de Junio de 2000 (RJ 2000\6747). El caso analizado en esta sentencia era la venta de acciones de la sociedad Industrias Tauro, SA por parte del Estado Español a la sociedad Sansonite Corporation. En el apartado 25 de la cláusula cuarta del contrato de venta se establece expresamente que la sociedad transmitida *«cuenta con todas las facultades, licencias, permisos y autorizaciones (de índole gubernativa y de otro tipo), necesarios para poseer y explotar su patrimonio y para desarrollar sus negocios y actividades, tal y como lo viene haciendo hasta ahora»*. Pero resultó finalmente que la sociedad vendida carecía de licencia de apertura. El Tribunal Supremo razona sobre la base de que el Estado Español a la fecha de la denegación de la referida licencia, ya era propietario de la sociedad posteriormente vendida, por lo que *"debía ser conocedor de la situación urbanística o, al menos, contaba con todos los medios aptos para tener perfecta y cabal noticia de ello"* y por ello llega a la conclusión de que no sólo no existe buena fe contractual, sino que la conducta del Estado fue dolosa.

⁸⁵³ CONSIDERANDO PRIMERO: *"...El saneamiento por vicios ocultos que el artículo 1484 impone al vendedor, se proyecta directamente a la cosa específica enajenada, que adolece de defectos o imperfecciones desconocidas por el comprador. En el caso de autos se trata de licencia municipal ocultada, en cuanto se dice en el contrato que se contaba con todas las licencias, la que incluye la de apertura y, por tanto más que relacionarse la cosa, se está refiriendo a actividad o conducta precontractual del Estado vendedor, que resultó omisiva, al no haberse preocupado de constatar si se había concedido la licencia, lo que resultaba fácil y posible con la simple consulta a las oficinas municipales, sin perjuicio que no se desconocía su inexistencia, ya que se trató de obtenerla sin resultado y, por contrario, se asumió y dio por hecha su concesión, con lo que se está ante situación que rebasa la propia de los vicios ocultos, para presentarse como efectivo incumplimiento del contrato, dada la intensidad y desembolsos económicos que se requieren para la obtención de la licencia administrativa, que la parte vendedora aportó como efectivamente otorgada, incidiendo tal conducta contractual en la base y motivo causal del negocio y también resulta y se presenta situación amenazante notoria,*

el incumplimiento obliga a la totalidad indemnización de los perjuicios en conformidad al apartado segundo del artículo 1107 en relación con el artículo 1270⁸⁵⁴. Por lo tanto, si bien califica como incumplimiento propiamente tal el guardar y ocultar los vicios del bien vendido, la referencia que hace al artículo 1270 nos permite concluir que el Supremo sienta nuevamente la regla de que el artículo 1.107 apartado segundo incluye también a los supuestos de dolo incidental.

Por último, debemos hacer presente que frente a una línea jurisprudencial reiterada acerca de que el dolo no se presume, existe un reciente fallo de la Audiencia Provincial de Madrid que flexibiliza la rigidez de esta doctrina en las situaciones en que el deudor, y no el acreedor, es quien tiene a su alcance los medios probatorios. El caso versaba sobre una maquinaria extraviada durante su transporte. Para evitar la aplicación de los límites legales y reglamentarios de la indemnización ante la pérdida de lo transportado, el actor alegó que el acarreador había actuado con culpa grave, atendido el peso (117 kilos) y volumen del bien desaparecido. La Audiencia consideró que la absoluta incapacidad de parte del demandado para explicar cómo se produjo la pérdida, era reflejo de una grave negligencia en el manejo de sus compromisos. En base a ello, confirmó el principio ya declarado en otros fallos acerca de que este tipo de culpa se asimila al dolo, y agregó que si bien este último no se presume, quién tiene la facilidad y disponibilidad probatoria está obligado a su demostración, y en caso contrario la total

acomodada a la ley, por la posibilidad de suspensión y clausura de las actividades industriales y demolición incluso por orden de la autoridad gubernativa competente.

El incumplimiento opera en este caso por insatisfacción objetiva en la parte compradora, con trascendencia en la inhabilidad del objeto, en este caso jurídica. Se trata de vicio que existía en el momento de la contratación, y ello posibilita la sanción de los artículos 1101 y 1124 del Código Civil (Sentencias de 12 marzo 1982 [[RJ 1982\1372](#)], 20 febrero 1984 [[RJ 1984\693](#)], 6 abril 1989 [[RJ 1989\2994](#)] y 17 febrero 1994 [[RJ 1994\1621](#)]).

⁸⁵⁴CONSIDERANDO TERCERO: “...Habiéndose sentado actuación incumplidora contractual contraria a la buena fe y dolosa en la vendedora, el resarcimiento indemnizatorio, partiendo del principio general reparador que proclama el artículo 1101 del Código Civil, **hace aplicable el artículo 1107 en relación al apartado final del 1270**. Se ha de responder de todos los daños y perjuicios, es decir se **trata de un resarcimiento pleno de los que resulten conocidos y provengan de la falta de cumplimiento de las obligaciones contraídas**”.

ausencia de posibilidad de explicar lo sucedido hace presumir la total negligencia de parte del deudor. En su parte pertinente, el fallo reseñado indicó.

“En materia de carga de la prueba del dolo es de aplicar la doctrina jurisprudencial en cuya virtud el dolo no se presume, sino que ha de demostrarse cumplidamente (STS 18.jul.2000 [RJ 2000\ 6813] , con cita de las de 21.may.1982 [RJ 1982\ 2586] y 28.feb.1969 [RJ 1969\ 1034]), acorde a la regla general que atribuye la carga de la prueba a quien invoca el hecho en su favor como presupuesto de su derecho. Sin embargo, tal norma queda matizada por los principios de facilidad y disponibilidad probatoria y proximidad a la fuente de la prueba, actualmente reflejados en el art. 217.6 LECiv (RCL 2000\ 34, 962 y RCL 2001, 1892) , considerando que es precisamente el transportista quien está en condiciones de demostrar lo acaecido en el curso del transporte, en tanto que resultan palmarias las dificultades para la otra parte de demostrar unos hechos que desconoce y a los que permanece ajena.

Esta matización alcanza una significación especial en los supuestos -como el presente- en que el porteador alega una total ausencia de datos sobre las circunstancias del daño, pérdida o deterioro de las cosas transportadas, casos en que el perjudicado permanece en una ignorancia absoluta sobre lo acaecido que dificulta aún más cualquier actividad probatoria tendente a justificar la conducta gravemente negligente o dolosa del transportista, el cual, por su parte, no puede resultar beneficiado por esa actitud de pleno desconocimiento⁸⁵⁵.

⁸⁵⁵ CONSIDERANDO TERCERO de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de abril de 2006. JUR 2005\111046. Agrega Su CONSIDERANDO CUARTO: *Las alegaciones de la apelante, Euro Express, han de evaluarse a la luz de la normativa y doctrina descritas, considerando como circunstancias de hecho no controvertidas que el objeto transportado, de 117 kgs. de peso, fue recogido por el transportista de Vitoria, con destino Madrid, en 30 de julio de 2002 (f. 16), sin que conste si llegó a iniciarse el transporte, si efectivamente llegó a Madrid, así como su ubicación (no apareció en los almacenes de Vitoria ni en los de Madrid) e incluso su posible entrega a un tercero distinto del destinatario. Así resulta de la comunicación remitida por Euro Express en 4 de diciembre de 2002 (f. 23) acorde a la postura mantenida en el trámite de contestación a la demanda, donde admite un absoluto desconocimiento de las circunstancias en que se produjo la pérdida de lo transportado.*

Y precisamente esa absoluta ausencia de datos revela una culpa muy grave del porteador, demostrativa de su incapacidad para controlar su propio funcionamiento interno, y de la falta de medidas de garantía, control y seguimiento de las mercancías en el curso del transporte que le permitieran al menos intentar alguna gestión o pesquisa para su localización, o como mínimo descartar alguna de las hipótesis de extravío (ocurrido en Vitoria o en Madrid, o en el curso del traslado, o por sustracción del objeto, o entrega errónea a un tercero, etc.); concluyéndose que ha hecho dejación de su deber de custodia diligente, incurriendo en un grave descuido (en el mismo sentido de equiparar el absoluto desconocimiento de las causas del extravío a la culpa grave, y por ende al dolo, han de citarse SS. de esta misma Audiencia Provincial de 31.mar.2003 [PROV 2004\ 157200] o 26.mar.2004 [PROV 2004

II.- EXTENSION DE LOS DAÑOS INDEMNIZABLES POR EL DEUDOR DOLOSO.-

Sabemos que el artículo 1.107 determina la extensión del perjuicio contractual, distinguiendo entre los deudores de buena fe y los dolosos. Para los primeros, contempla dos criterios de delimitación del daño aplicables en forma copulativa: las *consecuencias necesarias* y la *previsibilidad*. De esta forma, el Código civil español, se aparta de la construcción doctrinal de POTHIER, donde la responsabilidad del incumplidor culposo era limitada sólo por la previsibilidad, mientras la regla de las *consecuencias necesarias* era destinada exclusivamente al doloso. En todo caso, aunque la redacción del resto de los códigos latinos no rompió formalmente con la sistemática de POTHIER, también se ha interpretado en los demás países también que se aplican ambos criterios al infractor culposo.

Pero sin duda es al fijar el *quantum* resarcitorio de los dolosos donde el legislador español sí rompe frontalmente con el sistema francés. A estos deudores los hace responder de los perjuicios previstos e imprevistos, y en general de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de su obligación, sin beneficiarlos con la regla que el *Code* estableció para ellos, esto es, el requisito de las *consecuencias necesarias*. De lo anterior se desprende que el Código civil español parece seguir un camino propio mucho más duro para esta clase de deudores, pues, si

248582]). *Caso de admitirse otro criterio, como pretende la apelante, se facilitaría a todo transportista la exención de su responsabilidad por culpa grave, e incluso por dolo, mediante la simple vía de alegar una ignorancia absoluta de las causas determinantes de la pérdida o deterioro de los objetos transportados.*

Por todo lo expuesto, incurriendo Euro Express en una conducta gravemente negligente, equiparable al dolo, e incumplida además toda demostración de su actuación diligente pese a disfrutar de plena disponibilidad probatoria y libre acceso a los medios de prueba, ha de ratificarse el criterio de la sentencia recurrida que excluye la limitación de responsabilidad prevista en el art. 23 LOTT (RCL

atendemos al tenor literal de la norma, la extensión de su responsabilidad carece de todo criterio limitativo, que no sea el propio de la causalidad material. Se da entonces la paradoja, por lo menos en apariencia, de que una regla nacida exclusivamente para el deudor doloso —*consecuencias necesarias*—, termina aplicándose al resto de los responsables y no a los que originalmente eran sus destinatarios naturales.

Como decíamos, si nos guiáramos por el tenor literal del artículo 1107 del Código civil, resultaría claro y sin discusión el hecho que al doloso no se le aplica el requisito de la *necesariedad* del daño, y su carga indemnizatoria sería mucho mayor que la contemplada en otros países para esta clase de responsables, pues debería resarcir todos los perjuicios que conocidamente se deriven de su incumplimiento. A esta interpretación literal, puede darse un argumento histórico que vendría a confirmar el sentido de la disposición. Nos referimos a las explicaciones dadas por GARCÍA GOYENA al artículo 1.016 del proyecto de 1851, cuando señalaba que respecto al deudor doloso, se separa del modelo francés para darle una mayor extensión a su responsabilidad, haciéndolo responder incluso de aquellas consecuencias que no sean inmediatas, directas e inevitables.

Resultando clara la intención del legislador, al intérprete no le quedaría más que aceptar esta orientación legal y solo restaría por dilucidar el significado de la expresión “*conocidamente se deriven*” establecida en el inciso segundo del artículo 1107 versus la expresión “*consecuencias necesarias*” de su inciso primero. De hecho, esta fue la opinión de algunos antiguos autores que si bien criticaron la solución de Código por las consecuencias absurdas a que podía conducir, entendieron que se establecía un trato extremadamente riguroso con el infractor de mala fe, en relación con el dispensado al deudor de buena fe.⁸⁵⁶ En la actualidad esta idea ha sido también sostenida por autores como DÍEZ-PICAZO, quien expresa que el Código establece dos sistemas de causalidad diferentes, según sea o no el incumplimiento doloso, implantando una cadena causal más amplia para

1987\ 1764) y Reglamento (RCL 1990\ 2072) que lo desarrolla.

⁸⁵⁶ MUCIUS, *Código civil. Comentado y concordado extensamente*, cit., pp. 573 y ss. También sostenía la

estos últimos, donde sólo se exige una derivación conocida; aunque aclara que lo anterior no significa que este deudor responda de todos los daños, pues la interferencia de otra posible causa pondrá fin a la primitiva cadena causal⁸⁵⁷.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria, mediante los más variados argumentos, ha negado el resultado de la interpretación literal del artículo 1107 del Código civil, esto es, que únicamente al incumplidor de buena fe se le aplicaría el requisito de la *necesariedad* del daño. En este sentido, CASTÁN si bien en principio reconoce que existe un distinto tratamiento para ambas clases de deudores, concluía que la diferencia no era tan grande, porque *siempre debe existir relación causal* y, por ende, el perjuicio debía ser *consecuencia necesaria* del incumplimiento⁸⁵⁸. CRISTÓBAL, por su parte, señala que, aunque así lo da a entender el tenor literal de la norma, no debe restringirse al culposo el criterio de las *consecuencias necesarias*, porque ningún deudor puede responder de perjuicios que no deriven del incumplimiento de la obligación, y “*este nexo causal entre el hecho y el daño constituye un presupuesto imprescindible en la construcción dogmática de la responsabilidad civil*”⁸⁵⁹.

Similar argumento es el planteado por YZQUIERDO⁸⁶⁰, quien indica que el párrafo segundo del artículo 1107 parece expresar que el doloso responderá del perjuicio que no sea consecuencia necesaria del incumplimiento. Sin embargo, estima que ellos es inadmisibles, porque siempre deberá existir norma causal. Tanto en el caso de dolo como de buena fe se exige la relación causal, o, si se prefiere, ser *consecuencia directa e inmediata* (terminología franco-italiana) o *consecuencia necesaria* de la falta de cumplimiento (española). Para llegar a tal conclusión, *entiende que el requisito de la causalidad, se encuentra establecido para toda clase de deudores, dolosos o no dolosos, en el inciso primero del artículo 1.107, y la expresión del inciso segundo, conocidamente se deriven*, la interpreta como

diferenciación⁸⁵⁶ MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, cit., pp. 235 y 235.

⁸⁵⁷ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, cit., p. 690.

⁸⁵⁸ *Derecho civil español, común y foral*, cit. p., 252

⁸⁵⁹ *El enigmático artículo 1.107 del Código civil español*, cit., p. 569.

indicador de que el deudor doloso también responde de los daños no previsibles (idea en todo caso ya esbozada por MUCIUS⁸⁶¹). Agrega que únicamente entendiendo también aplicable al doloso la condición de consecuencia necesaria, puede salvarse un artículo tan lamentable y ello, pese al tenor literal del precepto. Finalmente, el autor toma el cuidado de aclarar que lo anterior no significa que debe interpretarse el requisito de la causalidad de manera cicatera, porque limitaría en exceso el resarcimiento.

PANTALEÓN, al igual que YZQUIERDO, sostiene que la exigencia *consecuencia necesaria* del inciso primero del artículo 1107 debe emparentarse con la expresión *consecuencia inmediata y directa* del *Code y Codici*, y es aplicable a ambas clases de deudores (de buena fe y doloso), y también interpreta la expresión del inciso segundo — *conocidamente se deriven*—, como indicativa de que el responsable doloso responde de los daños no previsibles. En todo caso, más interesante que sus conclusiones, son los argumentos que da para fundarla.

Reconoce PANTALEÓN cierto apoyo de texto y de antecedentes legislativo, para interpretar el inciso segundo del artículo 1107, en el sentido que el deudor responde de todos los daños que se pueden conectar causalmente según teoría de la equivalencia de las condiciones; pero considera dicha interpretación inaceptable. En materia de imputación objetiva debe darse el mismo trato en caso de dolo contractual y extracontractual, y esta clase de deudor no debe responder de los perjuicios cuya imputación objetiva al incumplimiento resulte excluida por los criterios del riesgo general de la vida, prohibición de regreso, provocación, incremento del riesgo o la adecuación; criterios que también juegan en la responsabilidad contractual por dolo, y que constituye el más sensato contenido a la expresión *consecuencia necesaria*. Termina su análisis abogando por aplicar analógicamente esta regla de las *consecuencias necesarias* en el ámbito de la responsabilidad extracontractual⁸⁶².

⁸⁶⁰ “Comentario del artículo 1.107 del Código civil”, cit. pp. 854 y ss.

⁸⁶¹ *Código civil. Comentado y concordado extensamente*, cit., p. 573 y ss.

⁸⁶² “El sistema de responsabilidad contractual”, cit., pp. 1036 y ss.

Los argumentos que da PANTALEÓN para sostener su posición son más bien de autoridad, pues no existe ningún razonamiento que justifique los extremos de sus afirmaciones: que el incumplidor doloso debe responder de lo mismo que el responsable doloso extracontractual y que la exigencia *consecuencia necesaria* se debe aplicar por analogía en materia aquiliana. Lo anterior no deja de extrañar y, quizás, es una demostración que la doctrina española, a pesar del texto y con o sin razón, no quiere ni debe permitir las consecuencias a que nos conduciría una interpretación literal del artículo 1107. En todo caso, no podemos dejar de mencionar que en su tesis doctoral plantea una interpretación histórica de la norma que, a nuestro entender, constituye mejor argumentación que el expresado en su trabajo ya citado⁸⁶³.

CARRASCO comienza por aclarar que según las fuentes precodificadas se estaba pensando en el dolo precontractual y no propiamente en el dolo incumplimiento. Agrega que del texto del artículo 1107 pareciera desprenderse que el deudor doloso no puede beneficiarse ni de la *previsibilidad*, ni del límite de las *consecuencias necesarias*; conclusión que califica de absurda. De las dos ideas anteriores, concluye que se debe distinguir por una parte entre el dolo delictivo (asociado al concepto de dolo malo), al cual sí se le aplicaría la disposición en estudio, y, por otra, el dolo incumplimiento y el dolo incidental, a los cuales no se les aplica la norma en cuestión. Para el caso que dicha interpretación no fuera suficiente, por tratarse de una norma absurda, debería interpretarse *conocidamente* como probadamente⁸⁶⁴.

⁸⁶³ PANTALEÓN, en sus tesis doctoral (*Del concepto de daño*, cit., pp. 445 y ss.), cuando se refiere al proyecto de 1856 da otras ideas para acomodar la interpretación nefasta e inaceptable que, en su opinión, significaría las ideas de GARCÍA GOYENA, referidas a que sería suficiente que el daño haya sido *conocidamente* ocasionado por el dolo y que sin éste no hubiese tenido lugar. Da dos ideas

1.- Haber interpretado erróneamente las expresiones inmediatas y directas, creyéndolas trasunto de los daños circa ipsa rem. Hay comentarios que servirían de apoyo, como aquel en que señala que las expresiones previstas o previsibles del Código civil francés se hallan reemplazadas por las de consecuencias inmediatas y necesarias que parecen equivaler a las de la ley 21, 3, 1, libro 19 del digesto

2.- La idea de que el deudor doloso debe ser tratado peor que el deudor negligente, pues es autor de un delictum. Como el proyecto prescindía de la limitación a los daños previstos o previsibles que era lo que distinguía a ambos deudores del el Código civil francés había que introducir una nueva diferencia y se le ocurrió este engendro.

⁸⁶⁴ *Comentario al artículo 1.107*, cit., pp. 748 y 750

LEÓN adhiere a la posición mayoritaria, según la cual la relación causal se regula de manera uniforme para todo tipo de deudores. Funda su opinión en una argumentación más estructurada, y da razones de carácter lógico, sistemático, de derecho comparado e históricas. Estas últimas resultan particularmente interesantes. En realidad, da dos fundamentos históricos, aunque en diferentes partes de su obra. La primera, que la teoría de la causalidad se desarrolla, precisamente, en el ámbito de las actuaciones dolosas. La segunda razón histórica dice relación con el origen del término *conocidamente* que se emplea en el inciso segundo del artículo 1.107. Señala que es "*una traducción defectuosa y sacada de su contexto, es decir, extrapolada, del término "scienter" con el que desde el Derecho romano se ha calificado precisamente al vendedor que obra con dolo porque "sabe", "conoce" que la cosa que entrega tiene un vicio o no es de su propiedad y, sin embargo, oculta estas circunstancias.*" Concluye que el Código, de mala forma, ha querido expresar la idea que el deudor doloso no puede beneficiarse de ninguna atenuación o limitación de su responsabilidad⁸⁶⁵.

Al igual que los demás autores, DELGADO indica que el artículo 1107 inciso segundo, interpretando literalmente, parece decir que el incumplidor doloso no tiene otro límite que la causalidad en sentido propio; sin embargo, opina que ello no es así, y en verdad responde en ámbito contractual con la misma extensión que lo haría en materia aquiliana⁸⁶⁶. En otras palabras, funda su opinión en un razonamiento de analogía con respecto a la situación del responsable extracontractual.

MONTÉS señala que el Código civil español no establece criterio de causalidad para el caso del deudor doloso, pero la doctrina por la vía del artículo 1.105 llega al mismo resultado. Además, en el caso del deudor de buena fe varía la fórmula de *consecuencia inmediata y directa* utilizada por el *Code* a *consecuencia necesaria*, circunstancia que da pie para pensar en una ampliación de la responsabilidad respecto del código francés e italiano. Sin embargo, si se interpreta la expresión hispana como la exigencia de que el

⁸⁶⁵ *Gravedad de la culpa*, cit., pp. 82 y 83, y 98 a 100

⁸⁶⁶ *Derecho de obligaciones*, cit., p. 214

nexo causal no haya sido roto por otra serie causal extraña, en el fondo se trata de criterios semejantes⁸⁶⁷.

Recapitulando, podemos decir que, en general y con algunas variaciones en sus argumentos, **la doctrina española es prácticamente unánime sobre el hecho de que el incumplidor doloso debe también beneficiarse del criterio limitativo consecuencia necesaria del incumplimiento**, establecido en el inciso primero del artículo 1107⁸⁶⁸. Es también la línea de los autores que han escrito los últimos estudios sobre el tema, como GÓMEZ y NAVAS⁸⁶⁹.

Más allá de los distintos argumentos para torcer el sentido literal del texto, el motivo de fondo se encontraría en la idea de que debe aplicarse el límite de la causalidad —o los criterios de la imputación objetiva— en la fijación del *quantum* resarcitorio de todo deudor⁸⁷⁰. A esta razón, se añade una segunda, referida a que el incumplidor doloso en materia contractual no debe responder más que el infractor doloso en materia extracontractual.

En verdad, ninguno de los dos motivos expresados es argumento suficiente para torcer el tenor literal del artículo 1107. Primero, porque si bien es cierto que todo deudor debe beneficiarse con el límite propio de la causalidad material, esta afirmación no tiene porqué extenderse sin más a la causalidad en su sentido jurídico. La expresión *consecuencia necesaria*, como sabemos, hace alusión a dos criterios delimitadores del perjuicio: la *evitabilidad* del daño y su *anormalidad*, que permiten declarar no indemnizables determinados perjuicios, a pesar de haber sido materialmente

⁸⁶⁷ MONTÉS, *Sobre la responsabilidad del deudor de buena fe*, cit., pp. 2447 y 2448 y nota 55.

⁸⁶⁸ Aparte de los autores expresamente señalados, ver también CRISTÓBAL, *El enigmático artículo 1.107 del Código civil español*, cit., p.575.

⁸⁶⁹ GÓMEZ, *Previsión de daños*, cit., nota 3, pp. 194 y 195, indica que la única diferencia entre el deudor doloso y culposo, en responsabilidad contractual, es la exclusión para el primero de la previsibilidad, y no la exclusión de la restricción derivada del juicio de la imputación objetiva, ya que si bien es cierto que la inédita y amplia expresión empleada en el inciso segundo del 1107 permiten albergar dudas acerca de la admisibilidad de la imputación objetiva, los comentaristas recientes en forma unánime entienden que se aplica. La jurisprudencia del Tribunal Supremo se muestra también proclive a esa idea. Ver también NAVAS, *El resarcimiento de daños* cit., pp. 1261 y ss.

⁸⁷⁰ Además de los autores ya citados, conviene recordar lo señalado por DE ANGEL al comentar el artículo 1107: “*La solución de este parr. II está íntimamente conectada con el problema de la relación de causalidad o, dicho de otro modo, de la imputación objetiva*”. Ver *Análisis del artículo 1.107 del Código civil, en Comentario del código civil*, cit., p. 60

causados por el incumplimiento o hecho ilícito. Además, desde un punto de vista teórico, es perfectamente concebible que el legislador decida en ciertos supuestos no aplicar a un determinado infractor las reglas jurídicas insertas en la expresión *consecuencia necesaria*. Si bien, a primera vista esta última idea puede resultar extraña, no lo es tanto, y prueba de lo anterior es el hecho que en el Derecho inglés, el criterio del “*remotenes*” es de aplicación general para los *Torts*, pero por excepción no lo es tratándose de “*tort of deceit*” y en “*remedy for negligent misrepresentationn under s 2 (1) of the misrepresentation act 1967*”. En otras palabras, en el derecho comparado tenemos ejemplos que nos indican que es perfectamente posible mayor rigor para un tipo de deudores dolosos que para otros.

Es errado también sostener que el incumplidor doloso debe beneficiarse de la regla *consecuencias necesarias* porque dicho criterio sí rige para el autor doloso de un hecho ilícito. Es equivocada esta argumentación, pues por razones históricas la extensión del daño delictual depende de lo que se decida en materia contractual, y no al revés. En efecto, si bien POTHIER dejó expresamente establecido que las reglas dada en el números 166 y siguientes se aplicaban también al dolo delinquiendo, ni el código francés, ni prácticamente ninguno de los código originales que lo siguen, estableció la exigencia del daño necesario en materia aquiliana. Como vimos, ello se ha solucionado en Francia mediante una interpretación histórica que partiendo de la limitación al perjuicio directo establecido en el ámbito contractual lo extiende al extracontractual. Luego, en España no puede utilizarse como argumento la aplicación de la necesidad en el orden delictual, porque si su procedencia no está clara en materia contractual, menos aún lo va a estar en el otro régimen de responsabilidad, donde el criterio no se establece para ningún tipo de deudor, y su recepción depende de la interpretación extensiva que se haga de la regla en materia de contratos.

Todo lo anterior, y en especial el rechazo de un distinto trato indemnizatorio para el dolo en los dos órdenes de responsabilidad, no son propiamente argumentos jurídico, sino más bien valorativos, porque nada impide al legislador establecer esta diferencia si la voluntad política así lo

desea. En todo caso, no se crea que postulamos un rechazo a la idea de aplicar el límite de las *consecuencias necesarias* al incumplidor doloso; por el contrario, estamos de acuerdo con el planteamiento y su conveniencia. Lo que sucede es que hacemos ver la necesidad de complementar las argumentaciones ya dadas. No es fácil dar un fundamento convincente para tal objetivo, pero creemos que en los antecedentes históricos —ya hecho presente por otros autores—, puede estar la clave para defender la idea de que el incumplidor doloso también debe verse beneficiado del criterio de la necesidad⁸⁷¹.

Recordemos que el proyecto de 1851 elimina el requisito de la previsibilidad y lo sustituye por la expresión “*consecuencia inmediata y necesaria*”, que GARCÍA GOYENA identifica —erróneamente—, con el daño intrínseco. Esta sería la razón, por la cual considera no existir problemas en intercambiar el criterio de la previsibilidad con el de perjuicio *necesario*. Pero con esta construcción teórica quedó el problema del deudor doloso, al cual ya no se le puede aplicar el límite del daño *directo* por dos razones: primero, porque él es asignado ahora al deudor culposo, y segundo, porque en opinión de GARCÍA GOYENA resultaría sumamente limitada su responsabilidad (para él perjuicio *necesario* equivalía a daño intrínseco). Por ello, recurre a la expresión “*conocidamente ocasionados*”, con la cual hace presente que se responde más allá del “*daño directo*”, que como dijimos asocia al intrínseco. Luego, con la nueva expresión se quiso simplemente dejar en claro que el deudor de mala fe responde también del perjuicio extrínseco, que equivocadamente se pensó quedaba excluido con la exigencia *consecuencia inmediata y directa*; pero no se renunciaba, pese a las palabras de GARCÍA GOYENA, a establecer el límite que caracteriza al incumplimiento doloso y que la tradición ha bautizado con el nombre poco feliz de daño *directo* o *inmediato*.

En todo caso, más allá de las discusiones y disquisiciones teóricas, lo cierto es que la jurisprudencia no ha hecho mayor problema del asunto, exigiendo en el hecho para todo deudor el requisito de las *consecuencias necesarias*.

⁸⁷¹ Aquí tomamos algunas ideas planteadas por LEÓN, PANTALEÓN e YZQUIERDO.

Así, en el fallo de 26 de Octubre de 1981⁸⁷², ya reseñado, el Tribunal Supremo debió resolver la indemnización por la compra de una empresa en que figuraba un terreno que no era de propiedad de la vendedora, quién ocultó dicha circunstancias. Se solicitó y declaró la nulidad de la compra por dolo eficiente o causante. El actor pedía como daño a resarcir los gastos que incurrió por concepto de salarios y posteriores indemnizaciones para despedir al personal contratado para el ejercicio de la industria adquirida en virtud del contrato anulado. El tribunal, a lo menos teóricamente, reconoce que al deudor doloso la expresión “*conocidamente se deriven*” lo hace responder de más que al deudor de buena fe, que sólo es obligado a los perjuicios que sean *consecuencia necesarias*; sin embargo rechaza poner de cargo del doloso la indemnización de los daños demandados, señalando al efecto:

“Al tenor del término que la ley emplea, «conocidamente», al referirse a aquellos perjuicios que de modo notorio, es decir, sin duda alguna en cuanto a su conocimiento, se deriven del incumplimiento por dolo, noción que aunque sea más amplia que la de las «consecuencias necesarias» que el párrafo primero del artículo 1107 en cuestión, aplicable al deudor de buena fe, no por eso implica que no se deba discriminar aquellos perjuicios que la apreciación de una realidad, con el empleo de la zona crítica, aconsejen ser excluidos, por no ser normalmente imputables, so pena de sancionar con exceso o desproporcionadamente la conducta dolosa...”

La razón para rechazar esta indemnización no es que es que estos perjuicios no hayan sido ocasionados por el incumplimiento, pues resulta claro que los gastos reclamados tienen su causa precisa en la compra anulada. El tribunal decidió rechazarlo porque consideró que se trataba de **gastos evitables**, que es precisamente uno de los criterios limitativos insertos en la expresión *consecuencia necesaria*. A este efecto indica el fallo:

“...ya en la fecha de 4 diciembre 1974 (carta de la demandada advirtiendo de no ser dueña) las compradoras, conociendo la situación anómala dominical dicha, pudieron haber evitado el gasto hecho por pago de salarios e indemnizaciones por despido de personal, con sólo no haber mantenido la plantilla desde aquella fecha, puesto que no solicita el cierre de la industria hasta junio 1975, no puede ser estimado”.

⁸⁷² RJ 1981\4001

En conclusión, **el Tribunal rechaza la indemnización por parte del incumplidor doloso, no por tratarse de un daño que tiene otras causas, sino por ser evitable, es decir, por no ser un perjuicio necesario.** Formalmente se acoge la distinción establecidas en los párrafos primero y segundo del artículo 1107, pero en el fondo se unifica la responsabilidad del deudor doloso y de buena fe bajo la idea de exigirse para ambos que el daño a indemnizar sea consecuencia necesaria del incumplimiento, manteniéndose como única diferencia el requisito de la previsibilidad.

En fallos más recientes, el Tribunal Supremo ni siquiera se ha preocupado de mantener formalmente la diferencia de ambos apartados del artículo 1107. En esta última línea se enmarca el conocido fallo de 24 de noviembre de 1997,⁸⁷³ donde se condenó por incumplimiento doloso a Televisión Española (TVE). No obstante ello, se rechazaron algunas de las partidas indemnizatorias solicitadas, argumentando que aunque algunos de los perjuicios pudieran estimarse que *“conocidamente se deriven del incumplimiento...no puede considerarse como consecuencia necesaria de la conducta de la demandada”*. En otras palabras, exige expresamente el criterio *consecuencia necesaria* para condenar no sólo al deudor de buena fe, sino también al doloso⁸⁷⁴.

En resumen, la diferencia en la extensión indemnizatoria entre el deudor de buena fe y el doloso es que al primero beneficia la previsibilidad y

⁸⁷³ RAJ 8396).

⁸⁷⁴ En sentencia de 10 de junio de 2003, CONSIDERANDO CUARTO, dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza se indica que El artículo 1107 *“...determina los daños y perjuicios de los que debe responder el deudor distinguiendo según tenga buena o mala fe, pues si el deudor esta de mala fe, no sólo responderá de 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 sino también, “de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación”*. Continúa el fallo: *“La extensión de estos daños, según la doctrina científica y la jurisprudencia, es equivalente al tipo de daños de los que se responde por culpa aquiliana, esto es, se responde de todos lo daños derivados de forma causal y directa del incumplimiento: principio de resarcimiento integral del daño”* (lo ennegrecido es nuestro). En otras palabras, asimila la extensión de la responsabilidad del deudor doloso en materia contractual a la responsabilidad aquiliana y se indica que el límite de esta responsabilidad es el daño directo.(JUR 2003 \ 172819)

las consecuencias necesarias del incumplimiento, mientras que al segundo solamente se le aplica el último de los criterios nombrados.

Se trata, sin duda, de la gran diferencia entre ambos tipos de deudores en materia del *quantum* resarcitorio; pero no es la única. El ***incumplidor doloso, como veremos enseguida, no es beneficiado con la moderación de la responsabilidad***, establecida en el artículo 1103 del Código civil. ***Además, las cláusulas limitativas y exoneratorias de la responsabilidad tampoco lo favorecen***. El artículo 1102 indica claramente la imposibilidad de liberarlo de responsabilidad; y la doctrina lo ha hecho extensivo a los acuerdos contractuales que simplemente limitan la extensión del resarcimiento⁸⁷⁵; circunstancia en la que también está de acuerdo la jurisprudencia⁸⁷⁶.

⁸⁷⁵ Por todos, JORDANO, *La responsabilidad contractual*, cit. p. 361, y CARRASCO, *Comentario al artículo 1.107*, cit., p. 751.

⁸⁷⁶ Sentencias del Tribunal supremo de fechas 8 de julio de 1904, 16 de julio de 1982, 23 de octubre de 1984 y sentencia ya citada en este trabajo de fecha Sentencia de 26 de Octubre de 1981.

CAPITULO V:

LA MODERACIÓN DEL QUANTUM.-

El artículo 1107 del código civil español es una norma singular, con características propias, que le permiten diferenciarse claramente de la regulación clásica establecida en los demás códigos seguidores del sistema latino de extensión del daño. Sin embargo, nadie duda que en sustancia sigue las directrices impuestas por los artículos 1150 y 1151 *Code*, que dieron origen a esta original regulación del *quantum* resarcitorio. Pero donde sí se separa definitivamente de texto francés es en el artículo 1103, al establecer: *La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los tribunales según los casos.* Se aparta así del *Code*, que no contempla una norma semejante; pero, quizás, esto hace que el texto español sea más fiel a los antecedentes que sirvieron de inspiración al sistema latino.

Al decir de DÍAZ⁸⁷⁷, el artículo 1103 ha pasado casi desapercibido por la doctrina —o más bien casi olvidado—, y ello puede tener diversos motivos, entre ellos su aparente sencillez y la cercanía con otras disposiciones (artículos 1101, 1104, 1107) a las que tradicionalmente se les atribuye numerosos y complejos problemas, que han impedido dedicar atención a esta norma. Ninguno de estas razones es justificación de la desatención por parte de la doctrina, en especial porque si bien su sintaxis es sencilla, no lo es su sentido y alcance. En todo caso, en el último tiempo han existido dos estudios monográficos dedicados a la facultad moderadora. Uno

⁸⁷⁷ DÍAZ ALABART, SILVIA: “Comentario al artículo 1.103”, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XV, Madrid, 1989, pp. 475 y ss.

es el de la autora ya nombrada⁸⁷⁸ y el otro —el más reciente—, corresponde a la profesora GUILARTE⁸⁷⁹.

Pese al innegable aporte de los trabajos ya indicados y a la preocupación que un sector de la doctrina ha manifestado por la disposición, es indudable que aún permanece una serie de dudas e interrogantes que determinan una aplicación incorrecta en la práctica. Como resultará evidente, no pretendemos dilucidar cada uno de los aspectos conflictivos de la norma; pero si demostrar la forma en que este verdadero elemento de flexibilidad del sistema debe coordinarse con los demás criterios de la regulación *quantum*.

I.- ANTECEDENTES.

1.- ANTECEDENTES HISTORICOS.-

Se dice que la norma en estudio carece de antecedentes históricos inmediatos. En efecto, no existe ningún atisbo o esbozo de ella en los proyectos de 1836 y 1851, y únicamente en el anteproyecto de 1882-88 aparece el artículo 1120, del mismo tenor que el actual 1103. Esta circunstancia ha complicado a la doctrina, y un sector de la misma ha creído ver en ella, en conjunto con el artículo 1104, la consagración de la antigua gradación de la culpa, que habría pasado al Código civil en forma mucho más flexible⁸⁸⁰. En verdad, no es el artículo 1103 el que podría servir de fundamento para sostener la recepción de la clasificación tripartita de la culpa. Sin entrar a discutir el tema, basta tener presente que dicha gradación

⁸⁷⁸ En verdad, DÍAZ tiene dos trabajos sobre el tema: el ya citado y “La facultad moderadora del artículo 1103”, en *ADC*, 1988, pp. 1133 y ss.

⁸⁷⁹ Nos referimos a *La moderación de la culpa por los tribunales*, ya citado.

⁸⁸⁰ En este sentido, MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, cit., pp. 192 y ss.; MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil. Comentado y concordado extensamente*, cit., p. 522 y ss. Este último autor indica incluso como antecedente de la norma el artículo 1013 del proyecto de 1851 que señalaba: “*La responsabilidad procedente de negligencia tiene lugar en todos los contratos, cuando no se hubiere puesto la diligencia que se hubiere pactado, y en su defecto, la que es propia de un buen padre de familia*”. Sin duda puede estimarse el antecedente de la primera parte de la disposición; pero no de la facultad de moderación propiamente tal. Ver también DÍAZ, “*Comentario al artículo 1.103*”, p. 488.

sirve para determinar la responsabilidad del sujeto deudor, es decir, atañe al problema del *an respondeatur*, y no tiene por misión decidir si se morigera o no la carga indemnizatoria, como sí ocurre con el artículo 1103.

Debemos aclarar que el hecho que en los proyectos preliminares no hayan contemplado la norma, no significa de ninguna forma que ésta carezca de antecedentes históricos; muy por el contrario, la motivación de su consagración legislativa se encuentra presente en todo el desarrollo histórico. Una de las características del Derecho justiniano fue el principio de la ***debida o adecuada moderación*** que inspiró la regulación en materia resarcitoria, idea que se plasma en la famosa Constitución de JUSTINIANO, cuando señala: “*sabemos que es conforme a la naturaleza que se exijan solamente aquellas penas que se profieren con la competente moderación, o que por las leyes se establecen encerradas en ciertos límites*”. Se busca entonces determinar el justo resarcimiento, y para tal fin se tienen presente las circunstancias del caso concreto, entre ellas, el grado de culpa del deudor y la condición económica de las partes; circunstancias que también se ven corroboradas en otras pasajes del Digesto (19, 1, 43, parte final y 44).

La idea de reducir o moderar equitativamente las indemnizaciones es también una constante en los autores del *ius commune*. DUMOULIN, al explicar su séptimo motivo para justificar la limitación al doble y dar nacimiento a su teoría de la previsibilidad, indica que si un individuo causa un daño a otro por no poder cumplir sus obligaciones en forma oportuna, de todas maneras, no resultaría equitativo obligarlo a reparar la totalidad del perjuicio, que puede exceder con mucho el valor del objeto de la obligación. DOMAT da a la previsibilidad tres sentidos diferentes, y uno de ellos lo utiliza para referirse a la moderación de la responsabilidad a favor del deudor de buena fe. POTHIER, en fin, en los números 160, 164 y 165 de su obra, también se preocupa del tema: nos dice que se debe aportar cierta moderación a la estimación de los daños a que es obligado el deudor; moderación que, con diversos argumentos, rige tanto para los perjuicios extrínsecos como intrínsecos. De esta forma, y como ya lo mencionamos, da a la previsibilidad un segundo sentido como sinónimo de moderación de los perjuicios indemnizables.

Finalmente, resulta útil tener presente el suprimido artículo 47 del proyecto de la comisión napoleónica (*“Le juge doit toujours taxer les dommages et intérêts avec une certaine modération, lorsqu’il n’y a point de dol de la part du débiteur”*). Se podrá estar de acuerdo o no, pero no podría calificarse de antojadiza la conclusión de que la comparación entre ambas normas permite pensar que el legislador español tuvo presente el fallido texto francés al momento de redactar la parte final del artículo 1.103.

En suma, la idea de competente moderación está presente a lo largo de toda la evolución de las normas del *quantum* resarcitorio, y la facultad de no hacer excesivamente rigurosa la carga indemnizatoria es uno de los anhelos de la estructuración del sistema latino recogido por el Código civil español. Pero tampoco se trata de moderar por moderar, y siempre se ha entendido que el ejercicio de esta facultad para ser justa debe atender a las circunstancias del caso concreto.

2.- EL DERECHO COMPARADO.-

La idea de la moderación no sólo encuentra su origen en la larga evolución de los criterios delimitadores del daño que se inicia en el Derecho romano, sino que es posible también encontrarla consagrada legalmente en diversos textos. Sin duda que el referente por excelencia en lo constituye el Código de las obligaciones suizo, que consagra esta facultad de moderación en sus artículos 43 apartado primero, 44 apartado segundo y, con relación específica a la responsabilidad contractual, en el artículo 99⁸⁸¹.

⁸⁸¹ **Artículo 43 :** *Le juge détermine le mode ainsi que l’étendue de la réparation, d’après les circonstances et la gravité de la faute.*

Artículo 44 : *Lorsque le préjudice n’a été causé ni intentionnellement ni par le effet d’une grave négligence ou imprudence, et que sa réparation exposerait le débiteur à la gêne, le juge peut équitablement réduire les dommages-intérêts.*

Artículo 99: *En general, le débiteur répond de toute faute.*

Cette responsabilité est plus o moins étendue selon la nature particulière de l’affaire: elle s’apprécie notamment avec moins de rigueur lorsque l’affaire n’est destinée à procurer un avantage au débiteur.

Les règles relatives à la responsabilité dérivant d’actes illicites s’appliquent par analogie aux effets de la faute contractuelle

Al texto suizo y la facultad de moderar ya nos hemos referido con mayor detalle en la introducción del presente trabajo. Ahora basta simplemente recordar algunas particularidades del mismo. Partamos por indicar que, a diferencia del artículo 1103 del Código civil español, **establece factores de moderación expresamente regulados en la ley**, como son la levedad de la culpa del responsable, la culpa del lesionado y la situación económica del responsable. De estos tres, como veremos, el último de los nombrados sin lugar a discusión constituye realmente un factor de moderación propiamente tal, que por supuesto resulta interesante para nuestro estudio, y recuerda al tantas veces citado pasaje del esclavo evicto (D19, 1, 43, parte final y 44).

Pero junto a los factores expresamente regulados, **contempla el artículo 43 del Código de las obligaciones un factor genérico de moderación, de redacción similar al texto español** (*d'après les circonstances* y *según los casos*, respectivamente). La doctrina y jurisprudencia suiza han ido mencionando algunos casos que ilustran la concreción de este criterio de moderación, entre ellos: la débil intensidad del nexo causal; haber experimentado el propio deudor un grave daño a consecuencia del hecho por el cual debe responder; existir una notable desproporción entre la culpa del infractor, de carácter más bien ligera, y la grave culpa del acreedor; ser responsable el incumplidor de una culpa ligera que ocasiona un grave perjuicio; La intervención del azar o la fatalidad en la producción del daño; y encontrarse la víctima en mejor situación económica que el deudor.

Por último, es útil recordar que en Suiza, a diferencia de España, es fundamentalmente en materia aquiliana donde encontramos la regulación de la facultad moderadora. Sin embargo, el artículo 99 del Código de las obligaciones toma la precaución de efectuar un expreso reenvío a las normas de responsabilidad por hecho ilícito. A pesar de ello, se ha producido en la

doctrina alguna discusión sobre la aplicación del *ius moderandi* en materia de contratos⁸⁸².

Sin ninguna duda, la influencia del *ius moderandi* establecido en el Código de las obligaciones suizo se ha hecho notar, y no son pocos los textos que inspirándose en mayor o menor medida en la norma helvética, han acogido la facultada moderadora de la extensión del resarcimiento. Así, podemos recordar el Código de las Obligaciones de Turquía de 1926 (verdadera transcripción o copia del texto suizo), el artículo 494 del Código Civil Portugués, el artículo 1973 del nuevo Código civil peruano, el artículo 109 del nuevo Código civil neerlandés, el ya derogado párrafo 340 del *Zivilgesetzbuch*, el artículo 89, 1º del Código de civil de Cuba de 1987, y en fin, los códigos civiles de aquellas naciones europeas que formaron parte del antiguo bloque socialista, como Polonia, Checoslovaquia y Hungría. A todo lo anterior, debe agregarse el constante reclamo de la doctrina alemana por incluir una normativa semejante a la suiza en materia de moderación de los perjuicios.

No constituye, entonces, ninguna excentricidad el artículo 1103 del Código civil español, pues son muchos los países con diferentes regímenes políticos, económicos y de cuantificación del perjuicio que contemplan en sus respectivas normativas la facultad judicial para moderar la responsabilidad. En definitiva, queda así demostrado que la inconveniencia que en su tiempo divisó BIGOT para acoger tal facultad judicial, no ha sido unánimemente aceptada ni por la doctrina ni por la legislación.

⁸⁸² Decimos que es en materia aquiliana donde se regula en forma fundamental, pero no exclusiva, la moderación judicial, porque en la expresión del artículo 99, *Cette responsabilité... s'apprécie notamment avec moins de rigueur lorsque l'affaire n'est destinée à procurer un avantage au débiteur*, algunos autores ven un específico factor de moderación (fijar por el servicio una remuneración inferior a la normal). Sin embargo, a nuestro entender, esta norma parece estar más bien dirigida a determinar la culpa prestable en el caso concreto, es decir, a regular el *an respondeatur*, antes que decidir sobre la moderación de la obligación resarcitoria.

II.- LA MODERACION EN EL DERECHO ESPAÑOL.-

1.- EL ORIGEN DE LA NORMA

Ante la falta de un antecedente histórico preciso en los proyectos que precedieron al código civil, la doctrina ha dado distintas respuestas para justificar el origen del artículo 1103.

En opinión de DÍAZ, el artículo en comento es el resultado o producto de dos influencias: por un lado, la de los códigos civiles francés e italiano, en lo que se refiere al trato especial en el mandato y en la gestión de negocios ajenos; la otra influencia procedería de los artículos 512 del Código civil argentino y artículo 717 inciso 3 del Código civil portugués, en cuanto a tener en consideración las circunstancias de tiempo, lugar y naturaleza de la obligación (que se contiene en el artículo 1.104)⁸⁸³.

Para llegar a esta conclusión, la autora parte exponiendo tres teorías diferentes que se han dado para explicar el origen de la norma, y posteriormente procede a descartar dos de ellas. Las descartadas son la tesis de PANTALEON —a la que nos referiremos en breve—, y la que sostiene que el artículo 1103 sería una transcripción defectuosa de los artículos 1137 del *Code* y 1224 del *Codici*. Esta última teoría señala que las normas francesa e italiana recién indicadas, al permitir aplicar un mayor o menor rigor, hacen referencia a unos casos concretos previstos en los mismos cuerpos legales, que son básicamente la gestión de negocios ajenos y el mandato. En el Código civil español, por inadvertencia, la expresión *según los casos* terminó sin indicar que estos “casos” son únicamente los ya expresados. DÍAZ rechaza esta última argumentación y señala que aunque efectivamente se

⁸⁸³ Artículo 717 apartado 3º del Código civil portugués: "*La calificación de la culpa o negligencia depende del prudente arbitrio del juzgador, conforme a las circunstancias de hecho, del contrato y de las personas*".

Artículo 512 del Código civil argentino: "*La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que*

tratara de una deficiente transcripción de una disposición existente en los códigos civiles francés e italiano, es algo que no puede probarse, y al tener el artículo 1103 una redacción distinta, debe interpretarse y aplicarse en forma diferente para evitar absurdos. Además, se trataría de una referencia innecesaria a lo ya expresado en los artículos 1726 y 1889 del Código civil⁸⁸⁴.

GUILARTE sostiene que el origen de la facultad de moderación debe fundarse en el hecho que el artículo 1103 del Código civil, al igual que artículos 1137 y 1224 del los Códigos francés e italiano rechazan la doctrina de la gradación de la culpa y el criterio de las *utilitas contrahentium*. Esto determina que en los párrafos segundo de los artículos 1137 y 1224 y en la parte final del artículo 1103, se introduzcan una serie de excepciones que permitan al juez exigir al deudor una diligencia más o menos rigurosa; pero, a diferencia del *Code* y del *Codici*, la norma española no circunscribe la facultad de moderar a unos determinados casos, sino que deja al arbitrio judicial aplicar esta facultad cuando se revele conveniente⁸⁸⁵.

Como se puede apreciar, la tesis de GUILARTE coincide con la mencionada y rechazada por DÍAZ, referente a que estaríamos ante una transcripción inexacta o defectuosa del articulado francés e italiano. Sin embargo, para escapar a la crítica de esta última autora, se señala que el 1103 no está limitado a casos concretos, sino que tiene un alcance general. No obstante ello, creemos que se trata de una tesis equivocada, y la razón es que tiende a confundir los problemas del *an* con el *quantum*. La gradación de la culpa y las disposiciones de los artículos 1137 y 1224, ya aludidas, están más bien destinadas a precisar la diligencia exigible al deudor para hacerlo o no responsable, o si se prefiere, determinar si ha incurrido en culpa que determina su responsabilidad. La norma sobre moderación de responsabilidad, por el contrario, presupone ya resuelto en forma afirmativamente la responsabilidad, y aquí el mayor o menor rigor es sólo para decidir si se reducirá o no la obligación resarcitoria.

correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y lugar".

⁸⁸⁴ "Comentario al artículo 1.103", pp. 484 y ss.

⁸⁸⁵ *La moderación de la culpa por los tribunales*, cit., p. 92

Finalmente, PANTALEÓN es de la opinión que el artículo 1.103 del código civil viene a solucionar, por una vía intermedia, la polémica surgida en Francia respecto a si la previsibilidad del artículo 1150 del *Code* se refería únicamente a la “causa” de los daños o también a su cuantía. El código civil español habría optado por una solución intermedia, ya preconizada por POTHIER, esto es, exigir al momento de la celebración del contrato únicamente la previsibilidad de las “causas” de daño, o mejor dicho, de los tipos o clases de eventos dañosos. De esta forma, el perjuicio de una clase que, al tiempo de contratar, figura como previsible consecuencia del incumplimiento sería indemnizable, aunque su cuantía sobrepase con mucho la suma que razonablemente pudieron prever las partes. En este último caso, el tribunal podrá moderar el *quantum respondeatur* al amparo del artículo 1103⁸⁸⁶. Agrega enfáticamente que sólo podrá aplicarse la facultad de moderación en esos casos (monto de los perjuicios imprevisibles) y cualquier otra utilización excedería *la ratio* del precepto. “*Dar a dicha facultad mayores vuelos —nos dice PANTALEÓN—, supondría bien permitir una injustificada “equidad” contra los intereses del acreedor (cuya causa no tiene porqué ser mirada con disfavor: esta es la razón por la que dicha facultad de moderación no prosperó en el code de Napoleón), bien —caso de verse aquí la posibilidad de adecuar la indemnización al grado de culpa— la introducción de funciones punitivas que son esencialmente extrañas a la responsabilidad civil (esta es la razón por la que la posibilidad de moderación judicial se excluyó del BGB...*”⁸⁸⁷.

Hemos ya expresado nuestra opinión, en el sentido de que la facultad de moderación por la imprevisibilidad de la cuantía estaría contenida en realidad en la expresión *se hayan podido prever* del artículo 1107 (*on a pu prévoir* del artículo 1150 del *Code*), y para el caso de rechazarse tal línea interpretativa, en el Derecho español no tendría mayor trascendencia, pues de todas maneras podría moderarse la cuantía del perjuicio acudiendo al artículo 1103, como bien señala PANTALEÓN. Sin embargo, a diferencia de

⁸⁸⁶ “El sistema de responsabilidad contractual”, cit., pp. 1037 y 1.038. Ver también del mismo autor, *Del concepto de daño*, cit., p. 563, nota 70 al capítulo primero, tercera parte, pp. 796 y ss.

este autor, creemos que la norma no tiene expresamente limitado su campo de aplicación, y por lo tanto existirán otras situaciones o “casos”, en los que es perfectamente factible utilizar la moderación judicial; la que en ningún caso, eso sí, puede ser discrecional o arbitraria, como se ha señalado por un sector doctrinal y jurisprudencial.

2.- FUNCION DE LA FACULTAD MODERADORA.

Se trata de resolver si la facultad moderadora es una cuestión del *an* o del *quantum respondeatur*. En el primer supuesto, el artículo 1103 sería una suerte de complemento del 1104 y estaría dirigido a flexibilizar el criterio de imputación de la responsabilidad, caso en el cual podrá exigirse una mayor o menor diligencia para determinar si el deudor ha incurrido o no en culpa, y, por lo mismo, si es o no responsable. Si por el contrario resuelve una cuestión del *quantum*, permitiría reducir la indemnización una vez establecida la responsabilidad del sujeto deudor y determinada la extensión de su obligación resarcitoria.

La doctrina se encuentra dividida, pues autores como OSSORIO⁸⁸⁸ y MORALES⁸⁸⁹, tienden a considerarlo una cuestión del *an*, y otros como CARRASCO⁸⁹⁰, estiman que en la práctica no sólo afecta al *quantum*, sino también al *an*. Sin embargo, **la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia adhieren a la opinión de que facultad de moderación responde a una cuestión del *quantum* y no del *an***. Así lo entienden, entre otros, MANRESA⁸⁹¹, JORDANO⁸⁹², DELGADO⁸⁹³, BADOSA⁸⁹⁴, PANTALEON⁸⁹⁵,

⁸⁸⁷ *Del concepto de daño*, cit., nota 70 al capítulo primero, tercera parte, pp. 796 y ss.

⁸⁸⁸ *Lecciones de Derecho civil, obligaciones y contratos*, revisada por J.M.Ossorio, Comares, Granda, 1996, p. 141.

⁸⁸⁹ “El dolo como criterio de imputación de responsabilidad del vendedor por defectos de la cosa”, cit., p. 609.

⁸⁹⁰ *Comentario al artículo 1.104*, cit., pp. 616 y 617.

⁸⁹¹ *Comentarios al Código civil español*, cit., p. 194.

⁸⁹² “La moderación por los tribunales a que se refiere el artículo 1103 al hablar de responsabilidad por negligencia, se refiere a la cuantía de la responsabilidad y no a su determinación en virtud de un criterio de diligencia menos rigurosa, pues lo que se produce es una “moderación” en la aplicación del criterio establecido en forma general por el Código y no la aplicación de un criterio distinto”, ver *La responsabilidad contractual*, cit. pp. 132 y 133.

⁸⁹³ *Derecho de obligaciones*, cit., p. 178.

DÍAZ⁸⁹⁶ y GUILARTE. Señala esta última autora: “En conclusión, puede afirmarse que la función del artículo 1.103 del Código civil es restringir la cuantía a la que asciende la indemnización por razón de los daños y perjuicios seguidos del incumplimiento; una vez calificada de negligente la conducta del deudor, se determinan los daños indemnizables en función del criterio de la previsibilidad establecido en el párrafo primero del artículo 1107 del Código civil; y si una vez determinados estos, la autoridad judicial, en atención a las circunstancias del caso concreto, considera conveniente la reducción de la indemnización, ejercerá la facultad de moderar que le atribuye el artículo 1103 del Código civil”⁸⁹⁷.

3.- NATURALEZA Y PRESUPUESTOS.

La mayoría de la doctrina española se encuentra conteste en estimar que **la facultad de moderación es una manifestación de la equidad** y, por lo mismo, el artículo 1.103 respondería al principio general recogido en el artículo 3. 2 del Código civil; idea en la que también coincide la jurisprudencia⁸⁹⁸. Así, las sentencias del Tribunal Supremo de fecha **20 de junio de 1989** y **20 de abril de 1993** establecen: “la referida facultad moderadora que establece el artículo 1103 del CC, es uno de los casos en que, de acuerdo con lo previsto en el art. 3.2 del propio CC, se basa y fundamenta en la aplicación de la equidad”⁸⁹⁹. Por lo demás, la idea que estamos ante una exigencia de la equidad es una circunstancia que incluso

⁸⁹⁴ La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil, cit., p. 74 y 75.

⁸⁹⁵ “El sistema de responsabilidad contractual”, cit., pp. 1037 y 1.038.

⁸⁹⁶ “Comentario al artículo 1.103”, p. 493.

⁸⁹⁷ La moderación de la culpa por los tribunales, cit., p. 98.

⁸⁹⁸ Por todos, DÍAZ, “Comentario al artículo 1.103”, pp. 537 a 539 y GUILARTE, La moderación de la culpa por los tribunales, cit., pp. 98 a 100.

⁸⁹⁹ Sin embargo, en otra ocasión el mismo TS, ante la petición de moderación de la indemnización, invocando para tal efectos los artículos 3.2 y 103 del CC, ha señalado: “La equidad en sentido estricto no es fuente de derecho, antes bien como está configurada en el CC es una simple regla de interpretación y, en su caso, de aplicación de las leyes; y sólo tiene virtualidad y eficiencia ante la existencia de vacío legal, que aquí no acontece”. Sentencias citadas por LLAMAS, Jurisprudencia civil comentada. Código civil, dirección PASQUAU LIAÑO, MIGUEL, t. II, Granada, 2000, p. 1833.

BIGOT reconoce⁹⁰⁰, y acudir a tal fundamento es una constante que vemos a lo largo de toda la formación de las normas que regulan el *quantum* resarcitorio.

Pero para que realmente sea equitativa dicha moderación deben darse dos condiciones o presupuestos copulativos: la ausencia de dolo por parte del responsable y la existencia de criterios o factores de moderación que justifiquen la reducción del resarcimiento. Del último requisito nos preocuparemos en el apartado siguiente, por lo que interesa ahora destinar algunas palabras a la ausencia de dolo.

Tradicionalmente, la doctrina ha señalado que la ley limita la moderación expresamente a los casos de culpa, excluyéndose de esta reducción las conductas dolosas y, por extensión, los casos de culpa grave⁹⁰¹. Esta es la posición mayoritaria sin duda, pero como en casi todas las materias no existe unanimidad, pues se ha sostenido por alguna sentencia que el artículo 1.103 no hace distinción alguna y comprende a toda clase de culpa, pero no al dolo⁹⁰². Incluso COSSÍO aboga por hacer extensiva la facultad de moderación a supuestos aparentemente dolosos o que se encuentran en la línea fronteriza. Reconoce que a primera vista el Código civil lo limita a los casos de culpa; pero argumenta a favor de su posición diciendo que en el hecho no siempre es fácil establecer la frontera entre el dolo y la culpa, y será factible negar la calificación de dolo a un acto que cause perjuicios desproporcionados a la gravedad de la infracción⁹⁰³.

Teniendo claro que la moderación es propia de la responsabilidad por culpa, es necesario preguntarse ***¿a qué clase de culpa o negligencia se refiere el artículo 1103 parte primera?*** Para intentar dar respuesta a lo anterior es necesario coordinar la disposición con lo dispuesto en los artículos

⁹⁰⁰ salvo que en su concepto, al haber sufrido los perjuicios al acreedor resultaría contrario a la misma el moderar la indemnización.

⁹⁰¹ GUILARTE *La moderación de la culpa por los tribunales*, cit., p. 169 y DÍAZ, “Comentario al artículo 1.103”, pp 493 a 497. Jurisprudencia a favor de la exclusión de la facultad moderadora en caso de dolo y la culpa grave puede verse en los fallos citados en los trabajos de las autoras recién indicadas y además en LLAMAS, *Jurisprudencia civil comentada. Código civil*, p. 1834.

⁹⁰² Sentencia de 20 de Diciembre de 1993, citada por GUILARTE, *La moderación de la culpa por los tribunales*, cit., pp. 98 a 100

⁹⁰³ “La causalidad en la responsabilidad civil”, en *ADC*, t. XIX, 1966, p. 539.

1101, 1104 y también 1105. Además, y sin deseo de entrar en mayores disquisiciones teóricas, se debe tener presente a distinción que se acostumbra a realizar entre la culpa como factor de imputación de responsabilidad o, si se prefiere, en palabras de BADOSA, la infracción a la diligencia material *promotora* del cumplimiento de una obligación, y la culpa como infracción al deber de diligencia que íntegra materialmente una actividad (*diligencia integradora*), propia de las llamadas obligaciones de hacer⁹⁰⁴.

Si bien existen discrepancia sobre la clase de culpa contenida en el artículo 1101⁹⁰⁵, **parece existir consenso en que el artículo 1103 primera parte alude a la negligencia como criterio de imputación**⁹⁰⁶ (al igual que el artículo 1104)⁹⁰⁷.

Establecido lo anterior, podemos formular la siguiente interrogante: ***¿Cuál de las dos culpas es la que podrá utilizarse como factor para moderar la responsabilidad?*** A la luz de lo expresado anteriormente, la respuesta pareciera ser que es aquella que funciona como criterio de imputación cuando a pesar de ser carácter leve no permite eximir de responsabilidad al deudor. Sin embargo, creemos que esa no es la respuesta correcta, porque esta negligencia no funciona aquí como factor de moderación, sino como un presupuesto básico y anterior, que permite excluir la reducción de la obligación resarcitoria cuando el incumplimiento de debe a dolo o culpa grave.

JORDANO, en concordancia con su idea sobre la unidad de la noción de diligencia, independiente de la función que desempeñen (como

⁹⁰⁴ BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, cit., pp. 167 y ss., 230 y ss. y 496 y ss., y JORDANO, *La responsabilidad contractual*, cit., pp. 100 y ss. y 172 y ss.

⁹⁰⁵ Para JORDANO (*La responsabilidad contractual*, cit., pp. 101 y ss.), se refiere a la materialidad del cumplimiento de las obligaciones de diligencia, mientras que para BADOSA (*La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, cit., pp. 247 y ss.), CARRASCO (*Comentario al artículo 1.101*, cit., pp. 379 y ss.) y la generalidad de la doctrina, hace más bien referencia a la culpa como criterio de imputación. Ver también LLAMAS, *Jurisprudencia civil comentada. Código civil*, p. 1822, y DELGADO y otros, *Derecho de obligaciones*, cit., p. 175.

⁹⁰⁶ Evidentemente, para los que estiman que la responsabilidad contractual es más bien de naturaleza objetiva, este artículo hace referencia a la culpa como elemento del hecho exoneratorio complejo imposibilidad del prestación no imputable al deudor, ver JORDANO, *La responsabilidad contractual*, cit. 100 y ss.

⁹⁰⁷ JORDANO, *La responsabilidad contractual*, cit., pp. 89, 230 y 263, y BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, cit., p. 246.

materialidad del cumplimiento y criterio de imputación), estima que la moderación del artículo 1103 afecta por igual a ambas⁹⁰⁸. Pero también es posible sostener que ***la única diligencia factor de moderación de la responsabilidad es aquella que funciona como materialidad del cumplimiento***. Por lo tanto, la culpa como criterio de imputación permite determinar la existencia o no de responsabilidad y ser un presupuesto necesario para reducir la indemnización; pero no puede utilizarse como factor de moderación propiamente tal.

Como argumento a favor de la tesis anterior, podemos mencionar el hecho que en la mayoría de las obligaciones se exige la llamada diligencia leve o media, propia del buen padre de familia, según artículo 1104 del Código civil, por lo que en caso de haber actuado con culpa levísima nada habrá que moderar, pues el hecho que imposibilitó el cumplimiento no le es imputable al deudor, ya que prestó la diligencia media que le era exigible, y, por lo mismo, no es responsable del incumplimiento (siempre que la prestación ya no sea posible). En el caso que haya faltado a la diligencia media, no puede estimarse la negligencia leve como un criterio de moderación, porque todos los deudores responsables del incumplimiento a los que no pueda imputarse culpa grave cumplirían con este “factor” y no habría ninguna forma de discriminar entre unos y otros para decidir a quienes reducir su responsabilidad y a quienes no, a menos que se exigiera otro criterio de moderación, circunstancia que estaría demostrando, precisamente, que esta negligencia no es uno de ellos. Y si afirmamos que es justificado reducir la extensión indemnizatoria de todos estos deudores, entonces habremos cambiado la regla del 1103, para establecer que la moderación de la indemnización procederá siempre, salvo dolo o culpa grave, y aquí sí que BIGOT tendría toda la razón en su crítica formulada al fallido artículo 47 del proyecto del *Code*.

Una opinión similar a la expuesta parece tener BADOSA, cuando expresa que la moderabilidad judicial del artículo 1103 presupone la culpa prestable, según el artículo 1104. Agrega que en el artículo 1103 parte final no se trata de discutir los tipos y grados de la diligencia exigible, cuestión ya

⁹⁰⁸ *La responsabilidad contractual*, cit., pp. 233 y ss.

resuelta por el artículo 1104, sino que contempla algo distinto de la diligencia-conducta o actividad⁹⁰⁹.

En resumen, ***la negligencia a que se refiere el artículo 1103 es aquella que desempeña la función de criterio de imputación; y la negligencia que podrá utilizarse como factor de moderación propiamente tal, cuando sea de escasa entidad, es la que integra la materialidad del cumplimiento en las obligaciones de medios.***

4.- LOS CRITERIOS O FACTORES DE MODERACION.

Sin duda es el aspecto más delicado de la moderación y respecto del cual tanto la doctrina como la jurisprudencia han tenido más bien una actitud errática. Partamos por indicar que la respuesta que se dé a la interrogante acerca de si es necesario que concurra o no un específico factor de moderación, va a depender, en parte, si esta facultad es tan discrecional, como tradicionalmente se ha estimado o, en realidad, nos encontramos ante una potestad revisable en casación, donde es posible examinar si han concurrido criterios específicos que ameriten o no la reducción indemnizatoria.

Atendiendo a que el acreedor o víctima del daño va a ver reducida su indemnización, a que tendría derecho por el perjuicio efectivamente experimentado, lo prudente es que tal moderación no se base simplemente en la equidad, sino que se exija una causa o motivo concreto que fundamente la reducción en cada caso⁹¹⁰. En consecuencia, debe existir y acreditarse un efectivo criterio de moderación, que a su vez debe ser coherente con la idea de equidad. La exigencia de este factor es precisamente la idea que subyace en la expresión “*según los casos*” del artículo 1103, similar a “*d’après les*

⁹⁰⁹ *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, cit., p. 74.

⁹¹⁰ Criterios de extensión del daño como la previsibilidad también se fundaron originalmente en la equidad; pero obviamente requieren de parámetros que permitiera discriminar cuando un daño es indemnizable y cuando no. En definitiva, la equidad por sí sola no es razón suficiente de moderación. Así parece haberlo entendido también la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de octubre de 1992 (R.

circumstance”, utilizada en el artículo 43 del Código suizo de las obligaciones, y que la doctrina y jurisprudencia helvética han reconocido como un genérico criterio de moderación, dándose la tarea de indicar los casos específicos que permiten su concreción. Este también parece ser el principio orientador del fallo del Tribunal Supremo de fecha 30 de junio de 1981, cuando señala que la facultad moderadora “*no es arbitraria ni discrecional en absoluto, sino limitada a los usos, la buena fe, las leyes de orden público, la naturaleza de la culpa y la desigualdad económica de los contratantes*”⁹¹¹.

Corresponde, entonces, ver cuáles son estos criterios específicos de moderación que pueden comprenderse bajo la expresión “*según los casos*” del artículo 1103, haciendo presente que se trata de una norma flexible y, por lo mismo, abierta a recepcionar nuevos factores de reducción de la indemnización que el interprete estime que se ajustan a la idea de una equitativa moderación de acuerdo al ordenamiento jurídico en su conjunto.

A.- LA CONCURRENCIA DE CULPAS.-

En innumerables ocasiones, la Jurisprudencia ha considerado los casos de concurrencia de culpa como criterio de moderación. En este sentido, señala la sentencia de **siete de junio de 1991**: “*la actuación concomitante, que no elimina la obligación de indemnizar, impone una equitativa moderación y repartimiento en el “quantum” a resarcir, atendida la entidad respectivas de las culpas concurrentes*”⁹¹².

Esta actitud jurisprudencial ha sido criticada con justa razón por un importante sector de la doctrina, para quienes la reducción del *quantum* por

7539).

⁹¹¹ R. 2622. Idea similar aparece expresada en la sentencia de 3 de abril de 1940. Ver LLAMAS, *Jurisprudencia civil comentada. Código civil*, p. 1834.

⁹¹² Incluso ha llegado a señalar que en responsabilidad extracontractual, la facultad de moderación sólo puede aplicarse cuando exista precisamente concurrencia de culpas. Así sentencias de fecha 20 de Septiembre de 1992, 30 de Diciembre de 1994 y 29 de Febrero de 1997, entre otras. Para mayor detalle sobre las diferentes sentencia que han acudido al expediente del artículo 1103 como justificación de la concurrencia de culpas, puede consultarse DÍAZ, “*Comentario al artículo 1.103*”, cit., pp. 512 y ss., donde se distingue entre casos de responsabilidad contractual, extracontractual y casos en que junto a la culpa concurre una causa externa. Ver también LLAMAS, *Jurisprudencia civil comentada. Código civil*, pp. 1836 y ss.

conurrencia de culpas, sobre la base del artículo 1.103 es incorrecta. El argumento para tal rechazo es simple y claro, como lo dejan de manifiesto, entre muchos otros, ALBALADEJO y DÍAZ, al expresar: "*no existe moderación de una responsabilidad, sino la adjudicación a cada uno de los sujetos intervinientes en el hecho dañoso de la porción de responsabilidad que le corresponda. Y creemos que sería sobre la correspondiente parte de responsabilidad, sobre la que habría que aplicar el artículo 1103 del Código civil*"⁹¹³.

DE ANGEL participa también de la posición anterior. Después de reconocer que el Tribunal Supremo ha admitido al amparo del artículo 1103 la llamada "compensación de culpas", señala: "*En nuestra opinión, el criterio técnico que fundamenta la reducción de responsabilidad en el caso que nos ocupa no es el dimanante del repetido artículo 1103, sino la sola contemplación de la doctrina de la causalidad, que, al igual que obliga a emitir un veredicto de irresponsabilidad cuando falta del todo el nexo causal entre acto y daño, debe conducir a una proporcionada imposición de responsabilidad cuando el acto culposo se halla causalmente vinculado con un daño, pero no con el que luego sobreviene por acaecimiento extraño al agente y en modo alguno imputable a él*"⁹¹⁴.

Lamentablemente, el legislador también ha sido víctima de esta confusión entre moderación y concurrencia de culpas. Ejemplo de ello es el artículo 114 del nuevo Código penal, que dispone: "*si la víctima hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido, los jueces y Tribunales, podrán moderar el importe de su reparación o indemnización*". Esta disposición es duramente criticada por YZQUIERDO, quien indica:

"La conducta del perjudicado obliga a tenerla en cuenta para compensar, lo mismo que se tiene en cuenta cualquier interferencia en el proceso causal para condenar al agente a que pague sólo por el daño causado por él. El precepto, en cambio, presenta la cuestión como una

⁹¹³ En prólogo a la obra de GUILARTE, *La moderación de la culpa por los tribunales*, cit., p. 14.

⁹¹⁴ *Lecciones sobre responsabilidad civil*, cit., pp. 100 y 101. Ver también DÍAZ, "Comentario al artículo 1.103", cit., pp. 514 y 515, e YZQUIERDO, *Sistema de responsabilidad*, cit. p.234.

equitativa moderación, por completo fuera de lugar cuando de cuestiones de causalidad e imputación objetiva se trata. Decir que en caso de culpa (causa) de la víctima los jueces pueden moderar la indemnización equivale a decir que también pueden no hacerlo. No hay moderación equitativa, sino compensación obligada. El ámbito de los artículos 114 C. pen. y 1113 C. civ. es completamente diferente, aunque quienes lo aplican a diario nos quieran convencer de otra cosa”⁹¹⁵.

Pero en los últimos tiempos la crítica de la doctrina ha dado frutos, y si bien no se ha dejado de estimar a la concurrencia de culpas como uno de factores que hace procedente la facultad judicial de moderación, han empezado a existir pronunciamientos jurisprudenciales que rectifican la opinión tradicional, al señalar que se reduce la responsabilidad más que por aplicación del 1103, porque concurren causas en el daño. Ejemplo de lo anterior es la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de mayo de 2004, que señala textualmente:

“En el presente caso, lo que sí se ha dado es una concurrencia de culpas, por el arquitecto y por la promotora y, ante la misma, se modera la responsabilidad que procedería, más que por el artículo 1103, porque concurren causas en el daño; pero en todo caso, sea por moderación, sea por concurrencia de causas, la minoración del quantum indemnizatorio es correcta”⁹¹⁶.

En definitiva, la inclusión de la concurrencia de culpas como uno de los criterios de minoración, demuestra la incorrecta utilización de que ha sido objeto el artículo 1103. Se acude a él como un “bolsillo de payaso” o “comodín”, que sirve para justificar situaciones que nada tienen que ver con la moderación propiamente tal. La concurrencia de culpa, y más exactamente de causas, no tiene por finalidad ninguna reducción en la obligación resarcitoria, sino establecer la parte de responsabilidad en el hecho dañoso —y por lo tanto en la indemnización— que corresponde a cada uno de los sujetos intervinientes en la producción del mismo. La moderación, por el contrario, actúa sólo una vez determinado el grado de participación causal que le corresponde a cada uno de los sujetos en los perjuicios ocasionados, y permite

⁹¹⁵Sistema de responsabilidad, cit. p.235.

⁹¹⁶ CONSIDERANDO CUARTO, RJ 2004/2760.

al tribunal, atendida determinadas circunstancias, reducir el *quantum resarcitorio* que es de cargo de un determinado infractor.

B.- MONTO DE LOS DAÑOS SUPERIOR A LA PREVISION DE LAS PARTES.-

Según vimos, PANTALEÓN es de la opinión que el artículo 1.103 del código civil soluciona por una vía intermedia la polémica surgida en Francia, relativa a la previsibilidad del artículo 1150 del *Code* se refería únicamente a la “causa” de los perjuicios o también a su cuantía. En España, se exigiría únicamente la previsibilidad de los tipos o clases de eventos dañosos y no del monto a que éstos podrían ascender. De esta forma, es indemnizable el perjuicio producido por un hecho previsible, sin importar que su cuantía sobrepase con mucho la suma que razonablemente pudieron prever las partes; pero en este último caso, el tribunal podrá moderar el *quantum respondeatur* al amparo del artículo 1103. Se preocupa también de recalcar que esta facultad de moderación sólo resulta aplicable en esos casos (monto de los perjuicios imprevisibles) y cualquier otra utilización excedería *la ratio* del precepto⁹¹⁷.

De estimarse que la previsibilidad del monto del perjuicio (por nosotros denominada segunda función de la previsibilidad) no se encuentra acogida en el artículo 1107 bajo la expresión “se hayan podido prever”, o por lo menos no respecto de todos los daños causados, es evidente que podrá reducirse equitativamente la obligación resarcitoria al amparo del artículo 1103. Sin embargo, estimamos, que dada la amplitud del texto, es posible darle un poco de “mayor vuelo” como dice PANTALEÓN y estimar que pueden también cobijarse en ella otros factores de moderación. Eso sí, aplicándose la facultad judicial —valga la redundancia—, con la debida prudencia o moderación, pues siempre se debe tener presente que la

⁹¹⁷ *El sistema*, cit., pp. 1037 y 1.038. Ver también del mismo autor, *Del concepto de daño*, cit., p. 563, nota 70 al capítulo primero, tercera parte, pp. 796 y ss.

generosidad hacia el deudor es en perjuicio de la víctima del daño, quien deberá soportar en su patrimonio toda reducción del *quantum*.

C.- LA CONDUCTA DEL DEUDOR.-

Señala GUILARTE que la conducta del deudor es relevante a la hora de moderar la responsabilidad, es decir, estaríamos ante un criterio que permite aminorar la indemnización. Fundamenta su afirmación en la ubicación del artículo 1.103, los antecedentes históricos del mismo y el paralelismo que presenta con los artículos 1726 y 1889 del Código civil⁹¹⁸. Ahora bien, de aceptar la conducta del deudor como factor de moderación⁹¹⁹, queda por resolver si este criterio atiende en concreto a la buena fe o sólo a la intensidad de la culpa.

Como sabemos, para BADOSA el artículo 1103 parte final no se refiere a los tipos y grados de la diligencia exigible, cuestión ya resuelta por el artículo 1104, y es otro el criterio que permite aminorar la responsabilidad. Luego, la facultad moderadora del artículo 1103 no puede apoyarse en la gradualidad de la diligencia, que lo único que aporta es la distinción entre culpa prestable y no prestable. Pero, en su opinión, tampoco se puede tener en cuenta la sobrevivencia de circunstancias imprevisibles que incrementen la valoración de los daños causados, porque la previsibilidad en la materia afecta tanto a la existencia de los daños como a su evaluación. En definitiva, estima que el factor de moderación judicial es *la valoración del elemento subjetivo de la buena fe, no en su aspecto negativo de exclusión del dolo, sino en su aspecto positivo como conteniendo una voluntad de cumplir este deber jurídico, manifestada en conductas materialmente inadecuadas a tal fin o adecuadas, pero insuficientes*. El examen de estas manifestaciones

⁹¹⁸ *La moderación de la culpa por los tribunales*, cit., p. 160.

⁹¹⁹ En todo caso, no se trata de una opinión unánimemente aceptada, pues autores como PANTALEÓN y SOLER rechazan todo criterio que no sea la imprevisibilidad del monto del daño. Ver PANTALEÓN, *Del concepto de daño*, cit., p. 563, nota 70 al capítulo primero, tercera parte, pp. 796 y ss., y SOLER, *La valoración del daño*, cit., p. 58

ilustrará al Juez sobre la mayor o menor disposición psicológica del deudor a cumplir y según ello podrá moderar la indemnización⁹²⁰.

GUILARTE manifiesta no compartir la opinión anterior. Estima que la buena fe sólo juega en la determinación del perjuicio indemnizable, y el criterio de la conducta del deudor dice más bien relación con la intensidad de la culpa. Reitera su posición acerca de que el artículo 1103 encuentra su explicación en la eliminación de la gradación de la culpa y del criterio de las *utilitas contrahentium* contenido en el artículo 1137 del *Code*; pero el legislador español, si bien siguió las directrices del francés, habría sido novedoso en la redacción de la norma, pues no la limitó a supuestos concretos, sino que deja al arbitrio judicial de decisión de moderar cuando se revela como conveniente. **Concluye que la gradación de la culpa no rige en la determinación de la responsabilidad, pero implícitamente se mantiene para los efectos de la moderación**⁹²¹. Esta posición parece contar con cierto apoyo jurisprudencial, como lo demostrarían, entre otras, las sentencias de fecha 17 de mayo de 1979, 29 de octubre de 1983, 20 de octubre de 1997⁹²², 30 de junio de 1981⁹²³, y de 6 de mayo de 2002, al hacer alusión a la entidad de la culpa como un elemento de moderación del artículo 1103⁹²⁴.

Como ya señalamos, estimamos que la diligencia que presenta interés en la parte final del artículo 1103 es la que integra la materialidad de la prestación, y no la que desempeña el papel de criterio de imputación (a la cual se hace referencia en la primera parte de la norma). En otras palabras, la diligencia que puede actuar como factor de moderación es aquella que si bien resulta insuficiente o inadecuada para dar por cumplida una obligación de medios, demuestra, sin embargo, la voluntad o intención del deudor por cumplir.

⁹²⁰ *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, cit., pp. 75 y 730 a 733.

⁹²¹ *La moderación de la culpa por los tribunales*, cit., pp. 165 y ss.

⁹²² Sentencias citadas por GUILARTE, *Ibid.*, pp. 177 y ss.

⁹²³ LLAMAS, *Jurisprudencia civil comentada. Código civil*, p. 1834

⁹²⁴ RJ 2002/3675. Hacemos presente en todo caso que algunas sentencias, como las de 17 de mayo de 1979, presuponen que si el daño fue leve también lo fue la culpa, confundiendo ambos conceptos. En este sentido, ver DÍAZ, “*Comentario al artículo 1.103*”, cit., p. 497.

En suma, estimamos más acertada la posición de BADOSA, en el sentido que lo apreciable como criterio para aminorar la responsabilidad serán los esfuerzos desplegados en el cumplimiento mismo de la obligación, aunque no se logre tal objetivo, sea porque no se alcanzó el grado de diligencia exigible, o porque las conductas llevadas cabo para tal fin eran inadecuadas. Incluso, podrán considerarse dichos esfuerzos en los casos en que la obligación asumida es de resultado y, por lo tanto, irrelevante la sola diligencia para darla por cumplida, cuando ella demuestre la predisposición del deudor para conseguir el resultado prometido y en definitiva no obtenido. En todos estos casos, la conducta del deudor será sin duda un factor que permita a los tribunales moderar la responsabilidad.

D.- GRATUIDAD O PRECIO NOTABLEMENTE INFERIOR A SU VALOR DE MERCADO.-

La gratuidad es un criterio que surge de la propia ley, como lo demuestra el artículo 1.726 del Código civil, que faculta al juez para aplicar con mayor o menor rigor la responsabilidad del mandatario, atendiendo al hecho de ser o no retribuido. Si bien es una norma que está referida específicamente al contrato de mandato, es posible generalizarla y hacerla extensiva a toda obligación gratuita⁹²⁵.

Pero creemos que no solamente la liberalidad puede ser un factor de moderación, sino también el hecho de haberse fijado un precio inferior al de mercado por la prestación incumplida. Esta ha sido la opinión en Suiza, donde, en general, se tiene entendido que una remuneración menor a la normal por el servicio contratado es una de las circunstancias que autorizan la reducción del *quantum resarcitorio*, y para un sector de la doctrina su fundamento se encuentra en la causal genérica de moderación establecida en el artículo 43 apartado primero del Código de las Obligaciones suizo⁹²⁶. En

⁹²⁵ DÍAZ, “Comentario al artículo 1.103”, cit., p. 575.

⁹²⁶ Aunque como ya expresamos, autores como JEANPRÊTRE, *La responsabilité*, cit., pp. 183 y 184, estiman que es un factor de moderación no por ser uno de los casos comprendidos en el artículo 43

España por su parte, el haberse pactado un precio inferior fue, al parecer, una de las circunstancias que el Tribunal Supremo tuvo en vista para aceptar la reducción de la responsabilidad en la sentencia de fecha **17 de mayo de 1979**⁹²⁷.

E.- LA SITUACION ECONOMICA DE LAS PARTES.-

La consideración de las circunstancias económicas de los contratantes como factor de moderación tiene claros antecedentes en el Derecho romano. Basta recordar, el tantas veces citado pasaje del esclavo evicto, donde una de las razones para limitar el resarcimiento, aparte de lo imprevisible que puede resultar su mayor valor debido a que se transformó en conductor de carreras o actor de teatro, es que el vendedor haya sido de mediana fortuna, situación que, entre otras, justificaría que la indemnización no exceda del doble del valor del esclavo (D. 19, 1, 43, parte final y 44). Esta idea se repite en otros textos, como sucede en materia de incendio culposo (D. 47, 9, 9, 4)⁹²⁸.

Pero no solamente la regular o deficiente situación económica del deudor debe tenerse en cuenta al momento de moderar la responsabilidad, sino también la fortuna del acreedor cuando el bien sobre el que recae el perjuicio manifiesta un lujo excesivo por parte de la víctima y pesa sobre el deudor una responsabilidad objetiva. Para decirlo en términos justinianeos, la *immoderata luxuria* es un criterio a tener en cuenta en la reducción del *quantum* resarcitorio⁹²⁹.

apartado primero del Código de las Obligaciones suizo, sino en virtud del artículo 99 apartado primero, al expresar "...s' apprécie notamment avec moins de rigueur lorsque l' affaire n' est destinée à procurer un avantage au débiteur.

⁹²⁷ Sentencia citada por GUILARTE, *La moderación de la culpa por los tribunales*, cit., pp. 177 y 178.

⁹²⁸ RATTI, *Il risarcimento del danno nel diritto gustiniano*, cit., pp.192 y 193, y LEÓN, *Gravedad de la culpa*, cit., pp. 19 y 20.

⁹²⁹ D. 39, 2, 40 (Ulp. 43 ad sabinum) *Ex damni infecti stipulatione non oportet infinitam vel inmoderatam aestimationem fieri, ut puta ob tectoria et ob picturas: licet enim in haec magna erogatio facta est, attamen ex damni infecti stipulationes moderatam aestimationem faciendam, quia honestus modus servandus est, non inmoderatam cuiusque luxuria subsequenda*. Ver RATTI, *Il risarcimento del danno nel diritto gustiniano*, cit., p.194, y LEÓN, *Gravedad de la culpa*, cit., p. 20. Este último autor señala también que la valoración de la condición de las partes se encuentra también propugnada por SANTO TOMAS (S. th., 2-2, q. 62, art. 2, ad. 1)

Para el Derecho suizo, la situación del deudor es un expreso criterio de moderación, y se permite al magistrado reducir la carga resarcitoria si, atendidas las circunstancias del caso, una reparación íntegra expondría al incumplidor a una deficiente situación económica. Respecto al acreedor, la doctrina y jurisprudencia suiza han encuadrado dentro de la causal genérica del artículo 43 la circunstancia de encontrarse éste en una mejor condición económica que su deudor. De esta forma, *la situación económica de ambas partes —acreedor y deudor— son factores que permiten la reducción de la responsabilidad*. De manera semejante, el Código civil portugués, en los casos en que el deudor sólo haya incurrido en culpa, permite fijar equitativamente la indemnización en un monto inferior al que corresponde a los daños causados, tomando para ello en consideración, entre otras circunstancias, la situación económica del responsable⁹³⁰.

A la luz del artículo 1103 del Código civil, *es posible estimar que la situación patrimonial de las partes involucradas (acreedor y deudor) puede considerarse en el Derecho español como un factor para moderar o no la responsabilidad*, de manera semejante como lo han decidido otros ordenamientos. Así también pareció entenderlo el Tribunal Supremo en su **sentencia de fecha 30 de junio de 1981**, al indicar que la facultad moderadora no es arbitraria, sino que se encuentra limitada, entre otros factores, por *la desigualdad económica de los contratantes*⁹³¹. Ejemplo de lo anterior, sería la situación económica angustiosa de un deudor que solo es responsable de culpa ligera, circunstancia que podrá ser tomada en cuenta para decidir una reducción del *quantum resarcitorio*; por el contrario, si

⁹³⁰ El artículo 406 del antiguo Código civil Soviético de 1922, establecía: “*En los casos en que, de conformidad con los artículos 403 a 405, aquel que ha causado el daño no esté obligado a resarcirlo, el tribunal puede obligarlo al resarcimiento de todos modos, atendiendo a las situaciones patrimoniales de él y del damnificado*”. Como se aprecia, aquí la situación patrimonial de las partes no tiene por función moderar la responsabilidad, sino imponer la obligación de reparación a quien en principio no figura como responsable. Esta regulación fue duramente criticada, al punto de hablarse que establecía la figura del “*buen samaritano involuntario*”, y además produjo resultados contrarios a los realmente queridos, pues resultaba que el Estado siempre estaría en mejor situación económica y por lo tanto debía afectarle la responsabilidad en términos más gravosos. El máximo tribunal debió realizar una interpretación restrictiva a este respecto, señalando que por razones político sociales la norma no podía aplicarse al Estado. Ver LEÓN, *Gravedad de la culpa*, cit., p. 20, y LEÓN, LEYSSER: *Incapacidad de discernimiento e indemnización equitativa*, (www.jus.unitn.it/cardoza/Review/2007/leon.pdf.)

⁹³¹ R. 2622

estamos ante una persona solvente, y es su acreedor el que se encuentra en una encrucijada financiera producto del incumplimiento, lo más prudente será rechazar toda moderación del *quantum*.

F.- OTROS FACTORES.

Como sabemos, la expresión *según los casos*, utilizada en el artículo 1.103, consagra una *causal genérica de moderación*, o, si se prefiere, en palabras de DÍAZ, un *concepto jurídico indeterminado*⁹³². Se califique de una u otra forma, lo importante es que su alcance no se encuentra delimitado en forma rígida, sino que corresponde al intérprete decidir y delimitar los supuestos concretos que permiten aplicar la facultad moderadora. Se trata, por tanto, de una norma abierta que permite acoger distintos y nuevos criterios, teniendo eso sí presente como presupuesto básico que el responsable no haya incurrido en culpa grave o dolo, y que la decisión de moderar, al decir de la jurisprudencia, se funde en *criterios ponderados, racionales y lógicos*, pues no debe olvidarse que esta reducción de la responsabilidad será, en definitiva, en contra de los legítimos intereses de la víctima del incumplimiento, y, por lo tanto, la equidad puede aconsejar en un determinado caso, precisamente, no moderar el *quantum resarcitorio*.

Teniendo presente lo anterior, entre los factores que también pueden entenderse incorporados en el artículo 1103, podemos mencionar, entre otros, el que la conducta causante de los perjuicios proporcione a su vez ventajas; el tratarse de un caso de responsabilidad objetiva; el concurrir juntos al incumplimiento o hecho ilícito una circunstancia de carácter fortuita o las particulares circunstancias concurrentes⁹³³; e, incluso, se ha señalado como criterio a considerar la novedad del caso⁹³⁴. En responsabilidad

⁹³²“Comentario al artículo 1.103”, cit., pp. 539 y ss.

⁹³³ DÍAZ, “Comentario al artículo 1.103”, cit., pp. 539 y ss. Entre las sentencia que aluden a las particulares circunstancias concurrentes pueden mencionarse las de fecha 19 de febrero de 1990, de 20 de abril de 1993 y 24 de noviembre de 1995; citadas por GUILARTE, *La moderación de la culpa por los tribunales*, cit., pp. 182 y ss.

⁹³⁴ Así lo hizo presente **la sentencia de fecha 17 de julio de 1992**. Se decidió la responsabilidad de una empresa encargada de evacuar un informe pericial sobre un siniestro de incendio; que demora su entrega

extracontractual, se mencionan también el hecho que los daños causados superen notablemente lo previsto o previsible para el grado de negligencia observado, y que los actos ilícitos sean realizados por hijos o pupilos que puedan caracterizarse como "grandes menores"⁹³⁵.

Mención aparte merece el tipo de incumplimiento como criterio de moderación. Siguiendo a DÍAZ, GUILARTE señala que, a diferencia de lo que sucede con lo dispuesto en el artículo 1154 del Código civil para la cláusula penal, el artículo 1103 nada dice respecto a que el grado de cumplimiento que pueda influir en la facultad de moderación, pues muchos de los factores pueden tener lugar el caso de ausencia total de cumplimiento, como sucede con la gratuidad y la imprevisibilidad del desmesurado monto de los perjuicios; pero acota que en ocasiones el grado o nivel de incumplimiento (total, parcial o simplemente defectuoso) revelará la actitud del deudor ante el compromiso asumido⁹³⁶.

En opinión de DIAZ, parece difícil que el Tribunal Supremo modere la responsabilidad en caso de incumplimiento absoluto⁹³⁷. Sin embargo, en el último tiempo el máximo tribunal ha indicado que el grado de cumplimiento es uno de los factores de moderación. Por lo tanto, podrá así lo demuestra por lo menos la sentencia de fecha **6 de mayo de 2002**, que reitera la doctrina ya establecida en el fallo de **7 de noviembre de 2000**, donde se señala textualmente:

*«El inciso segundo del art. 1103 del Código Civil que faculta a los Tribunales para moderar la responsabilidad procedente no sólo es aplicable cuando se da una concurrencia de culpas de la víctima y del agente (que no es la hipótesis de autos), sino también cuando sea procedente en atención a la entidad de la culposidad de la conducta de que se trata, pues **no***

debido a que la Compañía aseguradora, con la que mantenía una relación contractual, le había pedido que suspendiera su emisión. Los tomadores del seguro demandaron de indemnización de perjuicios a la empresa encargada del peritaje por la demora en la evacuación del informe. Se decidió que la empresa había incumplido sus obligaciones, pues la relación contractual con la aseguradora no quiere decir que dependa de ésta para cumplirlo. Se tuvo presente al momento de moderar la responsabilidad del perito, la novedad del caso y la ausencia de pautas interpretativas. A estas razones agrega GUILARTE el error no justificable en que incurrió por la actuación de la compañía aseguradora. Ver, *La moderación de la culpa por los tribunales*, cit., pp. 173 y 174.

⁹³⁵ DÍAZ, "Comentario al artículo 1.103", cit., p. 576.

⁹³⁶ GUILARTE, *La moderación de la culpa por los tribunales*, cit., pp. 159 y 160.

⁹³⁷ En todo caso, esta autora está por la doctrina que el grado de cumplimiento es uno de los factores de

puede merecer el mismo reproche cuantitativo la total inactividad que la inadecuación o insuficiencia de las medidas adoptadas, por lo que la diversidad de circunstancias concurrentes habrá de valorarse con criterios valorativos de la buena fe y la equidad»⁹³⁸.

5.- CARACTERISTICAS DE LA FACULTAD DE MODERACION.

A.- RESPONDE A UNA CUESTIÓN DEL QUANTUM RESPONDEATUR.

Al hablar de la función de la facultad moderadora, indicamos que para la mayoría de la doctrina española el artículo 1.103 se refiere al *quantum* y no al *an respondeatur*. Idea que compartimos plenamente, y para mayores referencias nos remitimos a lo ya indicado en su oportunidad.-

B.- ES UNA FACULTAD DISCRECIONAL.-

Señala GUILARTE que son numerosas las sentencias del Tribunal Supremo que recalcan esta característica de la facultad de moderación, y ella derivaría de la expresión *podrá* utilizada en el artículo 1103 del Código civil. Sin embargo, esta discrecionalidad no tiene carácter absoluto, sino que debe utilizarse de acuerdo a las circunstancias del caso⁹³⁹.

DIAZ discrepa de la opinión anterior. Señala que con mucha frecuencia se ha confundido la discrecionalidad con los denominados

moderación y da argumentos en tal sentido. Ver, “Comentario al artículo 1.103”, cit., p. 498.

⁹³⁸ RJ 2002\3675 y RJ 2000\ 9911, respectivamente. En el caso de la sentencia de 6 de mayo de 2002, se casó el fallo de la Audiencia Provincial, que había hecho aplicación de la facultad moderadora, por estimar que existía un incumplimiento total. Señaló su CONSIDERANDO SEGUNDO:...*el hecho de que el robo fuese más o menos sofisticado no puede repercutir desfavorablemente en quien había contratado un sistema de vigilancia, también sofisticado, que resultó ineficaz por causa de quien prestaba ese servicio de vigilancia... Todo ello, teniendo en cuenta además que, como se ha dicho, nos encontramos ante un incumplimiento del contrato y no ante un cumplimiento negligente o defectuoso”.*

“Al no entenderlo así, la sentencia recurrida infringe los preceptos legales invocados en los dos submotivos que, en consecuencia, han de ser estimados y, con ellos el recurso”

conceptos jurídicos indeterminados. Siguiendo a la doctrina administrativa, expresa que los conceptos utilizados por las leyes pueden ser determinados o indeterminados. Los primeros delimitan el ámbito de la realidad al que se refieren de una manera precisa e inequívoca. Los segundos, por el contrario, se refieren a una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados; pero resulta claro que se pretende delimitar un supuesto concreto, por ejemplo la buena fe, y no se trata de vaguedades imprecisas o contradictorias. Por lo tanto, *“la aplicación de tales conceptos a la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución: o se da o no se da el concepto, o hay buena fe o no la hay...Esto es lo esencial del concepto jurídico indeterminado: la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo”*⁹⁴⁰.

En la estructura del concepto jurídico indeterminado debe distinguirse un núcleo fijo o *“zona de certeza”*, configurados por datos previos y seguros; una *“zona intermedia o de incertidumbre”* o *“halo del concepto”*, más o menos imprecisa, y una *“zona de certeza negativa”*, segura en cuanto la exclusión del concepto. Da el ejemplo del justo precio de una casa, donde es *“zona de certeza”* el valor de diez millones de pesetas, zona de imprecisión entre diez y quince millones, y *“zona de certeza negativa”*, arriba de quince. La dificultad estriba en concretar *“halo del concepto”*; pero atendiendo a precisión de las otras dos zonas, tal dificultad desaparece.

En definitiva, DIAZ estima que el artículo 1.103 se funda en la equidad y su tratamiento es asimilable a los *conceptos jurídicos indeterminados* y no al de la pura y simple discrecionalidad. Esta concepción, agrega la autora, trae como consecuencia práctica la posibilidad de un mayor control, pues aunque ambos supuestos permiten un control de las decisiones, no es del mismo tipo⁹⁴¹.

⁹³⁹ *La moderación de la culpa por los tribunales*, cit., p. 101.

⁹⁴⁰ DÍAZ, *“Comentario al artículo 1.103”*, cit., pp. 539 a 541.

⁹⁴¹ *Ibid.*, p. 542. Agrega que si bien la discrecionalidad implica un control menor, de todas maneras es posible, y puede llevarse a cabo mediante varios caminos: control de los elementos reglados del acto discrecional, a través de la veracidad de los hechos determinantes y del principio de la inequidad manifiesta.

Junto a las sentencias que declaran que la facultad de moderación es de naturaleza discrecional, como las de fecha 24 de Septiembre de 1983 y de 19 de Febrero de 1987⁹⁴², existen otras que han rechazado tal calificación, como son las de 30 de Mayo de 1989 y 30 de Junio de 1981. Señala este último fallo que la facultad establecida en el artículo 1103 no es arbitraria ni discrecional, sino limitada a los usos, buena fe, leyes de orden público, naturaleza de la culpa y desigualdad económica de los contratantes⁹⁴³.

En los últimos años podemos citar la de fecha **6 de mayo de 2002**⁹⁴⁴, que señala:

“...De otra parte, ha de reiterarse que esta Sala está facultada para revisar casacionalmente la aplicación de esa facultad moderadora «cuando las razones tenidas en cuenta, se presentan inconsistentes, inoportunas o no adecuadas en línea de una racionalidad media, no justifican la rebaja indemnizatoria acordada y determinan la estimación de la impugnación casacional formulada» (Sentencia de 23 de noviembre de 1999 [RJ 1999\ 9048] y las en ella citadas)”.

No obstante lo anterior, lo cierto es que la jurisprudencia tiende a inclinarse por estimar que estamos ante facultad discrecional que no puede ser revisada en casación. Es el caso de las sentencias del Tribunal Supremo de fechas 20 de mayo de 2004⁹⁴⁵, 9 de junio de 2004⁹⁴⁶ y 29 de septiembre de 2005⁹⁴⁷.

C.- ES UNA FACULTAD NO REVISABLE EN CASACIÓN.-

Relacionado con la característica anterior de la discrecionalidad, se señala que a los Tribunales de instancia es a quien corresponde valorar las circunstancias que aconsejan la moderación, y escapa en consecuencia al

⁹⁴² Ver también las mencionadas por GUILARTE, *La moderación de la culpa por los tribunales*, cit., p. 101, nota 37.

⁹⁴³ R 2622.

⁹⁴⁴ CONSIDERANDO SEGUNDO, RJ 2002\3675

⁹⁴⁵ CONSIDERANDO CUARTO, RJ 2004\2760.

⁹⁴⁶ CONSIDERANDO SEGUNDO, RJ 2004\4633.

⁹⁴⁷ CONSIDERANDO CUARTO, RJ 2005\7155.

control casacional. Sin embargo, existe una tendencia jurisprudencial que admite dicho control en determinados casos. En especial, ante situaciones de *manifiesta falta de lógica o de resultados absurdos y casos de concurrencia de culpas*⁹⁴⁸. En este sentido, no debemos olvidar la ya dicho por DIAZ, en el sentido de que aunque se estime que estamos ante una facultad discrecional, de todas formas es posible ejercer cierto control sobre las decisiones judiciales⁹⁴⁹.

Por lo demás, al decir de GUILARTE, sentencias como la de fecha **19 de Julio de 1996** admiten el control casacional ya en todo caso. Expresa este fallo que la facultad de moderación del artículo 1.103 no es susceptible de casación, cuando la facultad se usa con criterio ponderado, racional y lógico; pero no cuando extravasen irracional o desmesuradamente dichos parámetros, o cuando la facultad moderadora viene forzosa y lógicamente impuesta. En similar sentido pueden mencionarse también las sentencias de fecha 21 de Abril de 1998 y 24 de Marzo de 1998⁹⁵⁰. Pero también, no son pocas las sentencias que en el último tiempo han reiterado la idea que se trata de una facultad no revisable en casación. Así lo declaran los fallos ya indicados del Tribunal Supremo de fecha 20 de mayo de 2004, 9 de junio de 2004⁹⁵¹ y 29 de septiembre de 2005⁹⁵².

D.- NO CONSTITUYE UN MANDATO PARA EL JUZGADOR.

En concordancia con la idea de que se trata de una facultad discrecional, se señala que el Juez, si las circunstancias lo aconsejan, pueda usar o no de esta facultad. Sin embargo, se agrega, que en el caso de concurrencia de culpas el uso de la facultad es obligada. Además, existe

⁹⁴⁸ GUILARTE, *La moderación de la culpa por los tribunales*, cit., pp. 104 y ss.

⁹⁴⁹ “Comentario al artículo 1.103”, cit., p. 542.

⁹⁵⁰ *La moderación de la culpa por los tribunales*, cit., pp. 106 y ss.

⁹⁵¹ RJ 2004\4633. CONSIDERANDO SEGUNDO: “...la moderación de la responsabilidad «ex» art. 1103 del Código Civil (LEG 1889\ 27) puede realizarse incluso sin instancia de parte -sentencia de 18 de octubre de 1982- y **no es revisable en casación** -sentencias de 29 de noviembre (RJ 1985\ 5911) y 10 de diciembre de 1985 (RJ 1985\ 6433)”.

actualmente una tendencia jurisprudencial que propugna la utilización de la moderación judicial en determinados supuestos, como cuando existe escasa entidad de la culpa, como lo señalan las Sentencias de 20 de Octubre de 1997 y 19 de Julio de 1996⁹⁵³.

E.- NO ESTÁ SOMETIDA A REGLA ALGUNA.

Se dice que como la ley no indica los casos concretos o específicos en que debe utilizarse esta facultad, será el Juez quien con arreglo a las circunstancias de cada caso determinará o no su procedencia. En consecuencia, como lo expresa el fallo de **28 de mayo de 1991**, no estaría sujeta a regla alguna normada⁹⁵⁴.

Se puede apreciar que las cuatro últimas características (discrecionalidad, no revisable en casación, no ser mandato para el Juez, no estar sometida a regla alguna), giran en torno a concebir la naturaleza discrecional de la moderación judicial, como es la opinión de GUILARTE, o, por el contrario, estimar que se trata más bien de un concepto jurídico indeterminado, que sí está sujeto a reglas y control, como lo entiende DÍAZ.

De todo lo expuesto se puede concluir que la jurisprudencia, más allá de las palabras y conceptos utilizados, no termina por adoptar una posición definitiva, en orden a estimar a la moderación judicial una facultad discrecional, con todas las consecuencias que ello significa (no revisable en casación, carecer de reglas que determinen su aplicación, y no ser un mandato para el juzgador), o más bien una norma elástica, que da cabida a un concepto jurídico indeterminado, y, por lo mismo, revisable en casación y sujeta en su aplicación a determinadas reglas. Estamos por la segunda opción, pues el simple hecho de que el artículo 1103 contemple una causal genérica de reducción del monto indemnizatorio, no puede significar que su aplicación quede al mero arbitrio o discrecionalidad del juzgador, donde no exista ninguna regla o criterio que permita determinar o no su aplicación. La equidad y la seguridad jurídica

⁹⁵²RJ 2005\7155.

⁹⁵³ GUILARTE, *La moderación de la culpa por los tribunales*, cit., pp. 107 y 108.

exigen que el intérprete vaya determinando las situaciones o circunstancias concretas que ameritan una moderación de la indemnización, y de la misma forma las que no permiten tal reducción. La aplicación en el derecho comparado corrobora esta apreciación.

F.- ES UNA FACULTAD APLICABLE DE OFICIO POR LOS TRIBUNALES.-

DÍAZ señala que existen dos sentencias del Tribunal Supremo espaciadas en el tiempo (de 14 de mayo de 1920 y 8 de noviembre de 1985), que declaran que la facultad de moderación de los tribunales se aprecia de oficio, y si bien la doctrina no se ha preocupado mayormente del tema, autores con SANTOS BRIZ y SOTO NIETO se manifiestan conforme con este parecer⁹⁵⁵. Compartimos la opinión recién expuesta y, al igual que la norma del artículo 1107, la minoración del *quantum* no requiere expresa petición de parte para su aplicación; idea que el Tribunal Supremo ha reiterado en sentencia de fecha **9 de junio de 2004**⁹⁵⁶.

6.- CAMPO DE APLICACION.-

Debido a la ubicación del artículo 1103, no existe duda sobre su aplicación en materia contractual. Por lo tanto, la cuestión a resolver es si también resulta atingente en la responsabilidad extracontractual, e incluso fuera del ámbito del derecho civil.

⁹⁵⁴ Ibid., pp. 108 y 109.

⁹⁵⁵ “Comentario al artículo 1.103”, cit., p. 556 y ss.

⁹⁵⁶ RJ 2004\4633

A.- LA FACULTAD DE MODERAR Y LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EN EL CÓDIGO CIVIL.

Algunos autores rechazan la extensión del 1.103 a la responsabilidad por hecho ilícito. Entre ellos, destaca PANTALEÓN, quien en coherencia con su doctrina sobre origen y función de la norma, señala que ella sólo se aplica en los casos de indemnización contractual cuando la cuantía de los perjuicios sea superior a la prevista⁹⁵⁷. No obstante, la mayoría de la doctrina estima que la moderación judicial es aplicación también en el ámbito extracontractual, por ser la disposición que la contempla de carácter general, como lo prueba su ubicación en el Código civil y redacción⁹⁵⁸.

COSSÍO afirma que los artículos 1.101, 1.103 y 1.104 son de carácter general, aplicables a toda clase de obligaciones, no siendo contradictorias con las especiales disposiciones de los artículos 1.902 y 1.903. Agrega que de no admitirse esta interpretación, se produciría una verdadera laguna legal, por lo que debería acudir a los principios generales, con lo que se llega a la misma conclusión⁹⁵⁹. DÍAZ, por su parte, nos proporciona cinco razones para la extensión del artículo 1.103 en materia extracontractual, que son: 1) El artículo 1.103 es aplicable a todas las obligaciones; 2) la exigua regulación de la responsabilidad extracontractual; 3) las grandes semejanzas entre ambas responsabilidades; 4) La aplicación analógica no conduce a consecuencias absurdas, y 5) otros preceptos del mismo capítulo se aplican a ambas responsabilidades⁹⁶⁰.

El Tribunal Supremo, si bien en algunos ocasiones ha declarado que la facultad moderadora es de aplicación exclusiva en responsabilidad contractual⁹⁶¹, en la inmensa mayoría de sus fallos ha sido favorable a la aplicación del artículo 1.103 en materia aquiliana⁹⁶².

⁹⁵⁷ *El sistema*, cit., pp. 1041 y 1042.

⁹⁵⁸ GUILARTE, *La moderación de la culpa por los tribunales*, cit., pp. 111 y 112. .

⁹⁵⁹ *El dolo en el derecho civil*, cit., pp. 133 a 135.

⁹⁶⁰ “*Comentario al artículo 1.103*”, cit., p. 510

⁹⁶¹ Nos referimos a las sentencias de 3 d3 julio de 1924, 18 de marzo de 1932 y 13 de marzo de 1976, citadas por DÍAZ, “*Comentario al artículo 1.103*”, cit., pp. 501 y ss., y LLAMAS, *Jurisprudencia civil comentada. Código civil*, p. 1835, donde se mencionan también las numerosas resoluciones en sentido

B.- LA FACULTAD DE MODERAR Y LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA.

Para la doctrina mayoritaria, la responsabilidad por culpa constituye la regla general, tanto en materia contractual como extracontractual; pero este principio cada vez encuentra mayores limitaciones y excepciones, producto, por un lado, de establecer la jurisprudencia criterios que dificultan la exoneración del infractor y que llevan a lo que se ha denominado a una responsabilidad *cuasi objetiva* y, por otro, la aparición de leyes que establecen para casos determinados, el sistema de responsabilidad objetiva, que se justifica en el riesgo de la actividad en cuestión⁹⁶³.

Indica GUILARTE que lo característico de la responsabilidad objetiva es la fijación de un límite cuantitativo máximo acompañada normalmente de la exigencia de un seguro obligatorio, por lo que se descartaría la valoración de circunstancias que puedan disminuir la responsabilidad del deudor. Además, la misma ley se ocupa de establecer una moderación del *quantum* desde el momento que fija un límite máximo a indemnizar. Lo anterior, unido a que la reducción del *quantum* debe atender al grado de negligencia observada —lo que será de difícil valoración en supuestos donde hay responsabilidad sin culpa—, *hace concluir a la autora que no procede la moderación del artículo 1.103 en la responsabilidad objetiva*⁹⁶⁴. LLAMAS concuerda con esta apreciación, al señalar que la posibilidad de minoración en responsabilidad extracontractual será posible mientras se mantenga dentro de un esquema

contrario.

⁹⁶² GUILARTE, *La moderación de la culpa por los tribunales*, cit., p. 113. Agrega esta autora que desde el fallo de fecha 5 de Diciembre de 1983, sólo un fallo reciente rechaza la aplicación del artículo 1.103 a la responsabilidad extracontractual, y es la Sentencia de fecha 29 de Diciembre de 1998.

⁹⁶³ Ibid., pp. 123 a 129, señala GUILARTE que las disposiciones especiales son: a) Ley de Navegación Aérea de 21 de Julio de 1960. Artículos 120, 118 y 119; b) Ley de 29 de Abril de 1964 sobre daños causados por energía nuclear. Artículo 45.1; c) Ley de 4 de Abril de 1970 sobre actividad cinegética. Artículo 35.5; d) Ley sobre responsabilidad civil y seguros en la circulación de vehículos a motor; e) Ley 30/1992 de 26 de Noviembre sobre régimen jurídico de las Administraciones Públicas. Artículo 139 N° 1°; f) Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios de 19 de Julio de 1984. Artículos 25 a 28, y g) Ley de 6 de Julio de 1994, sobre responsabilidad por daños por productos defectuosos Artículos 5 a 11.

culpabilístico; “pero en cuanto nos adentremos en criterios objetivos de responsabilidad, necesariamente habrá que olvidar esta posibilidad, estrechamente vinculada al concepto de culpa”⁹⁶⁵.

Una opinión diferente es la manifestada por DÍAZ, para quien la facultad moderadora del artículo 1.103 del Código civil es una norma de aplicación general, incluso fuera del derecho civil y del derecho privado, y perfectamente aplicable en supuestos de responsabilidad objetiva. Y no sólo considera aplicable la norma, sino que indica que el carácter objetivo de la responsabilidad puede utilizarse en determinados supuestos, ni más ni menos, que como criterio o factor de moderación⁹⁶⁶.

C.- LA FACULTAD DE MODERAR Y LA CUANTIFICACION DEL DAÑO EN LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.

Esta fuera de toda discusión el hecho que la facultad moderadora recibe aplicación en materia contractual. Lo que aquí se analizará es simplemente si procede la minoración de la carga resarcitoria sólo ante casos de valoraciones concretas del perjuicio o también debe admitirse ante cuantificaciones abstractas del mismo, como sucede en el supuesto del artículo 1.108 del Código Civil.

A juicio de GUILARTE no procedería la moderación, pues el mismo legislador rechaza atender a las circunstancias concretas, al negar al deudor la posibilidad de alegar la falta de daño y al acreedor acreditar un perjuicio superior. Para el caso de admitirse en España, como sucede en otros países, la posibilidad de reclamar el abono del mayor daño, en ese caso sí podría rebajarse el quantum indemnizatorio; pero ya no se estaría ante un *forfait legal*,

⁹⁶⁴ Ibid., pp. 129 y 130.

⁹⁶⁵ *Jurisprudencia civil comentada. Código civil*, p. 1835

⁹⁶⁶ “Comentario al artículo 1.103”, cit., pp. 575 y 576.

sino ante una liquidación realizada conforme a criterios concretos previstos en el artículo 1106 del Código civil⁹⁶⁷.

DÍAZ, tras analizar una serie de sentencias, llega a la conclusión de que el Tribunal Supremo se equivoca al confundir la moderación con la cuantificación. Se trata de "*dos tareas muy diferentes, la de hacer el cálculo de los daños que se causaron y la de si se dan en el caso o no las circunstancias adecuadas para proceder a la reducción de ese quantum resultante por medio de la facultad de moderación*". Agrega que la distinción tiene importancia, porque la cuantificación es una cuestión de hecho no recurrible en casación, salvo por la vía del error; la moderación en cambio, es una cuestión de derecho, impugnabile en casación por la vía de la infracción de ley. En opinión de la autora, esta misma falta de claridad para distinguir ambos conceptos ha hecho decir al Tribunal Supremo que no es posible moderar la responsabilidad cuando existe una norma legal que fija el *quantum* indemnizatorio, siendo que *en realidad lo que no puede hacer el Tribunal es cuantificar de una manera diferente a la prefijada en el precepto legal; pero ello nada tiene que ver con la posibilidad de moderar que también existe en estos casos, precisamente, por tratarse de una cuestión diferente a la cuantificación*⁹⁶⁸.

Finalmente, se preocupa GUILARTE de precisar que en el ámbito contractual la relevancia de la conducta como factor de moderación no puede predicarse en los supuestos en que la ley conecta al perjuicio la misma consecuencia en caso de dolo y culpa, como sucede en el artículo 1.108 del Código civil y en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías⁹⁶⁹.

⁹⁶⁷ *La moderación de la culpa por los tribunales*, cit., pp. 132 y 133.

⁹⁶⁸ "Comentario al artículo 1.103", cit., pp. 528 y 529.

⁹⁶⁹ *La moderación de la culpa por los tribunales*, cit., p. 162.

Segunda parte

**LA EXTENSION DEL DAÑO CONTRACTUAL EN EL DERECHO
CHILENO.-**

CAPITULO I.-

DESCRIPCION GENERAL DEL SISTEMA.-

El derecho privado chileno, y en especial el derecho civil, es un fiel exponente del sistema continental o *civil law*, y dentro de él de la llamada corriente del derecho romano-francés o latino, en oposición al romano-germánico. Obtenida la independencia, se hizo sentir la necesidad de contar con una legislación patria que reemplazara la española hasta ese momento vigente y que pusiera en sintonía al país con las nuevas ideas codificadoras. Si bien en un primer momento se postuló el camino fácil de copiar los códigos franceses y entre ellos el civil, tal vía fue desestimada rápidamente y en forma absoluta⁹⁷⁰. Sin embargo, la nación tuvo que esperar un tiempo prudente para lograr tener una codificación civil propia. Es así que sólo después de transcurrido casi cuarenta años de vida independiente y gracias a un intenso y muchas veces solitario trabajo de don ANDRES BELLO, en el año 1855 el Congreso Nacional aprobó el texto del Código civil chileno para empezar a regir el primero de enero del año 1857⁹⁷¹.

El Código civil chileno, al igual que todos los códigos de la época, se vio influenciado por el *Code*. Sin embargo, también tuvo otras fuentes inspiradoras, como fueron, por nombrar algunas, el derecho romano, ciertas leyes españolas derivadas de las siete partidas, la novísima recopilación y el fuero real, los Códigos civiles de Luisiana, Sardo de Austria, de Prusia, las Dos Sicilias, etc. Además, junto a estas fuentes codificadas, se tuvo en vista también las obras de autores como SAVIGNY, algunos comentaristas franceses, como MOURLON y ROUGRON, varios autores españoles, en

⁹⁷⁰ La propuesta de traducir los Códigos franceses fue hecha el 23 de julio de 1822 en un discurso pronunciado por el Director Supremo Bernardo O'Higgins. Ver GUZMAN, *La codificación civil en Iberoamérica*, cit., pp. 350 y ss.

⁹⁷¹ Más antecedentes sobre la gestación del Código civil chileno, pueden encontrarse, entre otras varias obras, en GUZMAN, *La codificación civil en Iberoamérica*, cit., pp. 350 y ss., y en ALESSANDRI, ARTURO; SOMARRIVA, MANUEL, y VODANOVIC, ANTONIO, *Tratado de derecho civil. Parte preliminar y general*, t. 1, 7ª edic., Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2005, pp. 86 y ss.

especial a GARCÍA GOYENA con su obra *Concordancia y comentarios al Código civil español*, y por supuesto a POTHIER en materia de las obligaciones⁹⁷². Por lo tanto, el Código chileno tuvo como modelo al *Code*; pero en ningún caso se trató de una copia o burda adaptación de este último. De hecho, la originalidad de este Código sudamericano se aprecia en la regulación sobre diversos temas específicos. A título de ejemplo, podemos mencionar la adopción de la gradación de la culpa, que el texto francés y la mayoría de los que le siguen optaron por desechar, y el haber consagrado legalmente la concurrencia causal en el artículo 2330 del Código civil, “adelantándose” casi cincuenta años a similar norma del BGB.

Para adentrarnos en el sistema de responsabilidad chileno, partamos por indicar que sigue la tesis de la dualidad de regímenes. Distingue de esta forma entre la responsabilidad contractual (artículos 1545 y ss.) y extracontractual o aquiliana (artículos 2314 y ss.), atendiendo a si estamos ante el quebrantamiento de una convención o ante la perpetración de un hecho ilícito (delito o cuasidelito). Respecto a la infracción de las demás fuentes de las obligaciones (cuasicontratos y la ley), al decir de la doctrina ellas se rigen por las reglas dadas para la contractual, es decir, esta última constituiría la regla general⁹⁷³.

Ahora bien, en relación específica con la responsabilidad contractual, podemos decir que la indemnización y los demás derechos del acreedor, o remedios contractuales, como son la pretensión de cumplimiento específico y la resolución, son considerados un efecto de la obligación ante el incumplimiento. Por ello, se maneja un concepto único de incumplimiento, y se le concibe en términos amplios, al señalar el artículo 1556 del Código civil que él puede consistir en “*no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento*”. En consecuencia, la distinción entre incumplimiento esencial y no esencial es ajena al derecho chileno, que tampoco distingue entre la infracción de las

⁹⁷² ALESSANDRI y otros, *Tratado de derecho civil. Parte preliminar y general*, cit., pp. 93 y ss.

⁹⁷³ Por todos, ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho chileno*, Ediar, Santiago de Chile, 1983 (reimpresión de la edición de 1943), n. 28, p. 54.

obligaciones principales o secundarias para la aplicación de los diferentes remedios contractuales.

Establecido el incumplimiento, el acreedor no es libre para demandar inmediatamente la indemnización de perjuicios. A lo menos no lo es para impetrar la indemnización compensatoria en las obligaciones de dar. Aunque los textos legales no son del todo claro —circunstancia al parecer común a la generalidad de los sistemas continentales—, mayoritariamente siempre se ha entendido que la indemnización para este tipo de obligaciones tiene un carácter subsidiario, por lo que el acreedor está obligado a perseguir en primer lugar el cumplimiento específico de la prestación, y únicamente cuando ello no resulta posible, se permite demandar el resarcimiento⁹⁷⁴. Pero el acreedor sí tiene derecho —al tenor de lo dispuesto en el artículo 1489 del Código civil—, para solicitar inmediatamente la resolución del contrato con indemnización de perjuicios, aunque todavía sea posible el cumplimiento *in natura*⁹⁷⁵.

Diametralmente diferente es la situación en el caso de las infracciones a las obligaciones de hacer y no hacer, pues los artículos 1553 y 1555 permiten que la víctima del incumplimiento pueda elegir entre solicitar inmediatamente la indemnización o insistir en el cumplimiento específico.

Pero no basta la infracción de la obligación y que además sea imposible obtener el cumplimiento específico. Debe también cumplirse con los otros requisitos propios de la indemnización de perjuicios contractuales, y que son: la existencia de daños, la imputabilidad por parte del contratante incumplidor, la relación de causalidad entre el incumplimiento y los daños, la mora del acreedor, y haber cumplido el acreedor su respectiva obligación o estar llano a cumplirla. De estos requisitos, obviamente para nuestro estudio

⁹⁷⁴ GATICA, *Aspectos de la indemnización de perjuicios*, cit., p. 31, y ABELIUK MANASEVICH, RENÉ, *Las obligaciones*, 4ª edic, Editorial jurídica de Chile., 2001, t. 2, Santiago de Chile, pp. 728 y ss., y RAMOS PAZOS, RENE, *De las obligaciones*, 1ª edic., Lexisnexis, Santiago, Chile, pp. 232 y ss.

⁹⁷⁵ Pero debe tratarse de un contrato bilateral. Además, se entiende que el contratante incumplidor puede enervar la pretensión de resolución, cumpliendo la obligación respectiva.

interesa en especial el de la exigencia de los perjuicios y su forma de medición⁹⁷⁶.

En Chile, el principio de que no hay indemnización sin perjuicio es prácticamente unánimemente aceptado por la doctrina y jurisprudencia. Tampoco se encuentra sujeta a discusión la afirmación de que la finalidad de la indemnización es únicamente reparar los daños efectivamente sufridos por la víctima del incumplimiento y en ningún caso castigar al responsable. En otras palabras, no tienen cabida los denominados *punitive* y *nominal damages*⁹⁷⁷.

Existen tres formas distintas de evaluación: judicial, convencional y legal para las obligaciones de dinero. La primera constituye la regla general, pues por ella se rige el incumplimiento de toda obligación que no sea de dinero y respecto de la cual las partes nada hayan previsto en forma anticipada; y aunque no han existido grandes pronunciamientos sobre el tema, en la valoración judicial parece atenderse a un cálculo subjetivo y concreto del perjuicio indemnizable⁹⁷⁸.

Respecto a las partidas o clases de daños susceptibles de indemnización, el artículo 1556 del Código civil chileno, al igual que el 1106 español, declara que son resarcibles el perjuicio emergente y el lucro cesante⁹⁷⁹. La redacción de esta norma, que alude únicamente a menoscabos de naturaleza patrimonial, unida a la amplitud del artículo 2329, que establece la indemnización de *todo daño* en materia aquiliana⁹⁸⁰, fue uno de los argumentos de la doctrina y jurisprudencia tradicional para rechazar la

⁹⁷⁶ Sin perjuicio de la breve referencia a la exigencia de la imputabilidad que se hará al estudiar las diferentes extensiones del perjuicio, atendiendo a si el deudor es o no responsable de dolo, y del análisis de la causalidad como criterio del *quantum* resarcitorio. Para más antecedentes, ver ABELIUK, *Las obligaciones*, cit., pp. 724 y ss.; GATICA, *Aspectos de la indemnización de perjuicios*, cit., p. 31, y RAMOS, *De las obligaciones*, cit., pp. 240 y ss.

⁹⁷⁷ ABELIUK, *Las obligaciones*, cit., pp. 730 y 731, y RAMOS, *De las obligaciones*, cit., p. 244

⁹⁷⁸ En verdad, parece no existir duda que se atiende al cálculo subjetivo del perjuicio. Así por lo menos lo señalan expresamente autores como ABELIUK y GATICA. En lo que existe más duda es si se opta por un cálculo abstracto o concreto del perjuicio, y si bien autores como GATICA parecen inclinarse por el primero, en la realidad práctica, parece imperar el segundo. Ver ABELIUK, *Las obligaciones*, cit., p. 795, y GATICA, *Aspectos de la indemnización de perjuicios*, cit., pp. 15, 99 y 106.

⁹⁷⁹ Artículo 1556: *La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.*

⁹⁸⁰ Artículo 2329: *Por regla general, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.*

reparación del perjuicio moral en materia contractual. Sin embargo, a partir de mediados de los años noventa del siglo pasado, esta actitud dio un vuelco radical, y actualmente, salvo decisiones aisladas, la opinión absolutamente dominante es estimarlos indemnizables; especialmente, cuando las obligaciones infringidas dicen relación con intereses extrapatrimoniales del acreedor⁹⁸¹.

Tenemos, entonces, que actualmente en el derecho chileno se admite la resarcibilidad de todo daño efectivamente ocasionado por el incumplimiento de un contrato. Pero junto con esta ampliación del perjuicio resarcible, la doctrina y la jurisprudencia han tenido el cuidado de especificar que ambas clases de daños (patrimoniales y morales) se encuentran sujetas a los criterios de extensión o valoración del *quantum* establecidas en el artículo 1558, norma que señala textualmente:

Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata y directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.

La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios.

Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas.

Como se aprecia de la lectura del inciso o párrafo primero de la disposición citada, Chile siguió en forma más fiel que España el modelo de extensión del perjuicio instaurado por el *Code*. Ello determina que muchas de las complicaciones y dudas interpretativas que se presentan en España no existen aquí. Sin embargo, la sencillez de la norma chilena no significa en modo alguno que no se presenten cuestiones por resolver. De hecho, junto a las interrogantes propias del sistema latino, se añaden particulares problemas derivados de la necesidad de encuadrar la norma de extensión del perjuicio con las demás disposiciones que configuran el sistema de responsabilidad.

⁹⁸¹ Para más antecedentes, ver DOMÍNGUEZ HIDALGO, *El daño moral*, cit., pp. 350 y ss., y RAMOS, *De las obligaciones*, cit., pp. 288 y ss.

Efectuada, una descripción general de la responsabilidad civil chilena, nos corresponde abocarnos ahora al específico problema de la extensión del perjuicio. Como ya se realizó la labor de desentrañar el verdadero sentido técnico jurídico de los distintos criterios de valoración del *quantum*, aquí simplemente se intentará exponer la forma en que la doctrina y la jurisprudencia chilena han hecho aplicación de estas reglas, para determinar hasta qué medida se acercan o no a nuestras conclusiones, ya manifestada al estudiar el ordenamiento español.

CAPITULO II.-

LA RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR NO DOLOSO.

I.- DEUDORES A LOS QUE COMPRENDE

Para determinar la extensión del perjuicio contractual, el artículo 1558, siguiendo lo establecido en los artículos 1150 y 1151 del *Code*, distingue entre el incumplidor doloso y el que no lo es. A los primeros, los hace responsable de todos los daños que son una consecuencia inmediata y directa de no haberse ejecutado la obligación o haberse demorado su cumplimiento. En cambio, si el deudor no ha incurrido en dolo solamente deberá indemnizar los perjuicios que se previeron o pudieron preverse.

La primera cuestión a resolver es determinar los supuestos que se incluyen en la expresión *no dolo*, utilizada para caracterizar a los incumplidores que responden de los daños previstos o previsibles. Resulta interesante hacer presente que algunos autores chilenos reemplazan esta fórmula negativa por la denominación deudor de buena fe⁹⁸²; término que utilizan tal vez influenciados por las explicaciones de POTHIER en el número 142 de su *Traité*, cuando señala que en determinados contratos (los que miran sólo a la utilidad de aquél a quien se debe entregar la cosa), el deudor no está obligado a poner más que su buena fe en la conservación de la misma, y por consiguiente no es

⁹⁸² A modo de ejemplo, LUIS CLARO SOLAR (*Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, t. 11, Edit. Jurídica de Chile, Santiago- Chile, 2ª Edición puesta al corriente de la legislación, 1978, p. 752), expresa: “*Hay pues que distinguir el deudor a quien puede imputarse dolo, el deudor que procede de mala fe, y el deudor que solamente es culpable de su falta de cuidado, el deudor de buena fe.*”; . En igual sentido, GATICA, *Aspectos de la indemnización de perjuicios*, cit., p. 106.

responsable sino de una falta tan grande, que por su enormidad se reputa como si existiera dolo. O quizás lo hacen influidos por la legislación española que prefirió esta denominación a la fórmula negativa.

La respuesta sobre a quienes comprende el artículo 1558 con la expresión *incumplidores no dolosos*, no se encuentra en dicha disposición, sino en el resto del sistema que fija los criterios de imputación y, en especial, en las reglas que determinan si la responsabilidad contractual es de carácter subjetivo u objetivo. Como la inmensa mayoría de la doctrina y jurisprudencia chilena sigue anclada en la idea de la culpa como fundamento de responsabilidad, **consideran que la expresión no dolo alude a los responsables de culpa en su incumplimiento**. Así por ejemplo, CLARO⁹⁸³ habla del deudor culpable de falta de cuidado; ABELIUK⁹⁸⁴ indica que en la responsabilidad subjetiva, se requiere que el incumplimiento dañoso sea imputable al deudor y lo es cuando hay dolo o culpa; GATICA⁹⁸⁵, finalmente, señala que se requiere que la acción u omisión sea culpable, es decir, que se deba a la mala fe o la negligencia del deudor, y cuando el incumplimiento es el resultado de la negligencia sólo se responde de los perjuicios previstos. Sin embargo, también se ha indicado como causal de imputabilidad el hecho propio, donde se reconoce no existe dolo ni culpa⁹⁸⁶, y que por descarte entendemos que debe encontrar acomodo en la fórmula negativa no dolo.

En todo caso, *en general la jurisprudencia chilena, al igual que la doctrina, identifica la expresión no dolo con la culpa*, por la razón ya dicha: mantener a lo menos formalmente inalterable el principio de la responsabilidad contractual de corte subjetivista. Estima que en el binomio culpa-dolo se encuentran todos los supuestos que obligan al deudor a indemnizar los perjuicios derivados de su incumplimiento, y no se divisa otra hipótesis aparte

⁹⁸³ *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, cit., p. 499

⁹⁸⁴ *Las obligaciones*, cit., p. 675.

⁹⁸⁵ *Aspectos de la indemnización de perjuicios*, cit., pp. 75 y 76.

⁹⁸⁶ CLARO, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, t. 11, cit., p. 730, indica que aunque no exista dolo ni culpa, podrá existir imputabilidad si la inejecución es debida a un simple hecho del deudor (caso del heredero que vende el caballo sin saber que estaba vendido). Evidentemente, cuando la inejecución de la obligación es el resultado de una causa extraña al deudor (Fuerza mayor, caso fortuito), cesa la imputabilidad y toda obligación de indemnizar.

de la negligencia que pueda ingresar en la expresión no dolo utilizada por el artículo 1558. Demostrativo de todo lo anterior es lo expresado por la Corte Suprema chilena, al indicar: “...es necesario que exista infracción de la obligación por parte del deudor; y además....que la infracción de la obligación sea imputable al deudor por culpa o dolo de su parte...”⁹⁸⁷.

Tenemos que tanto la doctrina como la jurisprudencia chilena han identificado el término no dolo con la culpa, reduciendo de esta forma el alcance de la expresión negativa utilizada en el artículo 1558. Obviamente, esta asimilación no puede fundarse en la misma disposición, que no menciona ni hace alusión alguna a la culpa como factor de imputación. La explicación debemos encontrarla en el resto de las normas del sistema de responsabilidad contractual y en la tradición de la doctrina clásica francesa, de gran influencia en nuestro medio, que ve en la culpa junto al dolo, los fundamentos de la responsabilidad contractual.

Entre las normas que sirven de apoyo a la idea de estimar que el 1558 alude a la culpa, encontramos los artículos 44, 1547 incisos primero, segundo y tercero y artículo 1672 inciso primero⁹⁸⁸. Como se aprecia de estas

⁹⁸⁷ **Sentencia de fecha 9 de agosto de 1968**, CONSIDERANDO TERCERO, en *RDJ*, t. 65, año 1968, 2ª parte, sección 1a, pp. 242 y ss. En igual sentido, en un caso de responsabilidad médica, calificada de carácter contractual, la **sentencia de fecha 15 de abril de 1992**, Corte de Apelaciones de San Miguel, se señala: “20º.- *Que el estudio de los antecedentes probatorios antes mencionados deja en evidencia, como se indica en el fallo de primer grado que se reproduce y complementa, que en la aplicación de la inyección al demandante el demandado Ortega no obró con dolo ni culpa*”, *RDJ*, t. 89, 1992, 2ª parte, sección segunda, pp. 39 y ss. A estas sentencias se deben agregar las que se verán a continuación sobre la presunción de culpa, que junto a exigir el requisito lo da por establecido, salvo prueba en contrario.

⁹⁸⁸ **ARTÍCULO 44: La ley distingue tres especies de culpa o descuido.**

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en los negocios propios. Esta culpa en materia civil equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

ARTÍCULO 1547: El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que

disposiciones, a diferencia de la generalidad de los códigos decimonónicos, **el Código civil chileno acogió expresamente la división tripartita de la culpa**, y sobre la base de ella estableció el principio de la exigencia del grado de diligencia atendiendo a la utilidad del contrato, según lo establecido en el artículo 1547 inciso primero.

En definitiva, la doctrina chilena ha visto en las disposiciones citadas la exigencia de la culpa como fundamento de la responsabilidad contractual, a la que definen como la falta de diligencia del deudor. Así por ejemplo, ABELIUK indica que en la responsabilidad subjetiva, se requiere que el incumplimiento dañoso sea imputable al deudor y lo es cuando hay dolo o culpa⁹⁸⁹; GATICA, por su parte, señala que se requiere que la acción u omisión sea culpable, es decir, que se deba a la mala fe o la negligencia del deudor, y cuando el incumplimiento es el resultado de la negligencia sólo se responde de los perjuicios previstos⁹⁹⁰. Ulltimamente, en la misma orientación anterior, RODRÍGUEZ, señala que *“la culpa no dolosa en el ámbito contractual se nos presenta asociada a imprudencia, descuido o negligencia...”*⁹⁹¹. De esta manera, la responsabilidad contractual se estima de naturaleza eminentemente subjetiva. Sin embargo, y no obstante ser lo anteriormente expuesto lo representativo de la opinión inmensamente mayoritaria, han existido autores tradicionales como CLARO, quien ya en su tiempo, si bien participaba de la concepción subjetiva en materia contractual, hacía presente

reporta beneficio.

El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.

La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.

ARTÍCULO 1672: *Si el cuerpo cierto perece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación del deudor subsiste, pero varía de objeto; el deudor es obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor.*

⁹⁸⁹ *Las obligaciones*, cit., p. 675.

⁹⁹⁰ *Aspectos de la indemnización de perjuicios*, cit., pp. 75 y 76.

⁹⁹¹ RODRÍGUEZ GREZ, PABLO, *Responsabilidad contractual*, Edit. Jurídica de Chile, 2003, pp. 142 y ss. De lo anterior se aprecia en general que la doctrina no ha distinguido entre la función de culpa como elemento que determina la imputabilidad o no del incumplimiento y la diligencia integradora como contenido de la obligación asumida.

que la culpa podía ser no sólo la falta de diligencia, sino también el mero incumplimiento⁹⁹².

Si bien, lo expuesto hasta el momento constituye la jurisprudencia y doctrina tradicional e imperante hasta el día de hoy, modernamente algunos autores han iniciado una revisión del verdadero fundamento de la responsabilidad y empiezan a desligarla de su supuesto fundamento culpabilístico. Así, GARCÍA GONZÁLEZ, en su trabajo sobre las obligaciones de medios y resultado para la responsabilidad contractual, afirma que la única eximente de responsabilidad es el caso fortuito y no lo es la ausencia de culpa, porque sólo en las obligaciones de medio, la diligencia constituye cumplimiento o pago⁹⁹³. PIZARRO, por su parte, también distingue entre obligaciones de medio y resultado en materia contractual, e indica que en estas últimas, que son la mayoría, la responsabilidad es objetiva, y los problemas de exoneración serían de causalidad y no de culpabilidad⁹⁹⁴.

Pero sin duda, hasta el momento es BARAONA, quien con mayor fuerza ha defendido la idea de la objetivación de responsabilidad. Distingue para estos efectos entre la pretensión de la *aestimatio rei*, que es acción de cumplimiento, de la pretensión indemnizatoria. Con relación a la primera, la culpa no actúa como factor de imputación, porque corresponde a lo que el deudor se obligó. En lo que concierne a los daños propiamente tales, distingue entre las obligaciones de actividad y resultado, precisando que en las primeras la prueba de la diligencia no es causa de exoneración, sino que constituye

⁹⁹²En un primer momento, CLARO señala que la falta del deudor al cumplimiento de sus obligaciones puede ser voluntaria, (dolo), o no intencionada, y que esta última es el resultado de su imprudencia torpeza o negligencia, a la que se da el nombre de culpa. Más adelante aclara que la culpa contractual incide principalmente en los contratos y consiste —y esto es lo interesante—, en no ejecutar o ejecutar mal una obligación resultante de un contrato. Como se puede apreciar, nuestro connotado autor no aclara del todo si para él la culpa contractual es falta de diligencia o simplemente mero incumplimiento de la obligación contractual. Ver *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, cit., t. 11, pp. 497, 498, 518 y 519.

⁹⁹³ Este autor señala que una vez determinado el incumplimiento, “la única causal de exoneración de responsabilidad, porque elimina la imputabilidad, es el caso fortuito, en ningún caso la ausencia de culpa”. Sin embargo, y no obstante estas afirmaciones que pudieran dar a entender que postula una concepción objetiva de la responsabilidad, la verdad es que del conjunto de sus ideas, parece más bien que sigue fundando la responsabilidad en la culpa del deudor. Para más antecedentes, ver GARCÍA GONZÁLEZ, ALEJANDRO, *Responsabilidad contractual. Obligaciones de medios y resultados*, edit. LexisNexis, Chile, 2002, en especial pp. 105 y ss., 108 y ss., y 182 a 184.

⁹⁹⁴PIZARRO WILSON, CARLOS, “La fuerza mayor como defensa del deudor. A propósito de la

cumplimiento. En suma, concluye que el factor de atribución de daños no es la culpa, sino la infracción contractual. Por lo mismo, indica que la prueba de la diligencia debida no es causa de exoneración, sino que es necesario probar el caso fortuito⁹⁹⁵.

No obstante estos valiosos aportes doctrinarios, hasta el momento ha resultado infructuoso el intento de variar la orientación de corte subjetivista que existe en materia contractual, al punto que ni siquiera se ha abierto un debate al respecto. Tanto es así, que algún fallo ha llegado a declarar que nuestro sistema no reconoce la clasificación de obligaciones de medios o resultados (vía usualmente utilizada para cuestionar el papel de la culpa como fundamento de la responsabilidad), y con ello se niega la distinción entre diligencia promotora e integradora de la responsabilidad⁹⁹⁶. Obviamente se trata de una situación aislada y expresamente superada con los recientes pronunciamientos de la Corte Suprema y de la Corte de Apelaciones de Santiago, que han reconocido en forma expresa la existencia de obligaciones de resultado en materia contractual, y por lo mismo la clasificación que distingue entre unas y otras⁹⁹⁷; pero que en todo caso refleja el rechazo a la revisión de los conceptos que giran en torno al fundamento de la responsabilidad contractual.

restricción de suministro de gas a Chile”, *Gaceta Jurídica*, n. 288, 2004, p. 13.

⁹⁹⁵ BARAONA GONZÁLEZ, JORGE, “Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: Apuntes para una relectura en clave objetiva”, En *Revista Chilena de Derecho*, v. 24, enero-abril de 1997, pp. 166 y ss.

⁹⁹⁶ Nos referimos a la **sentencia de fecha 31 de enero de 2002**, de la Corte de Apelaciones de Santiago, en cuyo CONSIDERANDO CUARTO expresa: “...cabe señalar que la clasificación de las obligaciones que distingue entre las de resultado y de medio o prudencia, es desconocida en el Código civil...”, en *RDJ*, t. 99, año 2002, 2ª parte, sección 2ª, pp. 9 y ss. Hacemos presente que desde siempre la jurisprudencia en forma implícita ha reconocido la clasificación, en especial en lo referente a los contratos de prestación de servicios profesionales, para considerar que ellos encierran obligaciones de diligencias. Pero en el caso citado, el demandado alegó la excepción del contrato no cumplido, fundado en que el proyecto obtenido por el actor era de menor envergadura que el proyecto primitivo y al ser la obligación de resultado, no se encontraba cumplida la prestación. La corte aceptó que el proyecto obtenido era diferente al proyecto primitivo (entendemos el que era objeto de la obligación del actor conseguir), pero no se pronunció si la obligación era de medios o resultados, sino que simplemente desconoció tal clasificación indicando que la presunción de culpa del artículo 1547 no hace diferencias por lo que no es posible sostener la existencia de obligaciones de resultado y de medio.

⁹⁹⁷ Nos referimos a la sentencia de la Excm. Corte Suprema de fecha 24 de septiembre del año 2007, Rol 4103-05, CONSIDERANDO VIGESIMO QUINTO y de la Corte de Santiago de fecha 22 de noviembre del año 2006 Rol 5515-01, CONSIDERANDO SEXTO.

Más allá de estas nuevas orientaciones doctrinales, lo cierto es que si no atenemos a la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, y entendemos que el fundamento de la responsabilidad contractual es la culpa, significa que al acreedor no le basta probar el incumplimiento, sino que debe acreditar también la culpa del deudor. En otras palabras, la demanda de indemnización de perjuicios pasaría a requerir un doble fundamento: el incumplimiento y la culpa del deudor, a diferencia de la aquiliana que se bastaría con uno solo. Para escapar a la crítica que ello pudiera significar, **la doctrina ha sostenido desde siempre que la culpa del deudor se presume, y fundan esta afirmación en el artículo 1547 inciso tercero del Código civil**⁹⁹⁸; situación que en todo caso no se diferencia de la doctrina de los demás países que postulan la concepción subjetiva de la responsabilidad contractual. La jurisprudencia ha sido también invariable en este postulado⁹⁹⁹.

Debido a esta presunción de culpabilidad, en principio la situación en términos prácticos sería similar a la que existiría si se considerara que la responsabilidad contractual es de naturaleza objetiva. Pero esta similitud es sólo en principio, pues la diferencia entre una u otra opción afloran inmediatamente, por ejemplo respecto a la prueba que permite al deudor exonerarse: ¿Es necesario acreditar el caso fortuito o, por el contrario, le bastará demostrar haber actuado sin culpa? Y la doctrina y jurisprudencia chilena, que se muestran prácticamente unánimes en la concepción subjetiva de la responsabilidad contractual, ya no son capaces de dar una respuesta unitaria a esta interrogante, con la consiguiente incertidumbre para el acreedor.

⁹⁹⁸ CLARO, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, cit., p. 524, señala que el deudor deberá demostrar que la inexecución de la obligación no procede de culpa suya, como lo dispone el 1547, y ello está de acuerdo con los principios generales que rigen la materia de prueba. Situación diferente se produce en materia extracontractual en que se debe probar la culpa. ABELIUK, *Las obligaciones*, cit., p. 684, indica que la culpa contractual se presume; la ley no lo ha dicho en tales términos, pero si con claridad más que suficiente en el artículo 1547 inciso 3º, y el artículo 1671 señala que siempre que la cosa perece en poder del deudor, se presume que fue por hecho o culpa suya. En igual sentido, GATICA, *Aspectos de la indemnización de perjuicios*, cit., p. 75 y RODRÍGUEZ, *Responsabilidad contractual*, cit., pp. 170 y ss.

⁹⁹⁹ A título meramente ejemplar, **sentencia de la Corte Suprema de fecha 5 de noviembre de 2001**, CONSIDERANDO 20: “*En efecto, tratándose de responsabilidad contractual, la culpa del demandado se presume, debiendo éste probar que empleó la debida diligencia o cuidado...*”, en *RDJ*, t. 98, año 2001, 2ª parte, sección 1ª, pp. 234 y ss.

Seguir extendiéndonos sobre el tema sería desviarnos del objetivo del presente trabajo. Por lo que a modo de conclusión, podemos indicar que, sin perjuicio de que actualmente la doctrina y jurisprudencia chilena consideren que la expresión no dolo comprende en forma casi exclusiva los casos de incumplimiento culposo, lo cierto es que se trata de una fórmula abierta que no prejuzga sobre el fundamento subjetivo u objetivo de la responsabilidad contractual, y es perfectamente viable acoger en ella cualquier hipótesis que no sea una actuación dolosa. En consecuencia, *en la expresión negativa no dolo deben encontrar acomodo los mismos supuestos que en el derecho español lo hacen bajo el término buena fe*, sólo que debido a un menor desarrollo doctrinario sobre los factores de imputación, se sigue estimando en Chile que con ella se alude fundamentalmente a casos de incumplimiento culposos, sin perjuicio de incluir también el caso fortuito, cuando el deudor expresamente se halla sometido a ellos.

En resumen, se comprende en la fórmula no dolo cualquier supuesto que implique responsabilidad por el incumplimiento y que no pueda calificarse de doloso.

II.- CRITERIOS DE EXTENSION DEL PERJUICIO APLICABLES.

Si atendiéramos exclusivamente al tenor literal del artículo 1558, podríamos afirmar que a los deudores no dolosos se les aplica únicamente el criterio de la *previsibilidad*, y a los dolosos estaría reservada la exigencia *consecuencia inmediata y directa*. Sin embargo, y no obstante la literalidad de la norma, lo cierto es que la doctrina siempre ha considerado que para la primera clase de incumplidores rigen las dos reglas de valoración del *quantum*. Y no podría ser de otra forma, desde el momento que sostienen que la

clasificación de daños previstos e imprevistos es una subdistinción de los directos¹⁰⁰⁰.

La jurisprudencia es del mismo parecer. Señala que el incumplidor doloso responde de todos los perjuicios *directos*, mientras que el culposo sólo deberá reparar aquellos que además de ser *directos*, son también *previstos* o *previsibles*. Estima, en consecuencia, que ambos criterios se aplican en forma copulativa al deudor negligente. Ya dos antiguas sentencias de 1927 y 1933 señalaban que cuando hay dolo los perjuicios tiene que ser una consecuencia inmediata o directa del incumplimiento, y en caso de culpa, deben también ser previstos o previsibles al momento de contratar¹⁰⁰¹. Esta idea es hasta el día de hoy una constante, que encuentra confirmación, explícita o implícitamente, en diversas sentencias. Así, un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago del año 2002, al referirse al daño moral contractual, indicaba: “*la existencia de responsabilidad contractual no excluye la procedencia del daño moral, toda vez que se trata de un perjuicio directo y previsible al que es aplicable lo dispuesto en los artículos 1556 y 1558 del Código Civil...*”¹⁰⁰².

En resumen, no existe discusión en el derecho chileno sobre la idea de que al deudor no doloso se le aplican ambos criterios de valoración del *quantum* (previsibilidad y consecuencia inmediata y directa). Por lo demás, esta ha sido la posición imperante igualmente en Francia, pese a que en dicho país

¹⁰⁰⁰ GATICA, *Aspectos de la indemnización de perjuicios*, cit., p. 106, expresa que la clasificación perjuicios previstos e imprevistos es una distinción propia de los daños directos, ya que los indirectos son siempre imprevistos. ALESSANDRI y SOMARRIVA dicen que en caso de culpa solo se sancionan los directos previstos (ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO y SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, *Derecho civil. De las obligaciones*, t. 3, Edit. Nacimiento, Santiago de Chile, 1942, pp. 206 y ss.). TAPIA señala que los daños previstos e imprevistos son siempre directos (TAPIA SUÁREZ, ORLANDO, *De la responsabilidad en general y de la responsabilidad delictual entre contratantes*, Escuela Tipográfica Salesiana, Concepción – Chile, 1942, N° 63, pp. 95 y ss.). Finalmente, ABELIUK indica que la mayoría de los autores considera la clasificación de los daños previstos e imprevistos una división de los daños directos, *Las obligaciones*, cit., pp.734 y 735.

¹⁰⁰¹ **Sentencias de la Corte Suprema de de fecha 9 de noviembre de 1927**, CONSIDERANDO QUINTO, y de **28 de diciembre de 1933**, CONSIDERANDO DECIMO, en *RDJ*, t. 25, 1928, 2ª parte, sección 1ª, pp. 473 y ss., y t. 31, año 1933, 2ª parte, sección 1ª, pp. 157 y ss., respectivamente. En el mismo sentido, **sentencia de la Corte de apelaciones de Santiago de fecha 21 de octubre de 1952**, CONSIDERANDO DECIMO OCTAVO: “*...ha podido necesariamente prever que al no cumplirse esa obligación y privarse del predio al actor, se le ha ocasionado el perjuicio, consecuencia directa del incumplimiento...*”, en *RDJ*, t. 50, año 1928, 2ª parte, sección 1ª, pp. 502 y ss.

el tenor literal de los artículos 1150 y 1151 da también pie para sostener lo contrario¹⁰⁰³. Corresponde, por tanto, estudiar cómo se han interpretado estas reglas en Chile.

1.- CONSECUENCIA INMEDIATA Y DIRECTA.-

Aunque con diferente terminología, Chile y España coinciden en la adopción del presente criterio de extensión del *quantum*. Vale, en consecuencia, toda la exposición doctrinaria desarrollada en su oportunidad; en especial, nuestra concepción del daño *necesario* y las reglas o principios que incluye: deber de mitigación y anormalidad del perjuicio. Como se comprenderá, resulta ocioso volver a reiterar las ideas ya expresadas. Aquí simplemente se estudiará como se ha abordado por la doctrina y la jurisprudencia chilena la exigencia *consecuencia inmediata y directa*, y en forma previa, revisaremos si se ha adoptado o no las dos funciones de la causalidad y la concepción sobre la naturaleza del nexo causal.

A.- LA DISTINCION DE LAS DOS FUNCIONES DE LA CAUSALIDAD.

Señalamos que en España es criticable la poca atención que la doctrina y la jurisprudencia han puesto a los problemas causales. En especial, es preocupante el evidente descuido para dotar al criterio *consecuencia necesaria* de un verdadero contenido técnico-jurídico, pues, en general, se conforman con aplicar doctrinas extranjeras sin una adecuada coordinación con los textos legales existente. Esta crítica tiene aún mayor fuerza en el caso de Chile, donde autores y tribunales prácticamente no se han abocado a la tarea de determinar el real significado del la regla *consecuencia inmediata y directa*.

¹⁰⁰² *Gaceta Jurídica*, n. 275, **Sentencia de la Corte de apelaciones de Santiago de fecha 9 de julio de 2002**, rol 3.916-2001, CONSIDERANDO DECIMO.

Partamos por indicar que ***la distinción de las dos funciones de la causalidad es prácticamente desconocida por los autores chilenos.*** Representantes de la doctrina tradicional, como CLARO, ALESSANDRI y GATICA no la contemplan; incluso autores más recientes, como ABELIUK y RAMOS tampoco recogen tal distinción, a lo menos expresamente. No obstante lo anterior, nos da la impresión de que en forma implícita e inconsciente sí es tenida en cuenta.

Ejemplos de autores que parecen tener presente la dos funciones de la causalidad aunque sin explicitarla es GATICA, como se aprecia de sus palabras, cuando indica: “*el legislador chileno no ha pasado por alto la necesidad de este vínculo causal, sino que, por el contrario, implícitamente lo reconoce cuando habla en el artículo 1558 del Código civil de imputar dolo al deudor; ya que imputar significa atribuir algo a una persona. Y cuando agrega en la misma disposición que los perjuicios indemnizables deben ser consecuencia directa e inmediata del incumplimiento de la obligación”¹⁰⁰⁴. ABELIUK es otro de los que parece implícitamente razonar con la distinción, al expresar que en la pluralidad de causas (cuestión propia de la primera función), la falta de cualquiera de ellas impide la producción del perjuicio; circunstancia que permite diferenciarla del *daño indirecto*, donde el hecho ilícito no influye en su acaecimiento, pues en su ausencia de todas formas él tendría lugar¹⁰⁰⁵. Además, en apoyo de esta idea de un razonamiento implícito sobre la base de las dos funciones de la causalidad, podemos mencionar que siempre cuando se aborda la clasificación de los daños *directos* e *indirectos*, se hace alusión al rompimiento de la cadena de perjuicios o, en palabras de JOSSERAND, a la *cascada de daños*, cuestión propia de la segunda función de la causalidad.*

No obstante, se trata de opiniones tangenciales que no forman una doctrina acabada y concreta sobre el tema, y donde la falta de una mención

¹⁰⁰³ Por todos, PLANIOL y RIPERT, en *Tratado práctico de Derecho civil francés*, n. 862, p. 173.

¹⁰⁰⁴ *Aspectos de la indemnización de perjuicios*, cit., p. 69. Lo subrayado es nuestro.

¹⁰⁰⁵ *Las obligaciones*, cit., pp. 236 y 237. Como ya hemos señalado, resulta claro que el problema de determinar entre las varias causas, cuál debe ser considerada tal desde el punto de vista jurídico, es un problema que aborda la primera función de la causalidad, a diferencia del daño directo e *indirecto* que es un tema propio de la segunda función de la causalidad.

expresa a las diferentes funciones de la causalidad, no permite avanzar en el significado del *daño directo*, propio de la segunda función. Sin embargo, en el último tiempo ha existido un reducido grupo de autores que sí han efectuado la distinción. Así por ejemplo, ARAYA, que siguiendo a FLOUR y AUBERT, indica que la causalidad puede llegar a enfrentar 3 tipos de problemas diferentes: configurar la responsabilidad, fijar la carga de la reparación que corresponda a cada responsable y, por último, determinar la extensión del daño indemnizable, tema este último donde la causalidad serviría de fundamento a la distinción entre daño directo e indirecto¹⁰⁰⁶. Similar planteamiento encontramos en BARAONA, quien distingue, por un lado, la vinculación causal entre demandado y hecho dañosos, conocido como el *an debetur*, y que algunos autores prefieren llamarlo autoría (señala que se refiere a la detección de un vínculo entre la actuación u omisión del agente supuestamente responsable y el hecho dañosos en sí mismo); y, por el otro, el nexo de causalidad entre el hecho dañoso y sus consecuencias, que se refiere al nexo que debe existir entre un hecho que se supone causó un daño y el daño mismo¹⁰⁰⁷.

La jurisprudencia tampoco ha reconocido expresamente las diferentes funciones de la causalidad; pero esto no significa que no haya hecho aplicación de ellas. Por el contrario, en muchas ocasiones los jueces han resuelto las controversias en atención a la primera función del nexo causal, aunque en forma inconsciente, sin teorizar sobre el problema o, en palabras de TRIMARCHI, poco enterados de lo que hacen. Un ejemplo de lo anterior es la sentencia de la Corte Suprema, de fecha **29 de agosto de 1994**, que debió resolver la demanda contra la empresa encargada de la reparación del motor de un barco pesquero, siniestrado por un desperfecto que daño principalmente al cigüeñal. El máximo tribunal rechazó el recurso de casación y desestimó la demanda, señalando al respecto:

“...el percance experimentado en el barco pesquero no es imputable al demandado, no solo porque se probó que la reparación se llevó a cabo “convenientemente” sino que, lo que es

¹⁰⁰⁶ ARAYA *La relación de causalidad*, cit., pp. 8 y ss.

aún más categórico, no hubo entre el desperfecto del motor y la conducta de la demandada, la necesaria relación causal, para los efectos de responsabilizar a Dicsa por los daños ocasionados por el siniestro...”.

Resulta evidente, aunque no se explicita, que el fallo estimó que no existía la relación de causalidad en su primera función¹⁰⁰⁸.

Digno también de destacarse es la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha **17 de abril de 2002**; y lo es no solamente por referirse al tema en estudio, sino también por ser uno de los pocos que en su decisión utiliza criterios propios de la teoría de la imputación objetiva, como lo demuestra la alusión al *principio de confianza*. Se aborda aquí el accidente sufrido por un helicóptero, al aterrizar en un terraplén de la mina *La Disputada de Las Condes*, demandada en autos. El suceso se produjo por haber autorizado la demandada el descenso del aparato en un lugar que no reunía las condiciones necesarias de seguridad, entre otras razones, por no tener señalización apropiada y existir cables de tendido eléctrico, de cuya presencia ni siquiera se advirtió al piloto. Señala textualmente el fallo.

*“Que conforme a tales antecedentes resulta establecido el deber de cuidado de quien actuaba por la Compañía Minera La Disputada de Las Condes S.A., en orden a que sus conocimientos específicos sobre el sector, le obligaban a abstenerse de señalar a sus contratistas de la existencia de un terraplén que servía de helipuerto ocasional, puesto que estaba en antecedentes de los riesgos extraordinarios o anormales que importaba operar en ese lugar, los cuales excedían los normalmente aceptables, tanto por la cantidad de cables de tendido eléctrico existentes en el lugar, como por la falta de señalización de los mismos, o si se quiere, **por el hecho que de señalarse ese lugar como helipuerto eventual, no se especificó adecuadamente los factores de riesgo desmedido del sector**, esto es la existencia de multiplicidad de cables de alta tensión en el lugar, dejando de adoptar las medidas precaución mínimas que le son exigibles en tales condiciones, de acuerdo a las circunstancias y situación específica de estas personas, atendido el conocimiento que tenían del terreno”*

¹⁰⁰⁷ “La causa del daño en la jurisprudencia reciente”, En *Revista Chilena de Derecho*, v. 30, mayo-agosto de 2003, pp. 349 y ss.

¹⁰⁰⁸ CONSIDERANDO 19, en *RDJ*, t. 91, año 1994, 2ª parte, sección 1ª, pp. 74 y ss. Ver también BARAONA “La causa del daño en la jurisprudencia reciente”, cit., p. 350.

Que a lo anterior se une el hecho que se transgrede con la conducta expresada el principio de confianza de los contratistas, quienes haciendo fe de lo apropiado de los medios que se le indican, proceden a poner en conocimiento del piloto lo informado, señalándole que el terraplén aludido era utilizado como helipuerto ocasional, razón por la cual esta persona se dirige al lugar, sin tomar mayores providencias que respecto de aquellos riesgos que pudo prever normalmente, entre los que no se encuentra el advertir un tendido eléctrico y cables de seguridad que no eran fácilmente apreciables a simple vista...”¹⁰⁰⁹.

De esta manera, se decidió que entre las diversas condiciones que llevaron al accidente, la que debía ser tenida por causa de la misma era la actitud negligente de parte de los operarios de la compañía minera, al permitir aterrizar un helicóptero en un lugar inadecuado y peligroso y no advertir la existencia de los cables eléctricos que desencadenaron el evento. Para llegar a esta conclusión, y no considerar por ejemplo que fue la maniobra del piloto la causa del siniestro, utiliza el razonamiento propio de la teoría de la imputación objetiva, como son el incremento del riesgo y el principio de confianza. No obstante, y aunque el fallo hace este avance dogmático importante, lamentablemente, la fuerza de la tradición lo obliga a terminar justificando su decisión sobre la base de la equivalencia, como se aprecia de su considerando diecinueve¹⁰¹⁰.

B.- EL DAÑO DIRECTO EN EL DERECHO CHILENO.

Establecido que la doctrina y jurisprudencia chilena si bien son ajenas a la distinción teórica de las dos funciones de la causalidad, a lo menos

¹⁰⁰⁹ CONSIDERANDOS DIECISIETE y DIECIOCHO, en *Gaceta Jurídica*, n. 262.

¹⁰¹⁰ “*Que respecto de la relación causal entre el hecho negligente o culpable y los daños producidos debe dejarse dicho que corresponde evaluarlos en forma independiente de acuerdo a los diferentes partícipes, con el objeto de precisar la causa determinante o la que sin su concurrencia no se hubiera producido el hecho que originó el daño. Sin embargo, quien sufrió el daño puede dirigir su pretensión contra uno o todos los posibles responsables. Así en el caso de autos el recurso de apelación se dirige en orden a establecer la responsabilidad de la Compañía Minera La Disputada de Las Condes Sociedad Anónima que, como se desprende de la situación de hecho, resulta concurrente con el actuar erróneo del piloto. En tales condiciones se encuentra acreditada la relación de causalidad, desde el momento que de no haberse señalado el terraplén como helipuerto eventual o encontrarse señalizado por balizas los cables de alta tensión y de seguridad, éstos pudieron haber sido advertidos con facilidad por el piloto y el hecho en que se sustenta la acción no se hubiera producido, con lo cual queda establecido el carácter determinante del actuar que se reprocha a la demandada*”. La negrilla y subrayado es nuestro.

en forma implícita parecen tenerla presente, nos corresponde analizar el sentido y alcance que se ha dado a la exigencia del *daño directo* como criterio de valoración del *quantum*.

Adelantando conceptos, podemos decir que la situación desde el punto de vista teórico no resulta alentadora en el Derecho chileno: tradicionalmente, la jurisprudencia ha entendido que la causalidad es una cuestión fáctica que escapa al control de casación y que la teoría aplicable para su determinación es la equivalencia de las condiciones. Corolario de todo lo anterior, es su idea que la exigencia del *daño directo* es una mera cuestión de hecho, sin contenido jurídico.

La doctrina no lo ha hecho mucho mejor, pues si bien un sector ha intentado distinguir en el nexo causal aspectos jurídicos y fácticos; la mayoría, sino la totalidad, coincide con la jurisprudencia en la concepción del *daño directo* como una simple cuestión de hecho. De esta forma, se le desconoce al mismo toda significación jurídica, y se lo inutiliza como criterio de extensión del perjuicio. Afortunadamente, estos equívocos teóricos no han llegado a situaciones del todo insatisfactorias; pero ello se debe a que se ha acudido a diferentes medidas para impedirlo, sin darse cuenta que la debida comprensión de las reglas del *quantum*, entre ellos la exigencia *consecuencia inmediata y directa*, permitirían un mejor resultado teórico y práctico.

a.- La naturaleza del nexo causal.

La Corte Suprema ha mantenido prácticamente invariable su posición de tratarse de una mera cuestión de hecho, cuya apreciación es reservada a los jueces de fondo. Así por ejemplo, en **sentencia de 5 de noviembre de 2001** señala textualmente:

*“...uno de los presupuestos fácticos del fallo es la existencia del nexo causal...y, por ende, no puede este tribunal, conociendo el recurso de casación en el fondo, alterar este hecho”*¹⁰¹¹.

En la misma línea jurisprudencial, entre muchas otras, podemos citar las sentencias de fecha 7 de Mayo de 1992¹⁰¹² y 2 de septiembre de 1999¹⁰¹³.

Un importante sector de la doctrina ha discrepado del postulado anterior, y desde hace ya bastantes años vienen afirmando que a lo menos algunos de los elementos del nexo causal son de naturaleza jurídica. Esta era el parecer de ALESSANDRI, para quien: “*Los jueces de fondo establecen soberanamente los hechos materiales, de donde el actor pretende derivar la relación causal. Pero determinar si esta relación existe, si el daño ha tenido o no por causa necesaria el hecho ilícito, es una cuestión de derecho susceptible por tanto de ser revisada por la Corte de Casación*”¹⁰¹⁴. En opinión de DOMÍNGUEZ, también hay que distinguir dos aspectos diferentes: el criterio que ha de seguirse para determinar el nexo causal y la aplicación de dicho criterio a los hechos. Lo primero es una cuestión de derecho, porque se refiere a la noción misma de causalidad; lo segundo, es de puro hecho¹⁰¹⁵. ABELIUK, por su parte, y sin mayor explicación, indica que parece errada la opinión de la Corte Suprema respecto a ser la determinación de la causalidad una mera cuestión fáctica. Opinan también en similar sentido autores como ARAYA¹⁰¹⁶ y BARAONA¹⁰¹⁷.

No obstante la posición doctrinaria anterior, la Jurisprudencia mantuvo inalterable durante muchos años su postulado respecto a que el nexo causal era una cuestión de mero hecho. Sin embargo, en forma reciente, la Corte Suprema, por **sentencia de fecha 26 de enero de 2004**, dio un vuelco radical a concepción de la causalidad y reconoce en ella la existencia de aspectos jurídicos junto a los meramente fácticos, al decir que se distinguen elementos naturalísticos y normativos. Expresa el máximo tribunal:

“...la causalidad es una cuestión estrictamente de hecho en su primer aspecto -el naturalístico-, esto es, entendido como condición necesaria de responsabilidad; pero la atribución normativa del daño al hecho ilícito (daño directo) encierra elementos

¹⁰¹¹ RDJ t. 98, 2ª parte, sec. 1ª, pp. 234 y ss.

¹⁰¹² RDJ t. 89, 2ª parte, sec. 1ª, pp. 41 y ss.

¹⁰¹³ RDJ, t. 96, 2ª parte, sec. 1ª, pp. 148 y ss. En igual sentido, ver también en RDJ, t. 5, 2ª parte, sec. 1ª, p. 144; t. 25, 2ª parte, sec. 1ª, p. 435; t. 27, 2ª parte, sec. 1ª, p. 557; t. 28, 2ª parte, sec. 1ª, p. 747; t. 32, 2ª parte, sec. 1ª, p. 538; y t. 39, 2ª parte, sec. 1ª, p. 79;

¹⁰¹⁴ *De la responsabilidad extracontractual en el derecho chileno*, cit., n. 161, pp. 248 y 249.

¹⁰¹⁵ *Aspectos de la relación de causalidad*, cit., p. 127

¹⁰¹⁶ *La relación de causalidad*, cit., pp. 53 y ss.

y aspectos de derecho y, como tal, es susceptible de ser revisado por la Corte Suprema mediante el presente recurso de casación en el fondo".¹⁰¹⁸

Esta sentencia marca un quiebre de tendencia, y no sólo en cuanto a concebir a la causalidad sujeta al control casacional de la Corte Suprema por contener aspectos de derecho, sino también porque representa un giro en otros temas de interés. En primer lugar, se aprecia el abandono de la teoría de la equivalencia de las condiciones, y su reemplazo por una cercana a la imputación objetiva, al hablar, por ejemplo, del fin protector de la norma. En segundo lugar, porque diferencia el nexo causal en su sentido material del daño directo, y este último pasa a ser el elemento normativo de la relación causal. Hacemos presente que esta nueva doctrina jurisprudencial parece ir

¹⁰¹⁷ “La causa del daño en la jurisprudencia reciente”, cit., pp. 348 y 349.

¹⁰¹⁸ Sentencia Corte Suprema, 4ª sala, 26 de enero de 2004, N° ingreso 2.947-02 (las negrilla es nuestra). Por su importancia, transcribimos los considerandos fundamentales.

Cuarto: *Que tradicionalmente se ha estimado que la causalidad exige que entre el hecho y el daño exista una relación necesaria y directa y si bien estas expresiones resultan un tanto vagas para resolver los casos más complejos, tienen la virtud de destacar los elementos determinantes de la causalidad: el naturalístico y el normativo. El primero exige una relación natural de causalidad, que se expresa en un nexo de causa a efecto, y el segundo, que el daño resulte atribuible normativamente al hecho.*

Quinto: *Que la responsabilidad por culpa supone una infracción a un deber de cuidado, de modo que la calificación reparatoria tiene por condición que el responsable haya incurrido en un hecho ilícito y de modo que por contravenir dicho deber de cuidado, el autor del hecho debe reparar los daños resultantes. En este contexto, se plantea un problema de atribución de los daños al hecho, si a pesar de haberse realizado un acto que civilmente es ilícito, no existe, sin embargo relación entre el daño y el equívoco, fin protector de la norma.*

Sexto: *Que, con todo, la causalidad es una cuestión estrictamente de hecho en su primer aspecto -el naturalístico-, esto es, entendido como condición necesaria de responsabilidad; pero la atribución normativa del daño al hecho ilícito (daño directo) encierra elementos y aspectos de derecho y, como tal, es susceptible de ser revisado por la Corte Suprema mediante el presente recurso de casación en el fondo.*

Séptimo: *Que el daño sufrido por la sociedad demandante, en la especie, consiste en la pérdida de las acciones legales y fundamentales para su cobro, siendo la acción criminal el principal medio que poseen los acreedores para obtener el pago de los créditos, lo que, además, es motivo evidente de su amplia aceptación en el mundo comercial y lo distingue de otros instrumentos dentro del sistema económico; todo lo cual hace concluir que tal situación está en estricta y directa relación con la actuación negligente de la entidad financiera demandada.*

Octavo: *Que al estimar, en consecuencia, los jueces recurridos que el error del banco demandado al verificar el domicilio del cuentacorrentista no puede considerarse como un hecho doloso o culposo que haya causado daño, evidentemente ha incurrido en un error de derecho en cuanto a la atribución normativa del daño al hecho ilícito, equívoco que ha influido de manera sustancial en lo dispositivo del fallo recurrido, desde que condujo al rechazo de la acción resarcitoria intentada, pues de obrar interpretando correctamente el artículo 2314 del Código Civil, en los términos ya indicados, los sentenciadores habrían debido confirmar, en todas sus partes, la sentencia de primer grado.*

asentándose, como lo demuestran los fallos del máximo tribunal de fecha 31 de agosto de 2005¹⁰¹⁹ y 26 de septiembre de 2006¹⁰²⁰.

Ahora bien, al igual que en España, para la determinación del nexo causal en su segunda función, antes que estudiar los criterios de valoración del *quantum* propios del sistema latino y recogidos en la legislación, se ha preferido lisa y llanamente importar las teorías de la causalidad, sin hacer el correspondiente encuadramientos dentro de los textos legales, sino que superponiéndolas a ellas. Pero existe una diferencia entre ambos países: en España tradicionalmente la jurisprudencia se inclinó por la doctrina de la causalidad adecuada, y actualmente lo hace por la imputación objetiva, teniendo en común ambas el hecho de ser en realidad teorías jurídicas de la causalidad. Los tribunales chilenos, por el contrario, parecen inclinarse por la de la equivalencia¹⁰²¹.

En realidad, la jurisprudencia no ha adscrito expresamente a ninguna teoría causal; pero la doctrina interpreta que se ha seguido la de la equivalencia. En este sentido, ALESSANDRI expresa que cuando la causa del daño es una sola no existe problema, pero en la mayoría de los casos las causas que generan un perjuicio son múltiples. En tales supuestos, basta que entre las causas se encuentre un hecho doloso o culpable, sea próximo o remoto, mediato o inmediato, que haya sido elemento necesario y directo del daño, es decir, que sin él este no se habría producido, aunque concurrieren las

¹⁰¹⁹ CONSIDERANDO VIGÉSIMO PRIMERO: *Que, tal como lo ha fallado esta Corte Suprema, definir la concurrencia de la relación causal no sólo encierra la apreciación de elementos de orden fáctico si el hecho es condición necesaria de responsabilidad pues comprende igualmente aspectos de carácter jurídico atribuir el daño a la acción u omisión ilícita y que aunque los primeros deben ser establecidos soberanamente por los jueces del fondo por tratarse de una cuestión de hecho los segundos corresponden a una materia de derecho que puede ser revisada por este tribunal de casación (sentencia de 26 de enero de 2004 recaída en el rol de ingreso N° 2742 02, de la Corte Suprema). LexisNexis 32741 ([www.http://productos.lexisnexis.cl](http://productos.lexisnexis.cl)).*

¹⁰²⁰ LexisNexis 35304, en ([www.http://productos.lexisnexis.cl](http://productos.lexisnexis.cl)).

¹⁰²¹ Es preciso aclarar que la teoría de la imputación objetiva en Chile, al día de hoy, es prácticamente desconocida en nuestra doctrina y jurisprudencia. Ello, porque salvo los aportes doctrinarios de unos pocos autores como BARAONA y ARAYA, en el ámbito civil esta teoría no ha sido objeto de mayor análisis. Por lo tanto, la elección por parte de los tribunales se reduce básicamente a la teoría de la equivalencia y de la causalidad adecuada. No obstante lo anterior, no podemos olvidar que algunos fallos parecen razonar sobre la base de criterios típicos de esta teoría, al referirse al principio de confianza, incremento del riesgo y fin de la norma. Esto último, permite pensar que tal vez, en un futuro no muy lejano, empiece a existir expresos pronunciamiento a favor de la teoría de la imputación objetiva o causalidad jurídica, como también se le conoce; de forma similar a como ha ocurrido en España.

demás causas. Esta es —dice ALESSANDRI—, la teoría de la equivalencia de las condiciones. Agrega que es la adoptada por el código en materia de responsabilidad por el hecho ajeno, y, aunque la jurisprudencia no se ha pronunciado de un modo expreso, es la que informaría las decisiones de los tribunales chilenos¹⁰²². ABELIUK, por su parte, señala que nuestra jurisprudencia, ha aplicado la equivalencia de las condiciones y así ha resuelto que si una persona fallece a causa de una gangrena sobrevenida a causa del accidente, el daño es directo, porque se responde de todos los perjuicios inmediatos y mediatos o remotos, pues a no mediar el evento, la lesión no habría ocurrido¹⁰²³.

Una posición más escéptica es la de BARAONA, quien manifiesta que las sentencias no siguen teorías claras y estables, pues si bien parece existir un decantamiento a favor de la equivalencia, el análisis en los fallos es poco profundo y muy elemental. La razón de esta falta de desarrollo doctrinal estaría en la raíz subjetiva de la responsabilidad, y en este contexto los tribunales simplemente trasladarían los problemas propios de la relación causal al análisis de la culpa¹⁰²⁴.

Por nuestra parte, podemos decir que en pocas ocasiones la jurisprudencia ha señalado en forma expresa que opta por la equivalencia. Hay, eso sí, algunos fallos en los cuales sin adscribir a esta teoría, se puede deducir su opción por ella en base al razonamiento utilizado; otras sentencias parecen también seguirla, pero añaden un criterio de imputación que restringe o precisa la responsabilidad; y, por último, están aquellas en las que simplemente no existe ningún pronunciamiento sobre el tema.

Ejemplo de la primera clase de fallos es la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco de fecha **28 de mayo de 1991**, que en su considerando 11, señala:

“... la causa de un daño puede ser única o múltiple. En este último caso se aplica la teoría de la equivalencia de las condiciones en que se estima que todos los

¹⁰²² *De la responsabilidad extracontractual en el derecho chileno*, cit., n. 156, p. 242 y ss.

¹⁰²³ *Las obligaciones*, cit., p. 238.

¹⁰²⁴ “La causa del daño en la jurisprudencia reciente”, cit., pp. 346 y 347.

hechos que han concurrido a producir un daño son considerados como causas de todo él y, por tanto, como equivalentes".¹⁰²⁵

Como ejemplo de la segunda categoría, es decir, aquellos fallos que sin decir expresamente que optan por la teoría de la equivalencia, puede deducirse su opción del razonamiento utilizado, tenemos la sentencia de la Corte Suprema de fecha **20 de octubre de 1994**, que en su considerando tercero, reproduce y declara correcto lo expresado en la resolución de primera instancia, al indicar:

*"las causas que motivan un daño pueden ser varias y a veces sucesivas pero lo que importa es que todas ellas hayan contribuido en forma directa y necesaria a generarlo, **de modo que si alguna hubiere fallado, con certeza, no se habría producido el daño.** En tal situación, el que incurrió en hecho ilícito o en el incumplimiento contractual que generó directa y necesariamente el daño es obligado a repararlo y no puede excusarse por el hecho de que otra causa, además de su conducta culpable, haya contribuido a producirlo"*¹⁰²⁶.

Finalmente, como ejemplo de pronunciamientos que junto a la equivalencia agregan un criterio de imputación objetiva, recordemos el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha **28 de febrero de 1999**, pues si bien en su considerando decimonoveno sigue el razonamiento propio de esta teoría causal; los considerandos decimoséptimo y decimooctavo de la misma precisan que la demandada es responsable por haber incrementado el riesgo y por haber violado el principio de confianza.

Es importante resaltar eso sí que ***el optar los tribunales chilenos por la teoría de la equivalencia de las condiciones resulta coherente con su tradicional posición de estimar el nexo causal una mera cuestión de hecho***, pues, a diferencias de las otras doctrinas, es una teoría material o física de la causalidad.

b.- El concepto de daño directo.

Establecida la posición de la doctrina y jurisprudencia sobre aspectos como las funciones del nexo causal, la existencia en él de aspectos

¹⁰²⁵ Idem., p. 365.

¹⁰²⁶ RDJ, T. 91, 2ª parte, sec. 1ª, pp. 100 y ss.

de hecho y derecho o solo cuestiones fácticas, y sobre la teoría causal que recibe mayor aceptación, corresponde ahora analizar el concepto de *daño directo* que se maneja en el Derecho chileno.

Como primera idea, podemos decir que ***tanto la doctrina como la jurisprudencia identifican el daño directo con la relación de causalidad.*** Así por ejemplo, para ALESSANDRI no se puede indemnizar el perjuicio indirecto “*porque entre este daño y el hecho ilícito no hay relación de causalidad...*”¹⁰²⁷. ABELIUK indica que los daños indirectos nunca se indemnizan porque les falta la relación de causalidad entre el hecho ilícito y el daño, “*si la acción u omisión del demandado nada ha tenido que ver con el daño, no se ve a qué título tendría éste que indemnizarlo*”¹⁰²⁸. Participan también de esta posición DIEZ¹⁰²⁹ y ARAYA¹⁰³⁰ entre otros. Así también lo entiende la jurisprudencia, como lo demuestra la sentencia de la Corte Suprema de **5 de noviembre de 2001**¹⁰³¹ y de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha **27 de noviembre de 1993**. Esta última expresa: “*Daños indirectos son, en cambio, aquellos respecto de los cuales no existe relación causal entre la acción u omisión y el menoscabo...*”¹⁰³². En suma, hablar de *daño directo* es hablar de de relación causal y de perjuicio indirecto, de falta de relación causal.

¿Por qué se termina identificando *daño directo* con nexo causal?

En opinión de DOMÍNGUEZ, se debe a que la doctrina ante la disyuntiva de tomar las expresiones *daño inmediato o directo* en su sentido literal (lo que significaría un concepto sumamente estrecho, pues sólo lo sería el primer perjuicio después de la culpa) o darle un sentido más amplio, haciéndolo sinónimo del vínculo de causalidad, opta por lo segundo¹⁰³³.

¹⁰²⁷ *De la responsabilidad extracontractual en el derecho chileno*, cit., n. 149, pp. 232 y 233.

¹⁰²⁸ 230 y 235

¹⁰²⁹ DIEZ SCHWERTER, JOSE LUIS, *El daño extracontractual ante la jurisprudencia. Comentarios*, Fondo de publicaciones, Universidad de Concepción, 1995, pp. 53 y ss.

¹⁰³⁰ *La relación de causalidad*, cit., pp. 129 y ss. y 151. Sin embargo, este autor aunque estima que el fundamento del perjuicio directo es la causalidad, reconoce que el test de la equivalencia de las condiciones resulta demasiado amplio.

¹⁰³¹ *Gaceta Jurídica*, n. 257, p. 39 y ss.

¹⁰³² *Gaceta Jurídica*, n.162, p. 58.

¹⁰³³ *La causalité dans la responsabilité en droit compare français et chilien*, cit., p. 433

Es verdad que la doctrina chilena y comparada nunca ha entendido el término *perjuicio directo* su acepción literal¹⁰³⁴, y, como vimos al analizar el *daño necesario* en el Derecho español, es un hecho evidente y aceptado que dicha expresión tiene un significado legal o jurídico. Si los autores chilenos hubiesen profundizado el sentido histórico de la expresión, como se ha hecho en italiana y en España en el último tiempo, habrían podido darle su real alcance y convertirla en un criterio operativo de delimitación del perjuicio. Como esta labor no se ha realizado hasta el día de hoy, no quedó más alternativa que asimilar la exigencia consecuencia inmediata y directa con el nexo causal.

Producto de su asimilación con la causalidad, surge el problema de definir el *daño directo*, y la doctrina no es capaz de dar una noción precisa del mismo. En efecto, dar un concepto del mismo empleando expresiones como ser “*consecuencia directa y necesaria del hecho*”¹⁰³⁵ “*consecuencia cierta y necesaria del hecho ilícito*”¹⁰³⁶ o “*consecuencia lógica e inmediata del incumplimiento*”¹⁰³⁷, no es avanzar mucho en el tema, porque aparte de no decir nada son definiciones básicamente tautológicas¹⁰³⁸. El único paso en el concepto del *daño directo* ha sido descartar la utilización del término “inmediato” empleado en el artículo 1558, pues existe consenso en que son indemnizables tanto los mediatos como los inmediatos,¹⁰³⁹ y en su reemplazo se utiliza frecuentemente la expresión *necesario*.

Pero su problema de definición no es el más importante, sino este otro: ***al asimilarse con el nexo de causalidad, que es entendido en Chile como una mera cuestión fáctica, el daño directo fue despojado de su real significado jurídico.***

¹⁰³⁴ Prueba de ello es que cuando la jurisprudencia utilizó la expresión *daño directo* en su sentido literal, para declarar que en materia aquiliana se indemnizaban tanto los daños directos como indirectos, fue inmediatamente observada.

¹⁰³⁵ ABELIUK, *Las obligaciones*, cit., p. 236

¹⁰³⁶ ALESSANDRI, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho chileno*, cit., n. 149, p. 232.

¹⁰³⁷ GATICA, *Aspectos de la indemnización de perjuicios*, cit., p.100.

¹⁰³⁸ Tampoco ayuda aquellas definiciones que indican que son aquellos perjuicios que a no mediar la acción no se habría producido, porque con ello el concepto de *daño directo* carece de todo sentido ya que pasa a identificarse directamente con la causalidad, según la teoría de la equivalencia de las condiciones, es decir, sin ningún criterio de delimitación

¹⁰³⁹ ALESSANDRI, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho chileno*, cit., n. 149, p. 232.

De esta forma, *el daño directo pierde todo alcance jurídico en el derecho chileno*. Y desde esta perspectiva tienen razón autores como GATICA¹⁰⁴⁰ y FUEYO¹⁰⁴¹, cuando señalan que la distinción entre perjuicios directos e indirectos es una mera cuestión de hecho¹⁰⁴². En efecto, una vez asimilado al nexo causal, entendido tradicionalmente como una mera cuestión fáctica, ya no se puede considerar que encierre criterios propiamente jurídicos, como son el deber de mitigación y anormalidad del daño.

En consecuencia, el *perjuicio directo* ha sido reinterpretado y despojado de su auténtico contenido normativo y, por ende, anulado en su función de seleccionar, entre los distintos perjuicios efectivamente causados, aquellos que deben ser indemnizados de los que no deben serlo. Y si bien, actualmente, la jurisprudencia se ha abierto a la idea de que la causalidad encierra aspectos de derecho, lo reciente de esta nueva posición, unido al deficiente desarrollo doctrinario, ha impedido empezar a dar contenido jurídico a la expresión *consecuencia inmediata y directa*.

Recapitulando, podemos decir que tradicionalmente en Chile se ha estimado que la causalidad es una mera cuestión de hecho; para la determinación del nexo causal, se ha optado por la teoría de la equivalencia; se ha asimilado la expresión *consecuencia inmediata y directa* con la relación de causalidad; y, finalmente, producto de todo lo anterior, se ha concluido que el *daño directo* es una cuestión fáctica. Sin duda se trata de una línea de pensamiento coherente (causalidad cuestión de hecho; *daño directo* sinónimo de causalidad; luego, *perjuicio directo* también cuestión de hecho). Sin embargo, esta coherencia trae un problema práctico importante, pues, salvo el límite de la previsibilidad, el Derecho chileno estaría quedando sin regla de discriminación en cuanto a los perjuicios causados por el incumplimiento, y en el caso de la responsabilidad contractual del deudor doloso, ni siquiera podría contar con dicho límite.

¹⁰⁴⁰ *Aspectos de la indemnización de perjuicios*, cit., p. 101.

¹⁰⁴¹ FUEYO LANERI, FERNANDO, *Derecho civil. De las Obligaciones*, t. 4, v. I, Edit. Universo, Santiago de Chile, 1958, p. 330

¹⁰⁴² *Aspectos de la indemnización de perjuicios*, cit., p. 101, y FUEYO LANERI, FERNANDO, *Derecho civil. De las Obligaciones*, t. 4, v. I, Edit. Universo, Santiago de Chile, 1958, p. 330

¿Significa todo lo anterior que en el Derecho chileno el deudor corre el riesgo de tener que indemnizar hasta el infinito, y se aproxima de esta forma al sistema alemán? La respuesta, pese a las apariencias, es que ello no sucede. En verdad, la doctrina nacional no parece estar mayormente preocupada de que sea la teoría de la equivalencia, en forma expresa o tácita, la mayormente acogida por los tribunales, y las consecuencias respecto a la extensión del perjuicio que ello podría acarrear.

La explicación a esta falta de inquietud por parte de la doctrina parece encontrarse, según lo señalado por DOMÍNGUEZ, en la estimación de que en un sistema subjetivo de responsabilidad —como se califica al chileno—, la búsqueda de la causalidad es un tema relativamente simple, y la equivalencia de las condiciones responde satisfactoriamente a las necesidades del juez que debe resolver el caso concreto. Es suficiente una teoría causal simple, porque la responsabilidad se basa en un acto negligente o culpable, y la negligencia consiste en la falta de cuidado y prudencia, es decir, en la falta de previsibilidad. Es precisamente esta falta de previsibilidad en la culpa la que permitiría limitar el alcance de la responsabilidad, ya que ella actúa de una doble manera: primero, para determinar si la conducta del demandado fue o no culpable, en el sentido de si pudo prever que el acto podía causar daños; y en segundo lugar, para fijar la extensión del perjuicio reparable, con el fin de no extender el resarcimiento a los que sean remotos¹⁰⁴³.

Agrega que si bien en Chile la responsabilidad común prevista por el Código civil está fundada en la culpa, existen también numerosos casos, establecidos por legislaciones especiales, en que es de naturaleza objetiva. Aquí la relación de causalidad no puede quedar entregada a un criterio simple y amplio como el de la equivalencia, pues el fundamento de la obligación indemnizatoria ya no es la culpa, y por lo tanto la falta de previsión propia de ella no puede jugar el doble papel visto. Pero como de todas maneras se requiere de la previsibilidad para limitar la extensión del daño resarcible, debe

¹⁰⁴³ *Aspectos de la relación de causalidad*, cit., pp.118 y siguientes. En similar sentido, ver también BARROS BOURIE, ENRIQUE, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Edit. jurídica de Chile.,

en estos casos acudirse a la causalidad adecuada, pues con ella se descarta la reparación del o los perjuicios cuya producción resulta muy improbable según el curso normal de las cosas¹⁰⁴⁴.

En suma, según DOMÍNGUEZ la adopción de la teoría de la equivalencia no conduciría en la práctica a una extensión desmedida del daño indemnizable, porque la exigencia de la culpa permite la limitación del *quantum resarcitorio*, y en los casos excepcionales en que se aplica un sistema objetivo de responsabilidad, se acude a la doctrina de la causalidad adecuada en reemplazo de la equivalencia.

Estimamos que la explicación anterior identifica una de las razones gracias a la cual los equívocos doctrinales respecto a la causalidad no conducen a una indemnización desproporcionada. Pero esta explicación también deja en evidencia la confusión existente por un sector de la doctrina chilena entre la previsibilidad del daño y del evento, así como la incorrecta utilización de la culpa como criterio de delimitación de los perjuicios. Además, demostraría que, más allá de las denominaciones utilizadas, en el fondo no es la teoría de la equivalencia la aplicada en los supuestos de responsabilidad subjetiva, sino más bien la llamada causalidad moral¹⁰⁴⁵.

En todo caso, conviene hacer presente que no siempre los tribunales por estar ante un supuesto de responsabilidad objetiva dejan de aplicar la teoría de la equivalencia. Así lo demuestra la sentencia ya citada de **27 de noviembre de 1993** de la Corte de Apelaciones de Santiago. El SAG (Servicio Agrícola y Ganadero de Chile), para evitar la propagación de fiebre aftosa en el país impuso la prohibición de utilizar el predio del actor. En la demanda no se solicitó la indemnización por el sacrificio de animales, pues

2006, Santiago de Chile, n. 102, p. 165.

¹⁰⁴⁴ Ibid., pp. 121 y ss. Esta explicación nos recuerda a la opinión de algunos autores franceses como MARTY — *Derecho civil*, cit. p. 326—, cuando indican que la teoría de la equivalencia de las condiciones, presenta el mérito de su sencillez, pero solamente puede aplicarse en los casos de responsabilidad por culpa, y en los de responsabilidad por riesgo, debe conducirse hacia la teoría de la causalidad próxima o adecuada.

¹⁰⁴⁵ Ya señalamos en su oportunidad que **los partidarios de la causalidad moral**, estiman que **la culpa** no sólo sirve para fundar la responsabilidad, sino también para **determinar su extensión**, al fijar el límite entre el daño directo e indirecto, donde el primero, es el perjuicio previsible que la culpa implica. Para más antecedente, ver SOLEAU, *La prévisibilité du dommage contractuel*, cit., pp. 220 y ss., y VINEY, *La responsabilité Civiles. effets*, cit., n. 330 pp. 436 y 437.

estos ya se habían pagados, sino que se solicitó el resarcimiento de otros perjuicios: baja de kilos de las bestias no sacrificadas, pérdida de cosecha (fardo), destrucción de praderas y disminución de producción de masa lanar. Se trataba de un típico caso de responsabilidad extracontractual del Estado, considerado tradicionalmente como de naturaleza objetiva.¹⁰⁴⁶ Tomando conocimiento del litigio, la Corte resolvió indemnizarlo y para ello tuvo presente que los daños no se habría producido si el SAG no hubiese clausurado el predio. En este razonamiento se aprecia claramente el procedimiento de supresión mental hipotética, típico de la teoría de la equivalencia de las condiciones¹⁰⁴⁷.

Por nuestra parte, estimamos que son varias las razones que impiden una extensión desmedida del *quantum*, pese a la equivocada concepción que se maneja de la causalidad. En primer lugar, en materia aquiliana, el Código civil chileno, al igual que la mayoría de los textos de su tiempo, consagra el sistema de responsabilidad fundada en la culpa, y ya hemos visto que se ha tendido a utilizarla como criterio delimitador del daño, por lo que en estos supuestos de responsabilidad extracontractual no existirá problema alguno al respecto. En los casos de responsabilidad objetiva, vimos que la doctrina plantea la aplicación de la causalidad adecuada, y de esta forma resulta innecesario acudir al verdadero significado del daño *daño directo*. En cuanto a la responsabilidad contractual —que es la que interesa en este estudio—, tampoco se presentan mayores problemas, pues debido la concepción sumamente estrecha que se maneja del dolo, siempre se cuenta con el criterio a los deudores culposos, esto es *la previsibilidad* del daño, que

¹⁰⁴⁶ En el último tiempo ha variado la consideración de ser la responsabilidad del Estado de naturaleza objetiva, pero a la fecha del fallo se trataba de un principio indiscutible.

¹⁰⁴⁷ “En este juicio, se debe entonces determinar si hubieran podido producirse los daños analizados aunque el SAG no hubiera dispuesto las clausuras aludidas, o si igualmente se hubieran ocasionado sin su actuar. Si se hubieran producido los destrozos o las mermas estudiadas sin la referida acción del SAG, como por ejemplo, si por una nevazón se hubiesen malogrado los predios empastados, obviamente, nada tendría que indemnizar el SAG; pero en el caso materia del juicio, al no haber existido otras causas imponderables ni imprevisibles ajenas a la actividad administrativa del SAG, no puede si no concluirse que los destrozos por los cuales se pide indemnización fueron consecuencia directa de las medidas adoptadas por el señalado servicio, por lo cual deben ser indemnizados”. En *Gaceta Jurídica* N° 162, p. 58.

en más de una ocasión se ha aplicado con una cicatería que ni en los tiempos de DUMOULIN se concebía.

Sin perjuicio de las razones ya expuestas, creemos que existe otro motivo por el que las indemnizaciones no abarcan dimensiones desmedidas, y es que muchas veces los tribunales, sin aludir a ninguna teoría en especial, no dudan en restringir la extensión de la causalidad y renunciar a la teoría de la equivalencia, cuando estiman que un daño no debe ser indemnizado, a pesar de ser la condición *sine qua non* del evento lesivo. Demostración de lo anterior, en responsabilidad contractual, es la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha **3 de noviembre de 2000**¹⁰⁴⁸.

El caso versó sobre una demanda de indemnización de perjuicios deducida por los padres de una menor en contra del establecimiento educacional. La acción se fundó en el hecho que durante el horario de clase se autorizó a la menor para salir del establecimiento a realizar una labor extra programática, durante la cual sufrió un grave accidente de tránsito. La sentencia consideró que existía una evidente relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación de cuidado, que afectaba al colegio respecto de la integridad personal de la menor, y el daño sufrido por ésta, puesto que de no haber sido autorizada para salir a la calle, el accidente no se habría producido. No obstante ello, y aunque admitió la indemnización por gastos médicos y daño moral, rechazó la solicitada a título de lucro cesante, consistente en la pérdida de remuneración de la madre de la menor, por haber tenido que dejar a su empleo para cuidar a su hija.

El tribunal fundó su negativa al resarcimiento en la falta de antecedentes probatorios que permitieran concluir que la renuncia, materializada dos años y diez meses después del accidente, hubiese sido motivada por la necesidad de preocuparse personalmente del cuidado de su hija. Sin embargo, la sentencia deja en claro que más allá del problema de prueba, de todas maneras no se habría indemnizado, pues: *“...el daño que tal situación pudiera haber representado para el actor tendría el carácter indirecto y, en consecuencia, no sería indemnizable”*.

¹⁰⁴⁸ *Gaceta Jurídica*, n. 246, p. 73 y ss., causa Rol N° 3.783/98

Es evidente que el tribunal se aparta de la teoría de la equivalencia de las condiciones, ya que de haberse acreditado que la renuncia de la madre a su trabajo era precisamente para cuidar a su hija accidentada, no existiría duda que el evento había sido una condición *sine qua non*, y de todas formas el tribunal habría rechazado la indemnización. Incluso más, si se considera que la menor sufrió lesiones graves a consecuencia del accidente de tránsito de que fue víctima y que la familia era de ingreso medio-bajos, razón por la cual estaba imposibilitada de contratar personal especializado para su atención, se podría considerar que es un daño directo, no sólo según la teoría de la equivalencia, sino incluso según la causalidad adecuada. Lamentablemente, el tribunal no dio explicación de porqué consideró indirecto el perjuicio, y lo único claro es que no estaba dispuesta a indemnizar en este caso.

Tenemos, entonces, que se ha logrado evitar una extensión desmedida de la responsabilidad, no obstante la concepción de la causalidad y del daño directo como una mera cuestión de hecho, bien porque los tribunales se apoyan —indebidamente— en la culpa para limitar la indemnización, o bien porque no han dudado en declarar simplemente, y sin mayor fundamento, que deben desecharse por indirectos eventos lesivos materialmente causados por el incumplimiento. Pero existe todavía otra razón evitar un resarcimiento desmedido, y consiste en que los tribunales en algunas ocasiones han acudido a los criterios jurídicos que encierra la expresión *consecuencia inmediata y directa*, esto es, el deber de mitigación y anormalidad del perjuicio. Claro que su aplicación no se ha fundado en la exigencia del *daño directo*.

1) El deber de mitigar el daño.

La doctrina no ha sido especialmente prolífica en su tratamiento, y fuera de las referencias de ALESSANDRI, GATICA, RODRÍGUEZ GREZ y CORRAL TALCIANI no hay mayor desarrollo sobre el tema. En el último tiempo sí existe un estudio más completo por parte de DOMÍNGUEZ¹⁰⁴⁹.

¹⁰⁴⁹ Nos referimos al artículo “Notas sobre el deber de minimizar el daño”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, n. 5, año 2005, pp. 73 y ss.

Además, la escasa doctrina sobre la materia tiende a ver en él una cuestión de concurrencia causal, o un problema de culpa del acreedor¹⁰⁵⁰.

GATICA, siguiendo de cerca la doctrina alemana, no se refiere expresamente al deber de mitigación, pero en el hecho sí lo aborda como una de las manifestaciones de la conculpabilidad del acreedor, y conjuntamente con el supuesto en que éste efectivamente ha contribuido a la causación de los daños. Señala que la conculpabilidad puede manifestarse en forma coetánea con el origen del perjuicio o agravando el ya producido, y esta segunda situación se da “*cuando el acreedor omite las precauciones que las circunstancias aconsejan para aminorar el daño...*” Como ejemplo de esto último, indica el caso del comprador que, no obstante afectarle la falta de entrega de lo vendido, no se pone a cubierto adquiriendo el bien a un tercero¹⁰⁵¹.

Es evidente que en este último caso el acreedor no ha contribuido a ocasionar el perjuicio, por lo que no estamos ante un problema de concurrencia de causas, sino de infracción al deber de mitigar el daño. No obstante ello, para GATICA en ambos casos el fundamento de la reducción de la indemnización es siempre la concurrencia causal¹⁰⁵². En todo caso, y pese a la denominación que le da al epígrafe de “*Conculpabilidad del acreedor*”, aclara que no nos encontramos ante un caso de culpa del mismo¹⁰⁵³.

CORRAL TALCIANI, por su parte, concordante con la doctrina española y en especial a DIEZ-PICAZO, funda la exigencia del deber de evitar

¹⁰⁵⁰ Es el caso de ALESSANDRI para quien el deber de mitigar el daño es lisa y llanamente un caso de culpa del acreedor, como se aprecia de sus palabras cuando indica: “*La hay asimismo —se refiere a la culpa del acreedor— si la víctima omite hacer lo necesario para precaverse del daño o para aminorar sus consecuencias, pudiendo hacerlo*”, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho chileno*, cit., n. 479, p. 572.

¹⁰⁵¹ *Aspectos de la indemnización de perjuicios*, cit., pp. 188 y ss.

¹⁰⁵² Como se aprecia de sus palabras, cuando señala: “*Es menester que la conducta del perjudicado pueda ser estimada concausa del daño experimentado, o, por lo menos, de su mayor gravedad*”, *Idem.*, p.188.

¹⁰⁵³ Al concebir este deber como un caso de concurrencia de culpas, su fundamento debería la culpa. Sin embargo, Gatica reconoce que técnicamente no nos encontramos ante un caso de culpa, “*...ya que ésta es elemento subjetivo de una trasgresión jurídica; y la ley, en parte alguna, ha impuesto el deber de precaverse de los daños que uno mismo se causare (a menos que con ellos se pretenda lucrar). De ahí por qué en los casos de conculpabilidad no surja para el acreedor el deber de indemnizar, sino que sólo sea procedente una deducción en la cantidad que tiene derecho a exigir a título de indemnización de perjuicios...*”. Por ello prefiere hablar de **circunstancia imputables al acreedor**, lo que por supuesto no aclara mucho. *Ibid.*, pp. 188 y 189.

el daño en el principio de la buena fe¹⁰⁵⁴. Sin duda que ello significa un avance respecto a la posición anterior, pero la estimamos insuficiente.

Por último, DOMÍNGUEZ distingue claramente la diferencia entre un problema de concurrencia causal y el deber de mitigar el perjuicio. Sin embargo, para efectos de su fundamentación y fuera de las razones morales y económicas esgrimidas, indica: “*es indudablemente en el plano de la causalidad y dentro de ella en el papel de la culpa de la víctima que puede encontrarse más exactamente un fundamento técnico y general de la obligación de minimizar el daño...*”¹⁰⁵⁵.

En todo caso, y no obstante estimarse por la doctrina chilena que se trata de un problema de causalidad o culpabilidad, respecto a las características adhiere a las que ha señalado la doctrina comparada¹⁰⁵⁶.

La jurisprudencia, en forma expresa o tácita, ha tenido ocasión de aplicar el principio del deber de evitar el daño. Es el caso de la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha **25 de octubre de 1999**¹⁰⁵⁷. Se demandó de indemnización de perjuicios por venta de pegamento defectuoso que el actor utilizó en productos confeccionados para ser exportados. Para decidir la reducción del resarcimiento, el tribunal tuvo en vista que con antelación a la venta de la mayor cantidad solicitada, el demandado entregó al comprador cincuenta kilogramos de la sustancia, por lo que este último debió examinar detenidamente el resultado final de los bienes en cuya elaboración empleaba el pegamento en cuestión; “*...pues, a su vez, se encontraba en la necesidad de cumplir fiel e íntegramente sus obligaciones para con sus terceros co-contratantes; y a los que debía proveer de los aludidos productos*”.

En base a la conclusión anterior, la sentencia en comento declara:

“Que al omitir hacerlo, habría incurrido en incumplimiento grave de sus personales obligaciones para con aquellos terceros; y si bien es cierto tal incumplimiento sería eventualmente

¹⁰⁵⁴ CORRAL TALCIANI, HERNÁN, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 340.

¹⁰⁵⁵ “Notas sobre el deber de minimizar el daño”, pp. 85 y siguientes y p. 90.

¹⁰⁵⁶ Así, GÁTICA, *Aspectos de la indemnización de perjuicios*, cit., p. 188, exige solamente el cuidado de una persona medianamente diligente (buen padre de familia), excluyendo las que implique un grave peligro para la vida o salud del acreedor, y se indemnizan todos los gastos razonables, aunque no haya logrado su objetivo de aminorar el daño.

¹⁰⁵⁷ *Gaceta Jurídica*, n. 232, p. 97, Rol 6.490-95

*motivo de agravio sólo respecto de aquellos, en lo que hace referencia al caso concreto de estos autos, importa la concurrencia de una concausa en la generación del resultado dañoso sufrido por su propio patrimonio, perjuicio que se debió tanto a la impropia calidad del producto elaborado por la demandada, cuanto a la dejación o ligereza con que obró el actor, al no verificar la calidad del producto último, destinado por él, a la referida exportación. La negativa reacción comercial respecto del producto final, **evitable y previsible**, fue necesariamente consecuencia de comportamientos causales”¹⁰⁵⁸.*

Se puede observar que se sigue muy de cerca las opiniones de GATICA, tanto en lo relativo a tratarse de un problema de concausas, según se indica en el considerando tercero ya transcrito, como también respecto a la aclaración de que no estamos ante un problema de culpabilidad del acreedor, como lo deja claramente establecido el considerando quinto del fallo¹⁰⁵⁹.

Por las razones ya enunciadas al referirnos al Derecho español, estimamos incorrecto calificar a este deber como un problema de concurrencia causal. No volveremos sobre los argumentos ya dados; pero sí interesa destacar las consecuencias prácticas erróneas a que lleva tal calificación por parte de la doctrina y jurisprudencia chilena. En efecto, al considerarse como un tema de causalidad, se corre el riesgo del llamado “*todo o nada*”, es decir, de acoger la indemnización por el total o rechazarla por completo. Ello es particularmente peligroso cuando se sigue la teoría de la equivalencia de las condiciones, donde es suficiente que el hecho imputado sea una de las condiciones ciertas del daño para ser obligado a indemnizar. Dos casos jurisprudenciales nos ilustrarán lo que queremos expresar.

El primero está resuelto por Sentencia de la Corte Suprema de fecha **18 de agosto de 1999**. Por error atribuible a un banco, se menciona en el acto de protesto de un cheque un nombre distinto al de su verdadero girador.

¹⁰⁵⁸ La negrilla es nuestra.

¹⁰⁵⁹ Considerando Quinto: “*Que tratándose de responsabilidad contractual, no obstante hablarse general y doctrinariamente de conculpabilidad o co-culpabilidad entre acreedor y deudor, lo cierto es que no surge para el primero el deber de indemnizar propiamente tal, según lo dicho precedentemente; haciéndose sólo procedente una deducción en la cantidad que tiene derecho a exigir a título de indemnización de perjuicios. Es más exacto señalar, en consecuencia, que se produce la concurrencia de circunstancias imputables al acreedor que contribuyen a generar o agravar su propio daño, originado u ocasionado, principalmente, por el deudor*”. La negrilla es nuestra.

Ante esta situación, el titular del documento entabla demanda indemnizatoria, solicitando, entre otros conceptos, el monto del instrumento mercantil. Argumenta el actor que debido a este error del banco él inició una acción contra alguien que no era el girador, y se encontró impedido de recobrar el documento dentro del plazo de prescripción de las acciones que emanaban de él. El tribunal de primera instancia rechaza la demanda; pero la Corte de apelaciones, por sentencia de fecha 10 de julio de 1996, revoca el fallo de primer grado y ordena pagar el valor del cheque protestado. Finalmente la Corte Suprema, en la sentencia ya indicada, acoge el recurso de casación en la forma interpuesto por la demandada, invalida la sentencia de segunda instancia y dicta fallo de reemplazo, en virtud del cual confirma el de primera instancia, y, consecuentemente, **rechaza la demanda indemnizatoria**. Para fundar su decisión indica el máximo tribunal:

“el no pago de la obligación que representa dicho cheque, no es directa ni necesariamente imputable al Banco demandado...”; y refuerza esta idea, agregando: “Que, bajo otro punto de vista, no puede afirmarse categóricamente que al darse cuenta del error del Banco, el actor no hubiere podido recuperar el cheque o presentar dentro de la querrela iniciada una acción por estafa...”¹⁰⁶⁰.

En un segundo caso, según sentencia de fecha **26 de enero de 2004**¹⁰⁶¹, la Corte Suprema debió resolver una situación muy semejante al anterior; pero aquí la decisión del máximo tribunal fue exactamente la contraria. Se trataba también de una demanda de indemnización de perjuicios contra un banco que cometió un error al estampar el protesto de un cheque (indicó incorrectamente el domicilio del girador). El titular del documento demanda indemnización de perjuicios por la suma de los cheques involucrados en la

¹⁰⁶⁰ CONSIDERANDO SEGUNDO de la sentencia de reemplazo.

Argumenta también el fallo que la verdadera causa de la falta de pago del cheque era la insolvencia del girador. Señala en este sentido el CONSIDERANDO TERCERO: *Que resulta evidente que Transportes Koala era insolvente, como se reconoce en la demanda, pero esa insolvencia, que es la causa directa y necesaria del no pago de la obligación no tiene ninguna relación de causalidad con la circunstancia de no haberse mencionado el nombre correcto de la persona que giró dicho documento, pues este error, que en todo caso era superable, a lo más pudo dilatar el ejercicio de una acción penal derivada del protesto del cheque, que no supone necesariamente que dicha acción termine con el pago de la obligación que el cheque representa.* En RDJ, t. 96, 2ª parte, sec. 1ª, pp. 91 y ss.

¹⁰⁶¹ *Gaceta Jurídica*, n. 283, pp. 121 y ss.

equivocación. El banco alegó que la actora no actuó con diligencia y cuidado para evitar los daños sufridos. El Tribunal de primera instancia rechazó esta alegación y acogió la demanda indemnizatoria, señalando, entre otros argumentos:

*“...En todo caso lo realmente significativo es que la acción u omisión culpable o dolosa sea la causa directa y necesaria del daño, y **no tienen mayor trascendencia la existencia de circunstancias puntuales que hubiesen contribuido a modo de comportamiento en escala, o en forma coetánea con la producción del resultado dañoso**”.*

“Que en consecuencia, conforme a lo que se ha señalado debe tenerse por configurada la relación de causalidad existente entre la actitud culpable del banco demandado, consistente en el incumplimiento de la obligación de verificar domicilio, y los perjuicios sufridos por la demandante, consistentes en la pérdida de las acciones legales tendientes a su cobro”¹⁰⁶².

La Corte de Apelaciones de Santiago, por su parte, siguiendo la doctrina establecida por la Excma. Corte Suprema en el fallo anterior, revocó lo resuelto en primera instancia, y señaló:

“Que conforme a lo anterior, la circunstancia de no haber notificado al girador de los cheques del protesto de los mismos para así configurar el delito de giro doloso de cheques, también dar la posibilidad de originar un juicio ejecutivo no puede imputarse únicamente al error del Banco Sud Americano demandado en autos, pues el demandante tuvo múltiples posibilidades de notificar válidamente dicho protesto, sin que conste de los antecedentes que lo haya intentado, de donde resulta que no ha sido determinante respecto de la falta de cobro de los cheques y por lo tanto no ha sido impedimento, según se ha visto, para el ejercicio de las acciones del demandante” (Considerando sexto).

No obstante su decisión de años antes, la Corte Suprema casó la sentencia del tribunal de apelación y dictó en su reemplazo otra que confirmaba la de primera instancia. Para fundar su nueva doctrina, argumentó:

“...el daño sufrido por la sociedad demandante, en la especie, consiste en la pérdida de las acciones legales y fundamentales para su cobro,.... está en estricta y directa

¹⁰⁶² CONSIDERANDO DECIMO OCTAVO. La negrilla es nuestra.

*relación con la actuación negligente de la entidad financiera demandada por estimar erróneo no considerar al error del banco como la causa del daño demandado*¹⁰⁶³.

Resulta evidente que se dan dos soluciones contrarias para supuestos prácticamente idénticos. En nuestra opinión, ninguna de las sentencias resolvió en problema en forma correcta, incurriendo ambas en el error de calificar el deber de toda víctima de evitar o mitigar el daño como una cuestión de mera causalidad material. En ambos casos era claro que la actuación del banco fue una de las concausas de los perjuicios ocasionados al actor. La diferencia estuvo que en el primero se decidió que el protesto irregular *no fue la causa directa y necesaria* del perjuicio sufrido, entre otras razones, porque el demandante pudo realizar gestiones para superar el error cometido por el banco, rechazándose de esta forma la pretensión indemnizatoria. En el segundo caso, por el contrario, se estimó que el protesto irregular estuvo en estricta relación con el no pago del documento mercantil, y se desechó la exigencia de un deber por parte del actor de evitar el daño.

En resumen, el confundir el deber de evitar o mitigar el daño con un problema de concurrencia causal y por lo tanto con un tema propio del *an respondeatur* antes que del *quantum*, unido al hecho de manejar una concepción puramente material de la causalidad, propia de la teoría de la equivalencia de las condiciones, puede llevar a la aplicación del “*todo o nada*”. De esta forma, se puede estimar, por un lado, que la falta de diligencia del actor fue determinante en la producción del perjuicio o, por el contrario, que el incumplimiento a dicho deber no fue en absoluto la causa de los daños sufridos; y, consecuentemente, o se rechaza toda indemnización o se accede a ella por el total¹⁰⁶⁴.

¹⁰⁶³ CONSIDERANDO SEPTIMO. Como ya indicamos, esta sentencia de la Corte Suprema da un vuelco radical a su doctrina sobre la naturaleza del nexo causal. De esta forma, pasa de estimar la causalidad como una mera cuestión de hecho, a considerar que en ella existen también aspectos jurídicos, al decir se distinguen elementos naturalísticos y normativos: “*La causalidad es una cuestión estrictamente de hecho en su primer aspecto -el naturalístico-, esto es, entendido como condición necesaria de responsabilidad; pero la atribución normativa del daño al hecho ilícito (daño directo) encierra elementos y aspectos de derecho y, como tal, es susceptible de ser revisado por la Corte Suprema mediante el presente recurso de casación en el fondo*” (considerando sexto).

¹⁰⁶⁴ En todo caso, hacemos presente que en caso analizado y resuelto por la sentencia de 18 de agosto de

Como ya hemos manifestado, para nosotros el deber de mitigación no es una cuestión causal en el sentido material del término, sino que ella entra a operar cuando ya no se puede atribuir un nuevo curso causal la producción del menoscabo sufrido; y en base a este deber corresponderá al juez, en su caso, reducir el resarcimiento, considerando las mayores o menores posibilidades de éxito que habría tenido la evitación del perjuicio y los costos que el actuar diligente le irrogarían al actor (como lo indica POTHIER para la falta de cultivo por contagio de las vacas).

En los casos analizados, creemos que la primera cuestión a resolver por parte del juzgador era si estaba o no en manos de la víctima tomar las medidas propias de un buen padre de familia para evitar las consecuencias del protesto irregular. De estimarse que no habría podido adoptarlas, la decisión correcta era dar lugar a la indemnización por un monto equivalente al valor de los cheques involucrados en los protestos irregulares, y en el caso que el banco hubiese acreditado que el éxito del cobro de tales documentos era poco probable, atendida la insolvencia del deudor, de todas maneras debió otorgarse como reparación una suma representativa de la posibilidad o *chance* que tenía el acreedor de cobrar y que perdió por culpa de la entidad financiera. De llegar a la conclusión contraria, esto es, estimar que la víctima pudo realizar las gestiones necesarias para evitar el daño y no lo hizo, debería rechazarse la indemnización, por el valor de los documentos; pero de todas formas debería resarcirse el costo de las gestiones que la víctima pudo y debió tomar para evitar el perjuicio, aunque en el hecho no las hubiese ejecutado.

Pensamos que esta es la manera para evitar los extremos del “*todo nada*”: siempre deberá concederse alguna indemnización –sujeto, claro está, al cumplimiento de los demás requisitos de la acción indemnizatoria–; pero no necesariamente por la totalidad del daño efectivamente causado. Y corresponderá al tribunal en cada caso la tarea de determinar el concepto por

1999 se estimó que la causa del perjuicio más que el error del banco era la insolvencia del deudor y no la falta de cumplimiento al deber de diligencia.

el cual se da la indemnización (daño causado, pérdida de expectativas o costos que habrían implicado las gestiones para evitar el daño), y su monto.

Por lo expuesto, es que estimamos más acorde con la verdadera naturaleza del deber de mitigar el daño a la sentencia de fecha **19 de abril de 1944**. Ante una venta de trigo no entregada, el comprador demandó resolución con indemnización de perjuicios, y solicitó a título de resarcimiento la diferencia de precios entre la fecha del contrato y la fecha de la demanda. La Corte Suprema, aunque entremezcló el problema con el criterio de la previsibilidad (declaró que sólo es prevista la diferencia entre fecha del contrato y la fecha en que debía entregarse el trigo), en verdad aplicó la regla del deber de mitigación, pues declaró que no era procedente para el cálculo de la diferencias de precio —como pretendía el actor—, la fecha de la demanda, pues ante la falta de entrega él pudo comprar previamente el cereal en otra parte¹⁰⁶⁵.

Para finalizar, resulta útil consignar la sentencia de fecha **5 de diciembre de 2002**¹⁰⁶⁶, que resolvió una demanda de indemnización de perjuicios interpuesto por un agricultor contra una municipalidad (ayuntamiento) por la pérdida de su cosecha. Se fundaba la demanda en la orden del municipio de cerrar las compuertas de un estero para evitar la inundación del pueblo; pero a consecuencia de esta medida se anegó el terreno del actor. La Corte Suprema consideró que el agricultor actuó negligentemente al no hacer nada durante todo el mes que duró la aluvión. Señala en su Considerando primero:

*“...Resulta inexplicable que el demandante, agricultor en tierras bajas cercanas al canal, cuyos flujos de agua, debía ser regulado periódicamente, no hubiera tomado en todo el mes en que se mantuvo la inundación, medida alguna para corregir la situación ...La omisión del cuidado de su plantación en la etapa en que se encontraba, permite al tribunal presumir negligencia de su parte, pues **una intervención oportuna hubiera podido eventualmente, haber salvado parte de lo perdido**”¹⁰⁶⁷.*

¹⁰⁶⁵ RDJ, t. 42, 2ª parte, sec. 1ª, pp. 78 y ss.

¹⁰⁶⁶ Causa rol 300-2002. Sentencia no publicada.

¹⁰⁶⁷ La negrilla es nuestra.

En todo caso, para reducir el monto de la indemnización fijada en la instancia, la Corte Suprema no invocó derechamente el principio de mitigar el daño, sino que declaró que no resultaba convincente que un agricultor poco diligente hubiera podido obtener la ganancia que declararon los testigos, y procedió a reducir su cuantía en un cuarenta por ciento aproximadamente. El fallo es acertado, porque no adhirió a la teoría del “*todo o nada*”, sino que redujo el monto a indemnizar por lucro cesante considerando lo que podría obtener una persona poco diligente. El argumento dado en la sentencia es una demostración del descuido doctrinario a este importante criterio de extensión del daño, pero que afortunadamente el máximo tribunal salva ingeniosamente.

2) La anormalidad del daño.

Sabemos de la falta de un estudio dogmático adecuado sobre el *daño directo*, así como del despojo de su contenido normativo por parte de la doctrina y jurisprudencia chilena. Consecuencia de lo anterior, es que los tribunales cuando quieren excluir del resarcimiento a un perjuicio anormal o suscitado por la situación financiera del acreedor, simplemente acuden al argumento de la falta de relación causal o de la ausencia de prueba sobre la certeza del daño.

Esta fue precisamente la opción del fallo de fecha **29 de junio del año 2000**, que debió resolver una demanda de cumplimiento de contrato de transporte con indemnización de perjuicios. El actor fundó su acción en el término anticipado e injustificado del contrato para el traslado del personal de una empresa. La sentencia de primera instancia, confirmada finalmente por la Corte Suprema, accedió a la demanda, y otorgó al transportista el equivalente a lo que le habría significado el cumplimiento de lo acordado hasta su vencimiento natural, y concedió también la indemnización solicitada por perjuicio moral. Sin embargo, el daño sufrido por la imposibilidad de cumplir los compromisos comerciales que el actor contrajo, precisamente, para comprar un bus con el cual realizar el transporte, fue declarado no indemnizable. Ello a

pesar de que se alegó que el empréstito fue solicitado teniendo en consideración los ingresos que el demandante recibiría en virtud del acuerdo celebrado con la demandada; ingresos que según el contrato se encontraban asegurado con un pago mínimo por los tres primeros años, cuando por causa ajena al actor no se hiciera el transporte; y que ante el termino abrupto e ilegal del convenio, no pudo hacer frente al préstamo y cayó en morosidad. No obstante estas alegaciones, se rechazó la indemnización y para ello se argumentó la falta de causalidad, además de agregar que tenía otros ingresos para hacer frente a sus compromisos comerciales¹⁰⁶⁸.

Es evidente que la exclusión de la indemnización encaja mucho mejor con el criterio de anormalidad del perjuicio por la situación económica del acreedor.

2.- LA PREVISIBILIDAD DEL DAÑO.

Al tener España y Chile una idéntica regulación en lo que se refiere a la previsibilidad, las ideas y teorías expuestas al analizar el derecho español reciben aquí total aplicación. En consecuencia, y al igual que en el criterio anterior, solamente se tratarán aquellos aspectos en que la doctrina o la jurisprudencia chilena han puesto alguna nota de peculiaridad.

Razón tiene RODRÍGUEZ cuando señala que los autores en general han descuidado el estudio de la previsibilidad¹⁰⁶⁹. Sin perjuicio de ello, es posible ver algunas ideas directrices que tanto la doctrina como la jurisprudencia han ido configurando. Como aspectos más relevantes,

¹⁰⁶⁸ CONSIDERANDO VIGÉSIMO: *Que, el daño emergente, se define como el empobrecimiento real y efectivo que sufre el patrimonio del deudor. Ahora bien la actora producto del término anticipado del contrato dejó de percibir un ingreso mensual a su patrimonio, puesto que el bus estaba puesto a disposición de la demandada, pero sucede y tal como lo señala la contraparte, en el caso que el tribunal acceda a este rubro, el único daño emergente que pudiera existir sería el equivalente al no pago de los 4,5 viajes mensuales que debía hacerse por Forestal Russfin, según lo estipulado en la cláusula quinta del contrato, hasta el 31 de julio de 1998, puesto que es la única pérdida, ya que **la mora en que haya incurrido eventualmente en otras obligaciones la actora, no tiene relación de causalidad con el término anticipado del contrato.** Teniendo presente además, que la Sra. Cvitanic como ha quedado demostrado tiene otras actividades y vehículos y no sólo depende del bus sub lite. Por lo que este tribunal no dará lugar al daño emergente solicitado. La negrilla es nuestra.*

¹⁰⁶⁹ *Responsabilidad contractual, cit., p 229.*

podemos decir que ha existido un intento por definirla, aunque no siempre diferenciando los conceptos previsto y previsible; se la ha calificado como una cuestión de hecho, pero ello no ha impedido que la Corte Suprema en algunas ocasiones haya emitido pronunciamiento sobre la materia; y, como idea de la mayor importancia práctica, se ha tendido a manejar por los tribunales una noción sumamente restringida de la previsibilidad, casi siempre identificada con los daños sufridos en la cosa misma objeto de la prestación.

A.- CONCEPTO.

La doctrina siempre ha intentado dar una definición de daño previsible, y la jurisprudencia, ha elaborado un concepto que, con algunas variaciones, se ha mantenido durante el tiempo.

El problema es que no siempre las proporcionadas por los autores han resultado satisfactorias, pues algunas de ellas son tautológicas, como sucede con las de ABELIUK y FUEYO. Demostración de lo anterior, es lo señalado por el primero de los citados, al decir que los *daños previstos* “son los que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato”, e *imprevistos* los que no están en dicha situación¹⁰⁷⁰. Otros, optan por apoyarse en el concepto diseñado por la jurisprudencia. Es el caso de GATICA, quien define el *daño previsto* como “*aquellos que natural y necesariamente deberán producirse y el deudor ha estado en condición de suponerlos o presumirlos*”, y a los *imprevistos* los define como aquellos que son “*excepcionales dentro de los que han sido consecuencia directa e inmediata del incumplimiento*”¹⁰⁷¹. CLARO, por su parte, define *previstos* como “*los que natural y ordinariamente se producen como efecto necesario del incumplimiento y que, por lo mismo, el deudor ha tenido que prever o podido prever al contratar*”, y los *imprevistos*

¹⁰⁷⁰ *Las obligaciones*, cit., pp. 792 y 793. FUEYO define los previstos como “*los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato*”, *Derecho civil*, cit., p 330.

¹⁰⁷¹ *Aspectos de la indemnización de perjuicios*, cit., p. 102.

los define como *“los que se han producido excepcionalmente, de modo que no han podido ser previstos por el deudor”*¹⁰⁷².

En todo caso, más allá de la definición en sí, la doctrina tiene a recalcar que el concepto atiende a la posibilidad que tuvo el deudor de suponer los daños que pudieran derivarse de su eventual incumplimiento. Así, RODRÍGUEZ indica que son previstos *“aquellos que resultan verosímiles o probables al tiempo de la celebración del contrato, en atención a la relación causal que los determina”*¹⁰⁷³.

En cuanto a la jurisprudencia, podemos decir que ella ha dado una noción de previsibilidad que ha sido seguido por la doctrina y que tiende a perdurar en los nuevos fallos. Fue la propia Corte Suprema, en una sentencia de casación de fecha **23 de abril de 1925**, la que indicó: *“Los perjuicios que se previeren o pudieron preverse son los que derivan necesariamente de la obligación misma y que tiene relación íntima con ella, y, en general, aquellos que ocasionan una pérdida efectiva”*¹⁰⁷⁴; concepto que vuelve a repetirse en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha **31 de julio de 1991** al señalar que son tales los perjuicios *“que se derivan necesariamente de la obligación misma y ocasionen una pérdida efectiva”*¹⁰⁷⁵. En otros fallos, sin embargo, se ha estrechado aún más la noción de previsibilidad. Fue lo que sucedió en la sentencia de **9 de noviembre de 1927**, donde se define el *daño previsto* como el que *“el acreedor sufrió en la cosa misma objeto de la obligación, pero no los causados en sus demás bienes, o sea, pudieron preverse solamente los perjuicios intrínsecos y no los extrínsecos”*¹⁰⁷⁶.

B.- DAÑO PREVISTO Y PREVISIBLE.

En general, la doctrina chilena no distingue entre ambos términos. No obstante, autores como GATICA, RODRÍGUEZ y DOMÍNGUEZ HIDALGO

¹⁰⁷² *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, t. 10., cit., p. 728.

¹⁰⁷³ *Responsabilidad contractual*, cit., p. 229

¹⁰⁷⁴ *RDJ*, t. 23, 2ª parte, sec. 1ª, pp. 273 y ss.

¹⁰⁷⁵ *RDJ*, t. 88, 2ª parte, sec. 2ª, pp. 81 y ss.

¹⁰⁷⁶ *RDJ*, t. 25, 2ª parte, sec. 1ª, pp. 473 y ss.

tratan de establecer la diferencia entre ellos. GATICA entiende que con la expresión *daño previsto* se hace alusión a los perjuicios que las partes expresamente estipularon en una cláusula contractual como susceptibles de derivarse del incumplimiento, y serán *previsibles*, los que a falta de previsión corresponde al Juez determinarlos, debiendo eso sí prescindir de las condiciones personales del sujeto y tomar como punto de referencia el del buen padre de familia¹⁰⁷⁷.

DOMÍNGUEZ HIDALGO, como ya se dijo, entiende la distinción daño previsto y previsible en otro sentido: con la primera expresión se alude a los perjuicios que efectivamente fueron contemplados por el deudor, y con el término *previsible* se hace referencia a aquellos que el deudor pudo o debió contemplar como consecuencia de su incumplimiento¹⁰⁷⁸. De igual parecer es RODRÍGUEZ¹⁰⁷⁹.

Uno de los pocos fallos que se ha pronunciado sobre esta distinción, parece entenderla en el sentido dado por GATICA, al expresar que el perjuicio no se previó al momento de contratar, “*puesto que ello no consta en el respectivo instrumento*”¹⁰⁸⁰. En todo caso, como podrá comprenderse, se trata de un pronunciamiento que para nada resulta concluyente para estimar la posición de los tribunales al respecto.

C.- LA DETERMINACIÓN DE LA PREVISIBILIDAD.-

En general, la doctrina no profundiza sobre el tema y recurre al fácil expediente de dejar entregado al juez su determinación¹⁰⁸¹. Es cierto que al magistrado corresponderá la tarea de apreciar la previsibilidad de un daño, pero lo que corresponde a la doctrina es indicar cuáles son las pautas, orientaciones o herramientas a utilizar en esta tarea.

¹⁰⁷⁷ *Aspectos de la indemnización de perjuicios*, cit., p. 120.

¹⁰⁷⁸ *El daño moral*, cit., pp. 541 y 542.

¹⁰⁷⁹ *Responsabilidad contractual*, cit., p. 230

¹⁰⁸⁰ Agrega que los daños que pueden preverse son aquellos que se sufren en la cosa misma objeto de la obligación, *RDJ*, t. 25, 2ª parte, sec. 1ª, pp. 473 y ss., CONSIDERANDO CUARTO.

¹⁰⁸¹ FUEYO, *Derecho civil*, cit., p. 330; GATICA, *Aspectos de la indemnización de perjuicios*, cit., p. 121, y ABELIUK, *Las obligaciones*, cit., p.735.

En todo caso, los autores dan algunas indicaciones, aunque muy rudimentarias y básicas, como señalar que la determinación de la previsibilidad de un perjuicio por parte del juez va a depender de las circunstancias de cada caso. Se aclara, también, que no es una cuestión de naturaleza arbitraria o subjetiva del juzgador, pues se deberá decidir de acuerdo a la prueba rendida¹⁰⁸², debiendo considerarse los antecedentes del contrato. Entre estos antecedentes, se incluye las tratativas, acuerdos preliminares, documentos preparatorios, etc., como también lo que RODRÍGUEZ denomina el contexto histórico en que se celebró. Esto último que pudiera considerarse demasiado amplio, parece el autor reducirlo a sus justos límites, al decir que el daño previsto debe estar siempre acotado por la prestación, y que por tanto, la previsibilidad del perjuicio causado debe analizarse en función de la prestación¹⁰⁸³.

Fuera de lo anterior, no hay mucho más aporte por parte de la doctrina, pues en Chile no se ha elaborado una teoría sobre los índices de previsibilidad como en Francia. Tampoco ha puesto de manifiesto la necesidad de interpretar adecuadamente el contrato, y en especial que por su debida integración vía artículo 1546 (equivalente al 1258 del Código civil español), se amplía el área de los daños previsibles, como consecuencia de incorporarse nuevas obligaciones al convenio. En verdad, ni siquiera ha hecho presente el error de la jurisprudencia de confundir perjuicio previsto con intrínseco o criticado los fallos que ni siquiera conceden la indemnidad de este tipo de daños. En nuestra opinión, la deficiencia que se aprecia en el análisis del criterio es por el desconocimiento del verdadero fundamento y sentido de la regla de la previsibilidad, y ello, a su vez, es debido a que sencillamente la mayoría de los autores ha descuidado su estudio.

Tampoco existe un mayor tratamiento sobre el tema que ha apasionado a los franceses, relativo a si la previsibilidad se predica solamente a la causa del daño o también a su monto. Sin embargo, los pocos autores

¹⁰⁸² GATICA, *Aspectos de la indemnización de perjuicios*, cit., p. 121, y ABELIUK, *Las obligaciones*, cit., p.735.

¹⁰⁸³ *Responsabilidad contractual*, cit., p.230.

que se han pronunciado al respecto sostienen la idea que se refiere únicamente a la causa del perjuicio¹⁰⁸⁴, y la jurisprudencia, a título de *obiter dictum*, ha declarado también que es sólo la causa¹⁰⁸⁵. Sin embargo, como veremos, muchos de los casos en que los tribunales rechazan la indemnización por falta de previsibilidad, se refieren a supuestos de aumento del precio del bien objeto de la obligación, es decir, al monto.

Respecto al momento en que se realiza el juicio de la previsibilidad, existe acuerdo en que debe ser el de la celebración del contrato¹⁰⁸⁶. No obstante ello, un fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción señaló que con la expresión “*al tiempo del contrato*” utilizado por el artículo 1558, no se refiere a la fecha del mismo, sino al período durante el cual se desarrolla el contrato. Así, en el caso específico del arrendamiento, el momento de la previsibilidad abarcaría desde sería desde nacimiento de la convención hasta el momento en que se haya producido la restitución del inmueble¹⁰⁸⁷. Decisión seguramente impuesta por razones de justicia para ampliar el área del daño previsible; pero equivocada desde el punto de vista dogmático.

En cuanto la naturaleza jurídica o fáctica de la previsibilidad, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia están conteste en que se trata de una cuestión de hecho¹⁰⁸⁸. Parece ser la excepción en esta postura la opinión de ALESSANDRI, para quien sería más bien de naturaleza jurídica sometida al control de casación, como se desprende de sus palabras, al señalar: “*Los jueces de fondo establecen soberanamente los hechos materiales que, en concepto del demandante, constituyen daño... La Corte Suprema no puede modificar o alterar estos hechos, salvo que se hayan violado las leyes reguladoras de la prueba, pero determinar si tales hechos constituyen o no un*

¹⁰⁸⁴ CLARO, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, t. 10., cit., pp. 755 y 756

¹⁰⁸⁵ Sentencia de fecha 14 de septiembre de 1925 de la Corte de Apelaciones de Talca. En *Repertorio de legislación y jurisprudencia chilenas*.

¹⁰⁸⁶ Por todos, GATICA, *Aspectos de la indemnización de perjuicios*, cit., p. 120.

¹⁰⁸⁷ Sentencia de fecha 19 de diciembre de 1994, citada por RAMOS, *De las obligaciones*, cit., p. 296

¹⁰⁸⁸ FUEYO, *Derecho civil*, cit., p. 330; GATICA, *Aspectos de la indemnización de perjuicios*, cit., p. 103, y CLARO, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, t. 10., cit., p. 728.

daño material o moral..., previsto o imprevisto... es cuestión jurídica sometida a la revisión de la Corte Suprema¹⁰⁸⁹.

La jurisprudencia también se ha inclinado por considerarla una cuestión de hecho. En este sentido, las sentencias de la Corte Suprema de fecha **5 de noviembre de 2001** y de **22 de agosto de 2002**, por mencionar sólo algunas¹⁰⁹⁰. Sin embargo, en más de un caso, como lo veremos, el máximo tribunal ha emitido opinión sobre distintos aspectos de la previsibilidad del daño, en circunstancias que como tribunal de casación, y salvo las sentencias de reemplazos, no puede pronunciarse sobre los aspectos de hecho de la causa.

Finalmente, con relación a si la norma es de orden público o necesita ser alegada por las partes, la Corte Suprema en fallo de casación de fecha **23 de agosto de 2001** resolvió que no requiere ser alegada¹⁰⁹¹. Entendemos que ello significa calificar la previsibilidad como una norma de orden público.

¹⁰⁸⁹ *De la responsabilidad extracontractual en el derecho chileno*, cit., n. 149, pp. 235, y 236.

¹⁰⁹⁰ RDJ, t. 98, 2ª parte, sec. 1ª, pp. 234 y ss. Fallos del Mes n. 501, pp. 2040 y ss.

¹⁰⁹¹ CONSIDERANDO PRIMERO: “*Que, en primer término, el recurrente esgrime la causal del artículo 768 N° 4 del Código de Procedimiento Civil, aduciendo que la sentencia impugnada se extiende a un punto que no fue sometida, la decisión del tribunal. Se expresa en el recurso que gran parte de las indemnizaciones reclamadas se rechazaron sobre la base de una supuesta imprevisibilidad de los perjuicios. Sin embargo, dice, la demandada nunca controvertió ni adujo, de manera expresa, el problema relativo a la previsibilidad de los perjuicios. Tanto es así, remarca, que la correspondiente interlocutoria de prueba ni siquiera recoge ese hecho. Por lo tanto concluye en el fallo recurrido se decide ese rechazo basándose en un aspecto que nunca fue alegado ni menos controvertido.*”

CONSIDERANDO CUARTO: “*Que, al margen de que en sus escritos fundamentales la demandada negó la existencia y efectividad de los perjuicios reclamados por la actora, cuando se trata de fundamentar la decisión que adoptan y de invocar las razones de derecho que le sirvan de sustento, los jueces están investidos de amplias facultades sin que constituyan límite u obstáculo para ello el contenido de las argumentaciones planteadas por los litigantes. Por consiguiente, cuando en la sentencia se discurre en torno a la previsibilidad de los perjuicios, desde luego se está examinando la procedencia de la pretensión del actor, vale decir un punto que fue precisamente sometido por éste a la decisión del tribunal. Enseguida, al reflexionar del modo en que lo hacen, los sentenciadores están también aplicando el derecho que estiman pertinente, lo que no es sino expresión de la persuasión racional inherente a todo juzgamiento. En consecuencia, no se configura el vicio que la recurrente atribuye en esta materia al fallo impugnado*”. Causa Rol N° 286-00, LexisNexis 19147, en ([www.http://productos.lexisnexis.cl](http://productos.lexisnexis.cl)).

D.- LA PREVISIBILIDAD ANTE LA JURISPRUDENCIA.

a.- La concepción restringida del perjuicio previsto.

La jurisprudencia chilena ha manejado una concepción de la previsibilidad sumamente restringida, hasta el punto de que algunos fallos parecen estimar sinónimos los términos *daño previsto* y *daño intrínseco*. Es el caso de **la sentencia de fecha 9 de noviembre de 1927**, ya citada, que nos dice que sólo el perjuicio en la cosa misma objeto de la prestación puede ser previsto. Incluso más, los tribunales, fundados en la regla de la previsibilidad, no sólo han negado la indemnización de los llamados daños extrínsecos, sino que también rechazan reparar el mayor valor alcanzado por la cosa objeto de la obligación incumplida, bajo el pretexto de que tal aumento de precio era imprevisible, dando lugar en algunos casos —dicho sea de paso—, a verdaderas injusticias. Como ejemplo de las sentencias que siguen esta última orientación, podemos citar las siguientes.

1) Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 21 de octubre de 1952¹⁰⁹². Decidió una demanda de indemnización de perjuicios dirigida contra un acreedor hipotecario (La caja de Empleado Particulares), que ante la morosidad de su deudor embargó el inmueble. Sin embargo, antes de la subasta las partes llegaron a un acuerdo de pago, y el organismo crediticio se comprometió a no llevar a cabo la ejecución del bien raíz. No obstante, en forma negligente el acreedor incumple lo convenido y saca a remate el inmueble. Se demanda de indemnización de perjuicios por incumplimiento del convenio, y entre los daños especificados estaba el real valor que había alcanzado el bien subastado al momento de la presentación del libelo. La Corte de Apelaciones solamente concede el valor del inmueble a la fecha de la subasta, perjuicio que califica de daño emergente. Por el contrario, la diferencia de valor entre la fecha de la subasta y la acción indemnizatoria la califica de lucro cesante no previsible. Señala al respecto:

“... es evidente que el mayor valor adquirido por el inmueble y que habría podido beneficiar al actor, constituye un lucro cesante, como bien se

afirma en la sentencia recurrida". CUARTO: "Que los sentenciadores no consideraron indemnizable este lucro en ninguna de las situaciones previstas por el actor, en virtud de dos razones: a) porque la Caja demandada no procedió con dolo (Considerando 4º) y b) porque se trataba de un daño que las parte no pudieron prever, cuestión esta de hecho que se analizó detalladamente...".

Es muy discutible calificar este aumento del precio como lucro cesante y no daño emergente, pues el mayor valor no estuvo basado en una reventa especulativa, sino en el simple incremento natural de la cuantía de la propiedad, según tasación comercial llevada a efecto por perito nombrado en juicio. La verdad es que este fallo no solo comete un error al calificar el perjuicio como lucro cesante, sino que también, y aparte de ratificar el tradicional rechazo a la indemnización a esta clase de daño, incurre en otra equivocación jurídica. Nos referimos al hecho de olvidar que el aumento del precio del bien objeto de la obligación –en este caso el inmueble– es siempre previsto, sin que corresponda analizar si en los hechos el deudor pudo o no estimarlo, y salvo alzas extraordinarias y desmedidas (que no era el caso), siempre debe considerarse previsible que las propiedades se revaloricen. De más está decir que también se equivoca al calificar como cuestión de hecho a la previsibilidad.

2) Sentencia de fecha 9 de noviembre de 1927¹⁰⁹³. Aquí, de manera incluso más extrema que el anterior, se califica de indirecto e imprevisto la indemnización por el mayor valor del predio del mandante que fue indebidamente vendido por su mandatario.

En los dos casos vistos faltó a los juzgadores recordar que el bien objeto de la prestación y su valorización son siempre daños previstos. Carácter que se le reconoce incluso en pasajes del Digesto tan restrictivo como lo era el que se refiere a la no entrega del vino o el trigo (D. 19, 1, 21,3), donde si bien no se repara el lucro que el adquirente podría obtener con la reventa, se estima

¹⁰⁹² *RDJ*, t. 50, año 1953, 2a parte, sección cuarta, pp. 40 y ss.

¹⁰⁹³ *RDJ*, t. 25, 2ª parte, sec. 1ª, pp. 473 y ss.

siempre resarcible el aumento del precio en sí de los bienes no entregados¹⁰⁹⁴. Igual cosa se aprecia en DOMAT, al referirse a la indemnización en la compraventa. Así lo enseñó también POTHIER, en el ejemplo del local arrendado evicto y de la finca comprada y posteriormente evicta, situación esta última en que únicamente podrá moderarse la indemnización cuando el aumento sea sorprendentemente alto (en el ejemplo aumentaba cuatro veces su valor y se creía prudente reducir la indemnización al doble).

3) Sentencia de la Corte Suprema de fecha 19 de abril de 1944¹⁰⁹⁵. Como ya se señaló, el caso resuelto por esta sentencia era el incumplimiento del contrato de venta de trigo no entregado. El comprador demandó resolución con indemnización de perjuicios, solicitando la diferencia de precios entre la fecha del contrato y la de la demandada. La Corte Suprema, rechazó esta petición, argumentando que sólo es prevista la diferencia entre la fecha del contrato y la fecha en que debía entregarse el trigo.

La solución aplicada fue la misma que en la primera sentencia (es previsible el mayor valor a la fecha del incumplimiento y no a la fecha de la demanda). Sin embargo, existe en ésta una justificación de de que carece la otra. Nos referimos al hecho de que en este último caso, por sus características especiales (acreedor comerciante, bienes fungibles de fácil reemplazo) era exigible al acreedor realizar una compra de reemplazo, en virtud de su deber de mitigar el daño. Deber que la Corte hizo presente, pero de forma poco afortunada al entremezclarlo y confundirlo con el criterio de la previsibilidad.

b.- Hacia una ampliación del concepto del daño previsible.

Sin perjuicio de los fallos anteriores, parece ser que la cicatería que han demostrado los tribunales respecto al valor de la cosa vendida, no se extendería a otros actos. Así, en el caso de incumplimiento de un contrato de

¹⁰⁹⁴ El problema también se relaciona con la fecha en que el juez debe proceder a evaluar el daño causado: al incumplimiento, a la reclamación judicial o a la dictación de la sentencia. Si consideramos a la indemnización una deuda de valor, la cuantía indemnizatoria debería calcularse al momento de la dictación de la sentencia, y en ese sentido el mayor valor del inmueble hasta esa fecha será considerado daño emergente y no lucro cesante.

¹⁰⁹⁵ *RDJ*, t. 42, 2ª parte, sec. 1ª, pp. 78 y ss.

arrendamiento, se ha declarado plenamente previsible la diferencia de rentas entre el contrato resuelto y el celebrado posteriormente¹⁰⁹⁶.

Además, si bien la jurisprudencia anterior parece demostrar una inclinación hacia una concepción restringida del daño previsible, no ha sido siempre así. Como demostración de lo anterior tenemos la sentencia de fecha **23 de abril de 1925**¹⁰⁹⁷, donde se adoptó un criterio de la previsibilidad más de acuerdo a su real sentido y alcance.

Este caso se planteó a raíz del incumplimiento de un contrato, según el cual el demandado se obligaba por cinco años a transportar el petróleo necesario para tres oficinas salitreras. En un momento dado, se dejaron de enviar las cantidades estipuladas y las mineras debieron paralizar durante varios días. La empresa afectada demandó de indemnización de perjuicios, incluyendo las siguientes partidas: 1) ganancias por el salitre no producido, 2) gastos de empleados y animales, y 3) consumo extra de petróleo. La Corte de Apelaciones de Iquique condena a todos los daños y los costes solicitados, rebajado únicamente en un 25% las ganancias del salitre solicitada.

La demandada interpuso recurso de casación, fundado entre otras razones en que se violó el artículo 1558 (equivalente al 1107 español), desde el momento que se concedieron todos los perjuicios, en circunstancia de que por haber sido el incumplimiento meramente negligente, debió reducirse a los previstos. En casación, la Corte Suprema reconoce que el demandado era meramente negligente y no doloso, y, después de dar su definición de daños que se previeron o pudieron prever, expresa que todos los perjuicios demandados estaban íntimamente ligados con las obligaciones resultantes del contrato, y, por lo tanto, habría existido en los fallos de instancia una correcta aplicación al artículo 1558 del Código civil.

De esta forma, la sentencia declaró resarcible todos los daños que se derivaron del destino que tenía la prestación incumplida, incluido el lucro

¹⁰⁹⁶ RDJ, t. 41, sec. 1ª pág. 461.

¹⁰⁹⁷ RDJ, t. 23, 2ª parte, sec. 1ª, pp. 273 y ss.

cesante (ganancias por el salitre no producido), y no se reduce o limita únicamente a los que derivan de la obligación misma objeto de la obligación.

El análisis del fallo recién indicado resulta particularmente interesante, porque adopta un concepto aparentemente restringido de la previsibilidad; pero termina en los hechos acogiendo una concepción amplia de la misma. En efecto, de la definición dada en él¹⁰⁹⁸ se desprende que la previsibilidad se refiere a las obligaciones del contrato; referencia que en principio es positiva, porque permite acoger una concepción objetiva y de acuerdo al convenio; pero olvida que debe también acudir al conocimiento sobre el destino que se dará a la prestación. Además, de su última parte (“...y, en general, aquellos que ocasionan una pérdida efectiva”), parece descartar la posibilidad de prever el lucro cesante, lo que en el caso concreto no se interpretó de esa manera.

Sin embargo, y pese a las apariencias, este antiguo fallo aplicó ideas más o menos cercanas a las propiciadas en el presente trabajo, en el sentido de que el juicio de previsibilidad no mira únicamente al contenido de las obligaciones asumidas (suministrar petróleo), sino también muy especialmente al destino que se le da a la prestación (petróleo destinado en el caso concreto a la actividad salitrera), pues de otra forma perfectamente podría haberse declarado imprevistas las ganancias no obtenidas por la falta del producción del salitre.

Sin duda, ***tal sentencia representaba un buen comienzo para la teoría de la previsibilidad en Chile, por dos razones***: En primer lugar, ***estableció una interpretación objetiva de la misma en base al contrato*** (se alejaba de la idea de acudir a lo que el deudor o un sujeto medio podía estimar). En segundo lugar, porque la previsibilidad no sólo se determinaba por la obligación en sí como parecía decirlo su definición, sino también ***por el proyecto económico dado a las obligaciones asumidas por el deudor y conocidas por él en virtud del contrato***. En el caso concreto, la obligación era simplemente de suministrar petróleo, pero el demandado tuvo que

¹⁰⁹⁸ “...los perjuicios que se previeren o pudieron preverse son los que derivan necesariamente de la obligación misma y que tiene relación íntima con ella, y, en general, aquellos que ocasionan una pérdida

indemnizar los daños que su falta produjo en el acreedor por **el especial destino** que se le daba al combustible, y que se indicaba expresamente en el acuerdo de suministro. Luego, si el deudor realmente supo o pudo adelantar los perjuicios careció de importancia, pues sabía el destino de la prestación comprometida y asumió el riesgo que su falta pudiera ocasionar. De hecho, si lo reflexionamos es muy probable que concluyéramos que ni el deudor ni ningún sujeto medio podría prever el concreto daño sufrido en este caso, porque atendido el destino específico habría sido necesario ser del rubro del acreedor, al que el deudor no pertenecía.

En pocas palabras, en el presente fallo nos encontramos con una definición imperfecta, pero ante una excelente aplicación práctica del criterio en estudio. Lamentablemente, hizo escuela su definición, pero no su real concepción de la previsibilidad.

En otros casos, aunque se deniega la indemnización solicitada por ser imprevisible, el razonamiento era el adecuado, pues no podía repararse el daño extrínseco si el deudor desconocía el destino de la obligación asumida. Es el caso del fallo de la Corte Suprema de fecha **9 de agosto de 1968**¹⁰⁹⁹. El actor, dueño de un predio, se comprometió a venderlo y entregarlo debidamente cerrado, sujetándose a una pena convencional para el caso de no cumplir dentro del plazo acordado. Para no infringir su obligación de cerramiento, contrató a una empresa que realizare el trabajo. Lamentablemente, esta última no ejecutó las labores dentro del término estipulado, y el dueño del inmueble debió pagar la cláusula penal. Ante esta situación, el propietario presentó demanda contra la empresa encargada de cerrar el predio y solicitó como indemnización el monto de la cláusula penal. La Corte de Apelaciones deniega la petición, argumentando que de no existir dolo se responde solamente de los perjuicios previstos y el deudor “*no pudo prever el perjuicio cuyo resarcimiento persigue el actor, riesgo que, obviamente no es de ordinaria ocurrencia*”. La Corte Suprema, teniendo

efectiva”

¹⁰⁹⁹ RDJ, t. 65, 2ª parte, sec. 1ª, pp. 242 y ss.

presente lo anterior, rechaza el recurso de casación interpuesto y confirma el fallo de instancia.

Es evidente que el incumplimiento a la obligación asumida por el demandado (cercar una propiedad), no conlleva generalmente un riesgo como el sufrido por el actor.

Una decisión muy parecida a la anterior podemos encontrar en la sentencia de fecha **1 de octubre de 1920**, que expresa: *“Declarada la resolución de una compraventa de automóvil, no corresponde indemnizar los perjuicios demandados por el comprador, derivados del objeto a que pensaba destinar el coche si el vendedor podía ignorar los proyectos de lucro que tenía el comprador”*¹¹⁰⁰.

En esta corriente amplificadora del daño previsto, resulta destacable y digna de alabanza **la sentencia de la Corte Suprema de fecha 3 de julio de 1951**¹¹⁰¹, donde se estableció la previsibilidad y resarcimiento del daño moral, acudiendo a la integración, pues de esta forma se logró entender incorporado en el contrato de transporte la obligación de seguridad a las personas. Los hechos de la causa son más o menos los siguientes: En el momento en que la actora, una mujer de veinticinco años, bajaba del tranvía, el chofer puso en movimiento la máquina. Como consecuencia de esta maniobra imprudente, la joven sufrió la fractura de su pierna izquierda, debiendo posteriormente serle amputada más abajo de la rodilla. La víctima demandó de indemnización de perjuicios haciendo valer conjuntamente la responsabilidad contractual y extracontractual. Concretamente se solicitaba el resarcimiento por la pérdida de la integridad física, perjuicio por la incapacidad para el trabajo y daño moral.

La Corte de Apelaciones, junto a la indemnización por daño físico concedió una suma por perjuicio extrapatrimonial. Pero la decisión presentaba un punto débil, pues la indemnización solicitada era de naturaleza contractual, y a la fecha del fallo era absolutamente dominante la idea de la no resarcibilidad del daño moral en este régimen de responsabilidad (de hecho, deberían transcurrir más de cuarenta años antes de modificarse esta doctrina), además el perjuicio debía ser previsto, lo que no era exigido en sede aquiliana.

¹¹⁰⁰ Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas, artículo 1558, pag. 374.

¹¹⁰¹ *RDJ*, t. 48, 2ª parte, sec. 1ª, pp. 252 y ss.

La empresa demandada, en vista de ello, interpuso casación, alegando ser improcedente y también imprevisible en materia contractual los perjuicios extrapatrimoniales. La Corte Suprema rechazó el recurso y declaró que las lesiones sufridas por los pasajeros eran previstas e indemnizable y también lo eran los daños morales. Fundó tal decisión en el hecho de que el porteador responde de la culpa leve y se presume que la pérdida, avería o retardo de lo transportado ocurren por su culpa, como lo indica el artículo 207 del Código de comercio, norma que consideró aplicable a toda clase de transportes según el artículo 171 del mismo Código. Además tuvo presente que conforme al artículo 1546 los contratos deben ejecutarse de buena fe y cumplirse no sólo lo que en ellos se expresa, sino lo que emana de la obligación o por la costumbre pertenece a ella. De todo ello concluyó que es obligación del transportista conducir a los pasajeros con la debida diligencia como lo haría un buen padre de familia, por lo que el perjuicio moral y material de la actora ha podido preverse al momento de celebrar el contrato.

En otras palabras, utilizó el artículo 1546 para integrar al contrato el deber del transportista de llevar a los pasajeros a su destino como un buen padre de familia, sin causarles lesiones o averías; y al infringir esta obligación de seguridad causó daños físicos y morales, que eran previsibles por derivar del incumplimiento de una obligación del contrato. En este fallo si bien formalmente reitera la idea de que la previsibilidad está en relación con el objeto de la obligación (considerando 14), mediante el artículo 1546 del Código civil chileno proceder a integrar nuevas obligaciones que amplían el área de los perjuicios previstos.

Lamentablemente tal esfuerzo doctrinario e interpretativo, al igual que el concepto de previsibilidad asociado al incumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato —e incluso el destino del bien—, no han permitido consolidar hasta el momento una clara doctrina jurisprudencial del daño previsto, que permitan ser recogidas por nuevas sentencias. Es así que

sentencias recientes han significado más bien un retroceso en la aplicación e interpretación del requisito de la previsibilidad del daño¹¹⁰².

En resumen, ***en la jurisprudencia chilena es posible encontrar algunas sentencias que hacen aplicación de los más recomendables elementos de determinación del criterio de la previsibilidad, como son el destino del bien según el contrato y la ampliación de las obligaciones asumidas vía integración; pero también existen otras —la mayoría—, de escaso desarrollo doctrinal y extraordinariamente mezquinas a la hora de fijar el perjuicio previsto.***

E.- LA DISTINCIÓN ENTRE PREVISIBILIDAD Y RELACIÓN CAUSAL.

La opinión de un sector de la doctrina extranjera, relativa a la existencia de una identidad entre los juicios de la previsibilidad y la causalidad ha sido puesta de manifiesto en Chile por ARAYA¹¹⁰³. No obstante, la mayoría

¹¹⁰² Así por ejemplo, la **sentencia de la Excm. Corte Suprema de fecha 28 de julio de 2004, rol 1500-2003**. Trata el caso de la actuación culpable de un colegio, que al finalizar el año académico decide, sin justificación válida, cancelar abruptamente la matrícula de tres alumnos, incumpliendo de esta forma el contrato educacional. La Corte Suprema, confirmó la sentencia de instancia y declaró imprevisible los daños materiales (entre ellos costos de colegiatura e incorporación de establecimientos de mayor valor a los que debió acudir de emergencia, dada la fecha en que ocurrieron los hechos) y rechazó también la indemnización del daño moral que esta situación produjo a los alumnos y a su familia, pues estimó que no se había probado adecuadamente. Señaló textualmente en su CONSIDERANDO NOVENO: *los demandados deben responder sólo de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al celebrar el contrato, y en este predicamento es dable sostener que los perjuicios materiales cuya reparación reclaman los actores Sergio Juica Mujica y Patricia Avello Avila deben calificarse como imprevistos porque ninguno de ellos era previsible al tiempo de la celebración del contrato; f) que en lo relativo al daño moral, y estando frente a una responsabilidad contractual culposa, lo reparable es el daño previsto, que debe ser probado, y los demandados no rindieron prueba para acreditar los hechos que a su juicio configuran el daño moral que han demandado*. Lo subrayado es nuestro.

¹¹⁰³ ARAYA —*La relación de causalidad*, cit., pp. 42 y 43—, señala que podría pensarse que al adoptar la causalidad adecuada, ambos juicios se identifican, y se podría concluir que daño previsible y directo son lo mismo. Sigue en este punto a DOMÍNGUEZ, quien a su vez expresa: *En el momento que se trata de autores que adoptan la causalidad adecuada, el daño directo es el daño previsible, la consecuencia normal del hecho inicial. Pero se encuentran que el 1150 como el 1558 en materia contractual dividen los perjuicios directos en previsibles e imprevistos. El deudor culposo es únicamente responsable de los perjuicios directos previsibles, esto es, aquellos que han sido previstos o que han podido ser previstos durante el contrato. Ahora bien, nos encontramos con que la previsibilidad es la cualidad para determinar el perjuicio directo, como también para designar una categoría de perjuicios directos. Si resulta que el criterio para establecer esta previsibilidad es el mismo en los dos casos, sería necesario*

de los autores siempre ha sostenido una clara diferenciación entre ambas¹¹⁰⁴. El hecho de considerar la distinción entre daños *previsto* e *imprevisto* una subclasificación de los *perjuicios directos*, prueba sin duda que para la doctrina chilena no existe esta confusión o identificación de criterios. En este sentido, útil resulta también recordar que tampoco se ha discutido que la exigencia de la *previsibilidad* es exclusiva del ámbito contractual. De igual forma, la jurisprudencia chilena siempre ha diferenciado ambas reglas de extensión del daño¹¹⁰⁵.

Finalmente, simplemente hacemos presente que las razones sustantivas para negar tal identidad las hemos expresado en la primera parte del presente trabajo

concluir que el daño previsible y el daño directo se identifican y que la regla de la limitación de los daños para el deudor contractual culposo sería inútil, pues todo deudor, contractual o no, doloso o culposo, solo respondería de los perjuicios previsibles, es decir, directos y luego habría un obstáculo para la adopción de semejante doctrina: El 1150 no se aplica en materia delictual. Ver, La causalité dans la responsabilité en droit compare français et chilien, cit., pp. 425 y 426. Traducción libre.

¹¹⁰⁴ GATICA, *Aspectos de la indemnización de perjuicios*, cit., pp. 125 y ss.; y ABELIUK, *Las obligaciones*, cit., nota 849, pp. 734 y 735.

¹¹⁰⁵ *RDJ*, t. 25, 2ª parte, sec. 1ª, pp. 473 y ss.; y *RDJ*, t. 98, 2ª parte, sec. 1ª, pp. 234 y ss.

CAPITULO III.- EL DEUDOR DOLOSO.

Aquí la diferencia con el Derecho español es ostensible. La razón es simple: el dolo está definido en el artículo 44 del Código civil como *la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro*, y en base esta noción legal la mayoría de la doctrina acoge una concepción restringida del mismo, exigiendo para su configuración el deseo de dañar a la contraparte, sin que sea suficiente el mero propósito de incumplir¹¹⁰⁶; circunstancia que obviamente reduce en forma considerable su campo de aplicación. La doctrina minoritaria¹¹⁰⁷, que se opone a esta concepción, no ha sabido, sin embargo, articular un argumento lo suficientemente convincente, para explicar que la definición del artículo 44 con su alusión al *animus nocendi*, no obstante su apariencia, está destinada en realidad a caracterizar

¹¹⁰⁶ En este sentido, ABELIUK, *Las obligaciones*, cit., pp. 676, nos dice que el incumplimiento doloso es un incumplimiento intencional para dañar al acreedor. CLARO, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, t. 10., cit., p. 498, indica que el dolo es la intención positiva de dañar, “no cumpliendo voluntariamente, con este propósito, una de las partes, la obligación que el contrato le impone respecto de la otra”.

¹¹⁰⁷ En términos generales, la doctrina minoritaria postula que no es necesario la intención de dañar, pero sí exige la conciencia de que su acción u omisión causará a un daño. Por todos, BARAONA, “Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: Apuntes para una relectura en clave objetiva”, cit., p. 174. Esta concepción tiene dos puntos de ataque que minan su posibilidad de desarrollo. La primera es que no logra el objetivo real de ampliar los supuesto dolosos a los casos en que, con o sin representación del daño, el motivo del incumplimiento es la búsqueda de un beneficio, pues aunque mencionan que lo importante es obtener un beneficio con el incumplimiento más que la intención de causar daño, no se elabora un concepto en ese sentido. En segundo lugar, BANFI califica de inútil esta concepción amplia, porque se dice que la gran mayoría de los casos en que el individuo sin querer el daño debió representárselo o tener conciencia de él, en el fondo está incurriendo en culpa grave, y como ella se asimila al dolo, resulta que el concepto amplio carecerá de sentido. Opina este último autor que el deudor generalmente infringe voluntariamente porque le conviene y sólo en supuestos muy particulares lo hace con malicia o intención dañina, por lo que un concepto amplio se aviene más a la realidad de las cosas, pero frente a la interpretación literal del artículo 44, que piensa podrá mantenerse, es más fácil probar la culpa grave que el *animus nocendi* e incluso que el dolo en sentido amplio, por lo que cree mejor esta vía en que los tribunales no tendrán que forzar el concepto de dolo, BANFI DEL RÍO, CRISTIAN, *La asimilación de la culpa grave al dolo en la responsabilidad civil*, edit. LexisNexis, Santiago de Chile, 2003, pp. 175 y ss.

únicamente el dolo aquiliano y no el del ámbito contractual (sea como vicio del consentimiento o como criterio de agravación de la responsabilidad contractual), que reclaman un noción adecuada a su específica función.

Si bien en la doctrina encontramos una opinión minoritaria que discrepa de la concepción restringida, podemos asegurar que la jurisprudencia prácticamente unánime exige el *animus nocendi* para el dolo en materia contractual. Demostración de lo anterior es la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha **31 de julio de 1991**, que expresa: “*El dolo por su naturaleza y objeto es un concepto o apreciación jurídica que debe deducirse de algún hecho o conjunto de hechos que comprueben claramente la intención positiva y maliciosa de causar daño al otro...*”¹¹⁰⁸. Idea que la Corte de Apelaciones de Coquimbo en sentencia de fecha **29 de mayo de 2003** vuelve a reiterar, aprovechando también de recordar que a diferencia de la culpa él no se presume:

*“La parte demandante ha solicitado las indemnizaciones ya pormenorizadas, imputándole dolo al incumplimiento de la demandada. Para decidir acerca del elemento subjetivo, se debe considerar que el artículo 44 del Código tantas veces citado, expresa en su inciso final que el dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro, y su artículo 1459 determina que “El dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por ley. En los demás debe probarse”*¹¹⁰⁹.

Debido a esta noción restringida, algunos fallos llegan incluso a declarar que ciertas culpas o negligencias son inexcusables, pero a pesar de ello terminan finalmente indicando que no configuran una actuación dolosa¹¹¹⁰. Sin embargo, en otros pronunciamientos ha existido un avance en la apreciación de los tribunales, y han calificado con la expresión culpa rayana en el dolo supuestos de incumplimientos típicamente dolosos según las

¹¹⁰⁸ CONSIDERANDO OCTAVO, en LexisNexis n. 11667, en ([www.http://productos.lexisnexis.cl](http://productos.lexisnexis.cl)), y *RDJ*, t. 88, año 1991, 2ª parte, sección 2ª, pp. 81 y ss.

¹¹⁰⁹ CONSIDERANDO DUODÉCIMO, LexisNexis n. 30176, en ([www.http://productos.lexisnexis.cl](http://productos.lexisnexis.cl)).

¹¹¹⁰ Nos referimos a la sentencia ya vista de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha **21 de octubre de 1952**, referido a un caso en que un acreedor hipotecario (La caja de Empleador Particulares) embarga el inmueble del deudor hipotecario, pero antes de proceder al remate llega a un acuerdo con éste para no ejecutar el bien si el deudor cumple un plan de pagos, a lo que el deudor acepta y cumple el acuerdo. No obstante la caja lo saca a remate, lo que la Corte califica de un desorden y descuido inexcusable, pero no dolo. En *RDJ*, t. 50, año 1953, 2ª parte, sección 4ª, pp. 40 y ss.

enseñanzas de POTHIER, como es la venta de un inmueble sobre el cual pesa una prohibición de enajenar. Lamentablemente, han omitido pronunciarse expresamente si tales casos deben o no regirse por las reglas destinadas al deudor de mala fe, circunstancia que tampoco logra deducirse de la indemnización concedida en el caso concreto¹¹¹¹.

Al igual que en su momento ocurrió en Francia, la única vía para escapar a tan estrecha concepción del dolo fue acudir a su asimilación con la culpa grave, con la ventaja de que en Chile la ley lo autoriza expresamente en el artículo 44 inciso segundo. Sin embargo, ello no ha impedido la discusión sobre el alcance de tal equiparación, en el sentido de si es aplicable a todos los efectos del dolo o sólo algunos de ellos. En todo caso, por regla general, tanto la doctrina como la jurisprudencia estiman que no hay problema en aplicar la asimilación en materia de agravación de la responsabilidad por incumplimiento contractual.

En cuanto a la jurisprudencia, podemos decir que son numerosas los fallos que a modo de declaración incidental, al referirse a la extensión del daño indemnizable en materia contractual, equiparan el dolo a la culpa grave¹¹¹². Pero dentro de las sentencias que no solo hacen tal afirmación, sino que llevan a la práctica su asimilación, encontramos la de fecha **20 de julio de 1984**, donde después de decidir que el demandado incurrió en negligencia lata, expresa: “*Que según lo dispone el artículo 44 inciso 2º del Código civil, la culpa grave en*

¹¹¹¹ Nos referimos a la sentencia de la Corte Suprema de fecha **30 de octubre de 1991**, en LexisNexis, n. 11583, en ([www.http://productos.lexisnexis.cl](http://productos.lexisnexis.cl)), donde se calificó la actuación del demandado como una falta de diligencia rayando en el dolo. Se compró un terreno para construir un hotel (Se trataba de un terreno ubicado cerca del aeropuerto de la ciudad de Santiago). Sin embargo, el vendedor no pudo cumplir su obligación de transferir el dominio del inmueble por estar afectado por una prohibición judicial de venta. El comprador solicitó la resolución con indemnización de perjuicios. El tribunal concedió solamente a título de daño emergente, el mayor valor del predio, pero no los gastos iniciados para el proyecto del hotel, ni tampoco la ganancia que se esperaba obtener con él. El rechazo se fundó en la imprecisión de los primeros y en la incerteza de los segundos. No obstante, considerando la concepción restringida que tradicionalmente ha existido sobre la previsibilidad del mayor precio en los inmuebles, puede pensarse que en este caso no se aplicó el límite de los daños previstos, y de ser así significaría que se aplicó la extensión del perjuicio propia de los deudores dolosos. Pero también es posible interpretar que se estimaron previsibles todos los daños concedidos al estar el vendedor demandado al tanto del destino que el comprador pensaba dar al terreno, y la duda sobre las reglas que aplicó en este caso —propias del culposo o doloso—, persisten.

¹¹¹² Por todas, sentencia de la Corte Suprema de fecha 3 de septiembre de 2002, *RDJ*, t. 88, año 1991, 2a parte, sección 2ª, pp. 81 y ss.

*materia civil equivale al dolo –civil– de lo que se sigue que **los demandados responden también de los perjuicios imprevistos** y la responsabilidad es solidaria”¹¹¹³.*

En este orden de ideas, es interesante la sentencia de la Corte Apelaciones de Santiago de fecha **10 de octubre de 2000**, que señaló textualmente:

*“El dolo ha sido definido por el artículo 44 del Código Civil como “la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”. **El mismo artículo asimila la culpa grave, en materias civiles, al dolo.** Ello significa que, no sólo se trata de que exista la intención de perjudicar o dañar, sino que se infrinja de modo voluntario el deber jurídico que pesa sobre el otro contratante, a sabiendas, es decir, con la conciencia de que con el hecho propio está incumpliendo una obligación. Esta circunstancia hace que el dolo nunca se presuma y ha de ser probado por quien lo alega”¹¹¹⁴.*

Decimos que el fallo es interesante porque si bien rechaza que el dolo, producto de su asimilación con la culpa grave, pueda ser presumido, amplía la noción del mismo, que dejaría de entenderse únicamente como la intención de dañar, siendo suficiente el incumplimiento voluntario y consciente. Lamentablemente, en el caso concreto, y no obstante la declaración anterior, el Tribunal rechaza estimar dolosa la infracción contractual, porque en su opinión los agentes de un órgano del Estado — como lo era el demandado—, no parece que hayan tenido la “*intención de perjudicar o dañar a su contraparte*”. Luego, al rechazar la existencia del dolo porque no existió *animus nocendi*, persiste el concepto restringido que en un primer momento parecía desterrar, y olvida que según sus propias palabras puede también existir dolo (o culpa grave con los efectos de la asimilación) por el hecho de incumplir en forma voluntaria.

¹¹¹³ Sentencia citada por BANFI, *La asimilación de la culpa grave al dolo en la responsabilidad civil*, cit., pp. 231 y ss.

¹¹¹⁴ *RDJ*, t. 97, 2a parte, sección 2ª, pp. 81 y ss. La negrilla y subrayado es nuestra.

CAPITULO VI.-

APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1558 EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.

A diferencia de España, el problema de precisar el campo de aplicación de los criterios de valoración del *quantum*, establecidos en el artículo 1558 del Código civil, se ha resuelto sin mayores cuestionamientos o discrepancias. Lo anterior obedece en parte a que la norma chilena tiene una redacción más sencilla y en parte a que existen aspectos dogmáticos que no han despertado mayor interés. Para una adecuada exposición del tema, analizaremos por separados el campo de aplicación de los criterios del perjuicio *previsto* o *previsible* y del daño *directo*, y en especial su recepción o no en materia delictual.

Respecto a la previsibilidad, la doctrina tradicional ni siquiera se ha planteado la posibilidad de su aplicación en materia aquiliana y la estima una regla que rige exclusivamente en la órbita contractual. De hecho, no conocemos siquiera un fallo que haya tenido la oportunidad de pronunciarse sobre una eventual aplicación del criterio en responsabilidad por hecho ilícito¹¹¹⁵. Además, la previsibilidad parte del principio que debe considerarse la gravedad de la conducta para la determinación de la extensión del daño; circunstancia que es rechazada en el ámbito extracontractual¹¹¹⁶, donde se responde por igual ante un delito o cuasidelito.

¹¹¹⁵ Ver sentencia de la Corte Suprema de fecha 14 de abril de 1954, *RDJ*, t. 50, 2ª parte, sección 4ª, p. 40.

¹¹¹⁶ Por todos, ALESSANDRI, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho chileno*, cit., n. 458, p. 552 y n. 455, pp. 545 y 546.

No obstante lo anterior, existe una minoritaria, pero influyente corriente de opinión que en forma indirecta admite su utilización en responsabilidad aquiliana, cuando señala que la teoría aplicable para la determinación del nexo causal es la de la adecuación. De esa forma causalidad y previsibilidad se identificarían. En todo caso, los autores partidarios de esta argumentación se cuidan de precisar que se trataría de previsibilidades diferentes¹¹¹⁷. Hemos ya manifestado nuestra opinión al respecto, en el sentido que el límite de previsibilidad es exclusivo del ámbito contractual, por lo que a fin de evitar reiteraciones inútiles nos remitimos a lo ya señalado en su oportunidad.

El requisito consecuencia inmediata y directa del daño recibe aplicación tanto en el ámbito contractual como extracontractual.

Actualmente, y por lo menos desde hace unos cincuenta años, la doctrina y la jurisprudencia están contestes en que este criterio, comúnmente conocido como daño *necesario* en el medio chileno (tomando de esa forma “prestada” la denominación utilizada por la legislación española), es exigible en ambos regímenes de responsabilidad. Pero no es el artículo 1558 el argumento que se da para sostener que en materia aquiliana los perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa. Por el contrario, el motivo que se tiene en vista es sencillamente la identificación de este criterio jurídico con el nexo causal en su sentido material.

Así, ALESSANDRI, siguiendo a un sector de la doctrina francesa, indica que en materia extracontractual “*Sólo es indemnizable el daño directo, sea mediato o inmediato...*”, y agrega posteriormente: “*El daño indirecto... no es indemnizable en caso alguno, no por aplicación del art. 1558, que sólo rige en materia contractual, sino porque entre este daño y el hecho ilícito no hay relación de causalidad...*”¹¹¹⁸.

¹¹¹⁷ En este sentido ARAYA —*La relación de causalidad*, cit., pp. 41 y 42, y DOMÍNGUEZ, *La causalité dans la responsabilité en droit compare français et chilien*, cit., pp. 425 y ss. Recordemos también que para este último autor en los casos de responsabilidad subjetiva la culpa haría las veces del criterio de la previsibilidad. En este último sentido y a modo más bien de planteamiento que de certeza, ver también BARROS BOURIE, ENRIQUE, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, cit., n. 102, p. 165.

¹¹¹⁸ *De la responsabilidad extracontractual en el derecho chileno*, cit., n. 149, pp. 232 y 233.

En similar sentido, ABELIUK señala que en responsabilidad aquiliana los perjuicios indirectos nunca se reparan porque falta la relación de causalidad entre el hecho ilícito y el daño. “No lo dice en esta parte la ley expresamente, como en materia contractual, aunque se puede deducir de las expresiones que utiliza: “inferir daño a otro”, “daño que pueda imputarse a otro” —se refiere a las expresiones empleadas por los artículos 2314 y siguientes, en el título que regula la responsabilidad extracontractual—, y por simple lógica: si la acción u omisión del demandado nada ha tenido que ver con el daño, no se ve a qué título tendría éste que indemnizarlo”¹¹¹⁹. Participan también de esta posición DIEZ¹¹²⁰ y ARAYA,¹¹²¹ por mencionar sólo algunos autores.

En un primer momento, un sector de la jurisprudencia estimó que en los hechos ilícitos se indemnizaba tanto el daño *directo* como *indirecto*¹¹²². Sin embargo, con toda seguridad podemos decir que a partir de mediados del siglo pasado se sentó en forma definitiva la doctrina contraria, y se rechazó la reparación del perjuicio *indirecto* en los dos órdenes de responsabilidad. De esta forma, siguiendo las enseñanzas del profesor ALESSANDRI, y con pretensiones casi docentes la sentencia de la Corte Suprema de fecha **14 de abril de 1953**, señaló:

“Que por lo que toca a la infracción del artículo 1558 del Código civil cabe observar que este artículo no puede cobrar función alguna en la especie. En efecto, y si bien es verdad que el daño indirecto, es decir, el que no deriva necesaria y forzosamente del hecho ilícito, no es indemnizable jamás, ello no ocurre por aplicación del artículo 1558 que se invoca como infringido, y que únicamente rige en materia contractual.”

“La razón es diversa y consiste en que entre este daño y el hecho ilícito no hay relación de causalidad sin la cual ese hecho no puede engendrar para su autor responsabilidad delictual o cuasidelictual”¹¹²³.

¹¹¹⁹ *Las obligaciones*, cit., pp. 235 y 236.

¹¹²⁰ *El daño extracontractual ante la jurisprudencia*, cit., pp. 53 y ss.

¹¹²¹ *La relación de causalidad*, cit., pp. 129 y ss. y 151.

¹¹²² En verdad los dos fallos (uno de la Corte Suprema y el otro de la Corte de Apelaciones), que declararon que en materia extracontractual se indemnizaba el daño indirecto fueron más bien de carácter aislados y la doctrina inmediatamente los observó, aclarando que en el fondo no significaban un ensanchamiento de la responsabilidad delictual en relación a la contractual.

¹¹²³ *RDJ*, t. 50, año 1953, 2a parte, sección 4ª, p. 49.

En suma, ***actualmente tanto la doctrina como la jurisprudencia plantean que la regla del daño directo o necesario es plenamente aplicable a la responsabilidad extracontractual***, sin existir discrepancias u opiniones minoritarias al respecto.

Por nuestra parte, coincidimos con la afirmación de que el requisito *consecuencia inmediata y directa* rige en materia delictual, pero no comulgamos con el fundamento desarrollado para su acogimiento. Como hemos expresado, el *daño directo* no es sinónimo de perjuicio materialmente causado, sino que es un criterio normativo o jurídico y su aplicación en materia aquiliana obedece a razones históricas y sistemáticas, ya desarrolladas en la primera parte.

CONCLUSIONES

I.- CONCLUSIONES SOBRE LA EXTENSIÓN DEL DAÑO CONTRACTUAL EN EL DERECHO ESPAÑOL.

1.- La extensión o delimitación del daño a indemnizar es un problema que ha preocupado desde siempre a doctores y legisladores, y hoy mantiene su vigencia, actualidad y complejidad.

2.- Los ordenamientos jurídicos han ideado diferentes mecanismos para dar respuesta a este problema. Quizás, el más famoso, pero no por ello menos controvertido, es el denominado sistema latino.

3.- Este sistema es el resultado de una larga evolución histórica, que tiene su primer antecedente en una Constitución del emperador JUSTINIANO y en algunos textos del Digesto. Sin embargo, es en el Derecho común, y en especial en las explicaciones dadas por autores como DUMOULIN, DOMAT y POTHIER, donde realmente nace y se desarrolla la elaboración doctrinaria que, posteriormente, servirá de base e inspiración a los criterios de delimitación del daño establecidos en el *Code* y en los códigos que le siguen. De ahí la necesidad e importancia de su estudio histórico.

4.- El Derecho español consagra el sistema latino, como se desprende de la lectura del artículo 1107 del Código civil. Sin embargo, su adhesión es más bien en el espíritu que en la forma. Ello ha determinado que junto a los problemas interpretativos propios de la regulación francesa, se añadan los que provoca la particular redacción de la norma española.

5.- Entre las dudas interpretativas propias del artículo 1107, se encuentra el significado del término “*deudor de buena fe*” empleada en reemplazo de la fórmula negativa ausencia de dolo. En todo caso, pese a las discrepancias sobre su sentido y alcance, parece imponerse la idea que dicha expresión comprende a todo incumplidor no doloso que deba responder de los daños causados por el incumplimiento, sea o no culposos.

6.- Al deudor de buena fe se le aplican los dos criterios de delimitación del daño ideados por el sistema latino (*consecuencias necesarias* y *previsibilidad del daño*). Con ello, simplemente se sigue la misma orientación del *Code* que aplica ambas reglas al deudor no doloso.

7.- El Código civil español contempla, básicamente, dos criterios de delimitación: las *consecuencias necesarias* del incumplimiento y la *previsibilidad* del daño.

8.- Tales criterios de extensión del perjuicio son de naturaleza jurídica y no fáctica. Lamentablemente, hasta tiempos recientes, los autores y tribunales españoles, salvo contadas excepciones, los consideraba meras cuestiones de hecho. Sin embargo, la recepción de la llamada teoría de la imputación objetiva, por parte de la doctrina y la jurisprudencia, ha dado mayor claridad en la distinción entre aspectos fácticos y jurídicos. Ello ha permitido que se empiecen a considerar los criterios limitativos como cuestiones de derecho, y se abandone la falsa idea de estimarlos de mero hecho.

9.- Para el adecuado estudio de las reglas o principios delimitadores del perjuicio, es necesario recordar el aporte de la doctrina que distingue dos funciones en la causalidad. En primer lugar, permite imputar el hecho generador de responsabilidad, esto es, establece si el hecho dañoso puede o no ser atribuido a un determinado sujeto. Y en su segunda función,

fija la extensión del perjuicio indemnizable. Aquí se trata de delimitar hasta dónde se extiende el resarcimiento, es decir, señala qué consecuencias dañosas pueden considerarse jurídicamente derivadas del incumplimiento contractual. Es en esta segunda función en que operan los criterios en estudio. En otras palabras, la *necesariedad* y *previsibilidad* son principios delimitadores de la causalidad en su segunda función.

10.- Con la expresión *consecuencias necesarias* se hace alusión, en realidad, a dos reglas delimitadoras diferentes, aunque complementarias: el deber de evitar o mitigar el daño, y la exigencia de la normalidad del perjuicio.

11.- *El deber de mitigar o evitar el daño* excluye la indemnización de los perjuicios materialmente causados por el incumplimiento, pero respecto de los cuales el acreedor pudo, con mediana diligencia, adoptar las medidas idóneas para evitarlos o aminorarlos. Como contrapartida, se debe rembolsar al acreedor los gastos razonables de dichas medidas, y ello, aún en los casos en que éstas no se hayan realizado.

12.- El otro criterio comprendido en la expresión consecuencia necesaria —que denominamos la exigencia de la *anormalidad del perjuicio*—, postula la existencia de daños que no se indemnizan, a pesar de haber sido causados por el incumplimiento y no ser susceptibles de evitación o aminoración por parte del acreedor. ¿Cuáles son estos perjuicios? La doctrina mantiene dos posiciones diferentes. Para un importante sector, son todos los daños anormales en su producción, que no pueden considerarse consecuencia normal del incumplimiento según los criterios comunes de experiencia.

Para otro sector doctrinal, al cual adherimos, este criterio tiene un alcance más restringido: *únicamente no se indemnizan aquellos perjuicios anormales que no se habrían producido de no haber intervenido junto al incumplimiento la deficiente situación económica del acreedor*. Este criterio

delimitador, en la forma entendida por nosotros, ha sido acogido en el derecho anglosajón bajo la denominación de *Impecuniosity*.

13.- La jurisprudencia española, por regla general, ha desconocido el significado técnico-jurídico de la expresión *consecuencias necesarias*. En todo caso, ello no ha impedido que en algunas ocasiones haya aplicado los criterios delimitadores que encierra la expresión; pero lo ha hecho invocando razones equivocadas y de manera incorrecta.

14.- La doctrina que dio nacimiento al sistema latino de extensión del perjuicio fue pensada y explicada básicamente en torno a casos de responsabilidad contractual, y su regulación legal, por regla general, ha sido establecida en la indemnización por incumplimientos contractuales. Sin embargo, siempre se ha estimado que el criterio de las *consecuencias necesarias* es también aplicable en materia extracontractual. Respecto a la *previsibilidad*, salvo en España, se ha negado su aplicación en materia aquiliana.

15.- El criterio de la *previsibilidad* tiene un doble sentido o función, que puede ser identificado con las expresiones *previstos (ont été prévus)* y *podido prever (on a pu prévoir)*, o en términos similares utilizados por la mayoría de los códigos civiles que adoptan el sistema latino de extensión del perjuicio (por ejemplo, *previeron* y *podieron preverse* en el Código civil chileno). En consecuencia, podemos decir que con la regla de la *previsibilidad*, al igual que lo que sucede con las *consecuencias necesarias*, se alude a un doble criterio: el del daño previsto y el del daño previsible.

16.- El primer criterio de la previsibilidad —*ont été prévus*—, declara previstos, y por lo tanto indemnizable, todos los perjuicios sufridos por el acreedor debido a la imposibilidad de realizar el proyecto a que estaba destinada la prestación incumplida. Es decir, los daños a indemnizar son los que derivan del destino asignado a la prestación objeto de la obligación

incumplida; siempre, eso sí, que el deudor hubiese conocido o debido conocer dicho destino.

17.- Luego, contrariamente a lo que estima la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, el juicio de previsibilidad no persigue comprobar la noción, por parte del incumplidor, del o los daños que su incumplimiento causaría al acreedor. *El objeto del juicio de previsibilidad es otro: determinar el conocimiento que el deudor tenía acerca del destino que se daría al bien o servicio contratado.*

18.- El conocimiento del destino asignado a la prestación puede ser *expreso o tácito*. Será expreso cuando la convención lo indique en términos formales y explícitos, y será tácito cuando se deduzca de la naturaleza y contenido del contrato. En ambos casos, pero especialmente en el último, será necesario *interpretar el contrato*, entendiendo que la actividad hermenéutica comprende también la integración.

19.- Se requiere además que el deudor haya aceptado, expresa o tácitamente, el riesgo que conlleva el destino asignado a la prestación. Se considera que existe aceptación tácita cuando la finalidad de la prestación se indica en el contrato o pueda deducirse de él. Por lo mismo, el conocimiento de tal destino obtenido fuera del contrato no hace presumir la aceptación del riesgo por el deudor, y no transforma en previsto el daño.

20.- Lo expresado en los puntos 15 a 19, puede resumirse en la siguiente idea: *la previsión del daño es un problema de interpretación e integración del contrato.*

21.- El segundo criterio de la previsibilidad —aludido con la expresión *on a pu prévoir*—, no está destinado a excluir de la indemnización determinadas partidas o clases de perjuicios, sino a morigerar el monto de aquellos que conforme a los criterios de extensión ya estudiados fueron

declarados resarcibles. Y se modera a la suma que el deudor hubiera podido estimar que ascenderían los daños en caso de incumplimiento. Como parámetro para esta moderación, el derecho intermedio señalaba que resultaba imprevisible el monto de los perjuicios en la parte que exceda el doble del valor original de la cosa objeto mismo de la prestación. Por lo mismo, no deja de extrañar que los Tribunales declaren imprevisible cualquier aumento de precio que sufra este bien.

Esta reducción se aplica, ciertamente, a los sufridos en la cosa misma objeto de la prestación, pero existe la duda respecto a los demás daños. Somos de la idea que se aplica también a estos últimos. Sin embargo, la discusión carece de trascendencia, al existir una norma especial de moderación judicial, como lo es el artículo 1103 del Código civil.

22.- La jurisprudencia española ha tendido a desconocer el criterio de la previsibilidad del daño, y en los pocos casos en que lo aplica, acostumbra ha utilizar un concepto sumamente restringido del mismo. Sin embargo, también han existido fallos —los menos—, en los cuales se ha empleado correctamente el criterio de la previsibilidad. Ha sucedido así, en los casos en que se ha tomado en consideración la destinación de la prestación incumplida, para declarar indemnizables una serie de perjuicios.

23.- La jurisprudencia española mantiene un concepto amplio del dolo, incluyendo en él cualquier incumplimiento voluntario.

24.- Donde se presentan diferencias es en la extensión indemnizatoria que pesa sobre el incumplidor doloso. El *Code* establece expresamente en su favor el criterio limitativo de las *consecuencias inmediatas y directas*. El Derecho español, en cambio, según el sentido literal del artículo 1107, no aplicaría al deudor doloso el criterio de las *consecuencias necesarias*, y su responsabilidad se extendería a todos los perjuicios que *conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación*. Sin embargo, la doctrina, con diversos argumentos, ha realizado

una interpretación correctora del precepto, y está conteste en que se le aplica el límite de las *consecuencias necesarias*.

25.- Una vez fijados los daños a indemnizar, conforme a los criterios delimitadores del artículo 1107, procederá aplicar, en ciertas circunstancias, la facultad moderadora establecida en el artículo 1103 del Código civil.

26.- De esta forma, el legislador español se separa de su símil francés, que al eliminar el artículo 47 del proyecto del *Code*, manifestó su intención de no otorgar al Juez facultad de moderación en la tasación de los perjuicios, y se acerca al sistema del Código suizo de las Obligaciones, donde expresamente se otorga al magistrado dicha atribución.

27.- Es cierto que para algunos, entre los cuales nos contamos, mediante el requisito del daño previsible se puede llegar a la moderación del monto a indemnizar. Pero se trata de una posibilidad discutible tanto en su existencia como en su alcance. Además, con una norma como el artículo 1103, en el Derecho español carece de mayor trascendencia discutir si la previsibilidad encierra alguna facultad moderadora, como ha sucedido en la vecina Francia.

II.- CONCLUSIONES SOBRE LA EXTENSIÓN DEL DAÑO CONTRACTUAL EN EL DERECHO CHILENO.

1.- El artículo 1558 del Código civil chileno regula el sistema de extensión del daño contractual, siguiendo al *Code* en forma más fiel que el español.

2.- La doctrina y jurisprudencia chilenas interpretan la expresión

negativa de ausencia de dolo del artículo 1558 en el sentido de culpa. Ello obedece a la idea de seguir considerando a la responsabilidad contractual de corte subjetivista.

3.- En Chile no se distingue claramente la diferencia entre relación causal y *consecuencia inmediata y directa*. A ello se une el hecho de que la doctrina y jurisprudencia mayoritaria adhieren a la teoría de la equivalencia de las condiciones. En consecuencia, se deja entregada a esta amplia doctrina la decisión de si un daño es o no consecuencia inmediata y directa del incumplimiento. Sin embargo, en la práctica no se produce una ampliación de la carga resarcitoria del deudor, y ello por diversas razones. Entre ellas, se encuentran el concepto restringido de dolo que posibilita siempre la limitación de la *previsibilidad*, y el hecho de que cuando se quiere excluir un daño no se duda en calificarlo de indirecto, aunque según la teoría de la equivalencia no lo sea.

4.- Tradicionalmente, la jurisprudencia ha considerado a la causalidad como una cuestión de mero hecho; sin embargo, recientemente han existido pronunciamientos de la Corte Suprema que reconocen en ella, además de los aspectos fácticos, cuestiones jurídicas o normativas.-

5.- La doctrina y la jurisprudencia han considerado el deber de mitigación, pero lo asimilan a un problema de concurrencia causal, y lo califican como una cuestión del *an respondeatur* antes que del *quantum*. Lo anterior, unido a una concepción puramente material de la causalidad, como es la teoría de la equivalencia de las condiciones lleva muchas veces a tomar la decisión del “*todo o nada*”, esto es, aceptar totalmente la indemnización del perjuicio o rechazarla de igual forma, sin percatarse que el cumplimiento de este deber permite una vía intermedia: conceder la indemnización; pero reducirlo a los perjuicios que no hubieren podido evitarse y a los gastos de las gestiones de mitigación.

6.- La doctrina se ha despreocupado del requisito de la previsibilidad del daño y la jurisprudencia ha ido sentando un concepto sumamente restringido del mismo, aparte de considerarlo una mera cuestión de hecho. Así, se ha negado la indemnización del mayor valor del bien objeto de la prestación, por estimarlo un daño imprevisible.

No obstante lo anterior, existen también algunos fallos antiguos que hacen una correcta aplicación del criterio, indemnizando diversos perjuicios extrínsecos por considerarlos previsibles, ya sea recurriendo a la destinación de la prestación incumplida o por la incorporación al contrato del obligaciones accesorias, por medio de la integración del artículo 1546, que permiten establecer como previsibles determinados daños, en especial los sufridos en la persona del acreedor.

7.- Si bien del tenor del artículo 1558 parece indicar que al deudor no doloso únicamente se le aplica el criterio de la previsibilidad, la doctrina y la jurisprudencia entienden que le es aplicable también el límite del perjuicio directo; pero llegan a esta conclusión por la errada creencia de estimar que la clasificación de los daños en previstos e imprevistos es una subclasificación de los directos.

8.- Producto de la definición del artículo 44 del Código civil, se maneja por la doctrina y jurisprudencia un concepto sumamente restringido de dolo. En consecuencia, para estar ante un incumplimiento doloso, no basta el mero conocimiento o voluntad de incumplir, sino que se requiere la intención de causar daño a la contraparte. Este concepto restringido se supera, en parte, con la asimilación de la culpa grave al dolo en materia de extensión del daño.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- ABELIUK MANASEVICH, RENÉ, *Las obligaciones*, 4ª edic, Editorial jurídica de Chile., 2001, t. 2, Santiago de Chile.
- 2.- ALBALADEJO GARCIA, MANUEL: "*Los daños indemnizables en la responsabilidad contractual y en la extracontractual o aquiliana*", en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, t. II, 1ª ed., Thomson-Civitas, España, 2003.
- 3.- ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS: "Un nuevo Derecho de obligaciones. La reforma 2002 del BGB", en *ADC*, t. LV, 2002.
- 4.- ALESSANDRI y MANUEL SOMARRIVA UNDURRAGA, *Derecho civil. De las obligaciones*, t. 3, Edit. Nacimiento, Santiago de Chile, 1942.
- 5.- ALESSANDRI, ARTURO; SOMARRIVA, MANUEL, y VODANOVIC, ANTONIO, *Tratado de derecho civil. Parte preliminar y general*, t. 1, 7ª edic, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2005.
- 6.- ARAYA JASMA, FERNANDO ANDRES: *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, memoria de prueba, Concepción - Chile, 2000.
- 7.- AUBRY, C Y RAU, C, *Cours de droit civil français. de après la methode de Zacharie*. Revisada y puesta al día por Étienne Bartin t. 4º, 6ª edic.; Techniques S.A., Paris, 1951.
- 8.- AYNES, LAURENT, *Cours de droit civil. Les Obligations*, t. 4, 6ª edic., Cujas, Paris, 1995.
- 9.- BADOSA COLL, FERRÁN, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real colegio de España, Bolonia, 1987.
- 10.- BANFI DEL RÍO, CRISTIAN, *La asimilación de la culpa grave al dolo en la responsabilidad civil*, edit. LexisNexis, Santiago de Chile, 2003.
- 11.- BARAONA GONZÁLEZ, JORGE,
—"Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: Apuntes para una relectura en clave objetiva", En *Revista Chilena de Derecho*, v. 24, enero-abril de 1997.
—"La causa del daño en la jurisprudencia reciente", En *Revista Chilena de Derecho*, v. 30, mayo-agosto de 2003.

- 12.- BARCELLONA, MARIO, *Inattuazioni dello scambio e sviluppo capitalistico*, Milano – Dott. A Giuffrè, 1980.
- 13.- BARROS BOURIE, ENRIQUE, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial jurídica de Chile., 2006, Santiago de Chile.
- 14.- BIANCA, C. MASSIMO,
—*Dell' inadempimento delle obbligazioni*, L. IV, Boloña-Roma, 1967.
—*Diritto civile. La responsabilità*, t. v. Dott, Milán, 1995.
- 15.- BURROWS, ANDREW, *Remedies for torts and breach of contract*”, second edition, London, Butterworths, 1994.
- 16.- CARRASCO PERERA, ANGEL: “*Comentario al artículo 1.107*”, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XV, Madrid, 1989.
- 17.- CASTAN TOBEÑAS, JOSE, *Derecho civil español, común y foral*, t. 3º, 13ª edic., Reus, Madrid, 1983.
- 18.- CATTANEO, GIOVANNI, “*Concorso di colpa del danneggiato*”, En *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale* a cura di Giovanna Visintini, Milano, Dott. A Giuffrè Editore, 1984.
- 19.- CAVANILLAS MUGICA, SANTIAGO, *Responsabilidad contractual: causalidad y previsibilidad*, Cuadernos de derecho judicial, Madrid, 1996.
- 20.- CLARO SOLAR, LUIS, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, t. 10, Edit. Jurídica de Chile, Santiago- Chile, 2ª Edic. puesta al corriente de la legislación, 1978.
- 21.- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, LUIS HUMBERTO, “*Interpretación, Calificación e Integración del Contrato*” en “*Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*”, t. 2, 1ª edic., Thomson Civitas, España, 2003.
- 22.- COING, HELMUT: *Derecho privado europeo*, traducido por Pérez Martín, Antonio, t. II, España, Fundación cultural del notariado, 1996.
- 23.- CORRAL TALCIANI, HERNÁN, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2003.
- 24.- CRISCUOLI, GIOVANNI: “*Il dovere di mitigare il danno súbito*”, en *Rivista Di Diritto Civile*, Nº 6, 1972.
- 25.- CRISTÓBAL MONTES, ANGEL: “*El enigmático artículo 1.107 del Código civil español*”, en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, t. II, Madrid, 1990.

- 26.- CUENDET, JEAN, *La faute contractuelle et ses effets: étude de l'article 99, alinéa du Code des Obligations*, 2ª edición, Berna, 1970.
- 27.- CHADWICK VALDÉS, TOMÁS: "De la naturaleza jurídica del dolo", en *RDJ*, t. XXXV, 1938.
- 28.- DE ANGEL YAGUEZ, RICARDO,
—"*Análisis del artículo 1.107 del Código civil*", en *Comentario del código civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991.
—*Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1995.
- 29.- DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, *Derecho civil de España*, Madrid, Civitas, 1984.
- 30.- DE COSSIO, ALFONSO: "La causalidad en la responsabilidad civil: estudio de derecho español", en *ADC*, t. XIX, año 1956.
- 31.- DE CUPIS, ADRIANO, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, traducción de la 2ª edición italiana y estudio preliminar por A Martínez Carrión, Barcelona, Bosch, 1975.
- 32.- DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español*, Barcelona, Bosch, 1965.
- 33.- DELL'AQUILA, ENRICO, *Introducción al estudio del Derecho inglés*, Valladolid, Secretariado de publicaciones Universidad de Valladolid, 1992.
- 34.- DÍAZ ALABART, SILVIA: "Comentario al artículo 1.103", en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XV, Madrid, 1989.
- 35.- DIEGO ESPÍN, *Manual de derecho civil español*, v. III, *Obligaciones y contratos*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983.
- 36.- DIEZ SCHWERTER, JOSE LUIS, *El daño extracontractual ante la jurisprudencia. Comentarios*, Fondo de publicaciones, Universidad de Concepción, 1995.
- 37.- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, LUIS
—*Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999.
—*Fundamentos de derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*, v. II, Civitas, 5ª Edic., Madrid.
- 38.- DÍEZ-PICAZO, LUIS; ROCA TRIAS, ENCARNA; y MORALES, ANTONIO MANUEL, *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Madrid, Civitas, 1999.

- 39.- DOMÍNGUEZ AGUÍLA, RAMÓN,
— "Aspectos de la relación de causalidad en el derecho chileno", en *Revista Roma e América*", Mucchi, 2000.
— "Notas sobre el deber de minimizar el daño", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 5, año 2005.
- 40.- DOMÍNGUEZ HIDALGO, CARMEN, *El daño moral*, vol. II, primera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000.
- 41.- DOMAT, M
—*Les Loix Civiles dans leurs Ordre Naturel; Le Droit Public et Legum Delectus* , Nouvelle édition, tome premier, Paris, 1777.
—*Le Leggi Civili disposte nel loro Naturale Ordine* . Nuova edizione eseguita sulla traduzioni stampata in Napoli, purgata da molti errori, con discorso e alcune note del prof. A. Padovani, T. IV, Pavía, 1826.
- 42.- DUMAS, AUGUSTE, *Les origines romaines de l'article 1150 du Code civil*, en *Etudes d' histoire juridique offertes a P.F. GIRARD par ses élèves*, Tome II, Paris.
- 43.- DURANTON, DI. M., *Corso di diritto civile, secondo il codice francese*, 4a edic. napolitana, a cura de L. Parente, Napoli.
- 44.- ENGEL, PIERRE, *Traité des Obligations en droit suisse*, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1973.
- 45.- ENNECERUS, LUDWIG; KIPP, THEODOR, Y WOLFF, MARTIN, *Tratado de Derecho civil. Derecho de Obligaciones*, t. II volumen 1º, 1ª edición, Bosch, Buenos Aires, 1944.
- 46.- ESMEIN, M PAUL : «Trois Problèmes de Responsabilité Civile (Causalité – concours des responsabilités. Conventions d'irresponsabilité)», En *Rev. Trimestrielle de Droit Civil*, 1934.
- 47.- FERRARI, FRANCO, *La compraventa internacional. Aplicabilidad y aplicaciones de la convención de Viena de 1980*, traducción de Albert Lamarca I. Marquès, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.
- 48.- FISCHER, HANS A.: *Los daños civiles y su reparación*, traducido al alemán por W. Roces, Madrid, Biblioteca de la Revista de Derecho Privado, 1928.
- 48.- FORCHIELLI, PAOLO, *Il rapporto di causalità nell' illecito civile*, Padova, Cedam, 1960.
- 49.- FUEYO LANERI, FERNANDO, *Derecho civil. De las Obligaciones*, t. 4, v. I, Edit.

Universo, Santiago de Chile, 1958.

50.- FULLER, LON y PERDUE, WILLIAM, *Indemnización de los daños contractuales y protección de confianza*, Barcelona, Bosch, 1957.

51.- GALLO, PAOLO, *L' elemento oggettivo del tort of negligence. Indagine sui limiti della responsabilità delittuale per negligence nei paesi di common law*, Milano, Dott. A Giuffrè Editore, 1988.

52.- GARCÍA GONZÁLEZ, ALEJANDRO, *Responsabilidad contractual. Obligaciones de medios y resultados*, edit. LexisNexis, Chile, 2002.

53.- GARCÍA GOYENA, FLORENCIO, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo III-IV.

54.- GATICA PACHECO, SERGIO: *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato*, Santiago – Chile, Jurídica de Chile, 1959.

55.- GÓMEZ POMAR, FERNANDO, *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, primera edición, Madrid, Civitas, 2002.

56.- GONZÁLEZ PRAT, GUILLERMO, *De la indemnización de perjuicios por inejecución de las obligaciones*, Memoria de Prueba, Santiago de Chile, Imprenta Electra, 1928.

57.- GUILARTE MARTIN-CALERO, CRISTINA, *La moderación de la culpa por los tribunales (estudio doctrina y jurisprudencia)*, Edit. Lex Nova, Valladolid - España, 1999.

58.- GUZMAN BRITO, ALEJANDRO, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Santiago de Chile, Jurídica, 2000.

59.- HANS-BERND SCHÄFER, OTT, CLAUS: *Manual de análisis económico del Derecho*, traducción de Macarena Von Carstenn – Lichterfelde, Madrid – España, Tecnos, 1991.

60.- HONNOLD, JOHN, *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*, Revista de Derecho privada, Madrid, 1987.

61.- IBBETSON, D.J, *A historical introduction to the law of obligations*, Oxford University Press, Gran Bretaña, 2001.

62.- IHERING, R. VON, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, versión española por Enrique Príncipe y Satorres, t. 2º, 2ª edic, De Bailly-

Bailliere, Madrid, 1895.

63.- INFANTE RUIZ, FRANCISCO JOSE, "Apuntes sobre la reforma alemana del derecho de obligaciones: la necesitada modernización del derecho de obligaciones y la gran solución", *RdP*, 2002, Nº 8.

64.- INFANTE RUIZ, FRANCISCO JOSE, "La reforma del Derecho de daños en Alemania", *RdP*, 2003, Nº 11.

65.- JAKOBS, GÜNTHER, *La Imputación objetiva en derecho penal*, traducción de Cancio Mellá, Civitas, Madrid, 1996.

66.- JEANPRÊTRE, CORINNE, *La responsabilité contractuelle du directeur des travaux de construction*, Thèse, Université de Neuchâtel, faculté de droit et des sciences économiques, staempfli+Cie SA, entreprise d'arts graphiques, Berne, 1996.

67.- JORDANO FRAGA, FRANCISCO, *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987.

68.- JÖRS, PAUL, *Derecho privado romano*, edición refundida por Kunkel, Wolfgang, traducción de la 2ª edición alemana por L Pietro Castro, Barcelona-España, Editorial Labor S.A., 1965.

69.- LALOU, HENRI, *Traite pratique de la responsabilité civile*. 5ª edic.; Dalloz, Paris, 1955.

70.- LAMARCA I MARQUÈS, ALBERT y RAMOS GONZÁLEZ, SONIA, "Entra en vigor la segunda ley alemana de modificación del derecho de daños", *InDret* 3/2002, Barcelona, abril 2003 (www.indret.com).

71.- LANDO, OLE y BEALE, HUGH, *Principles of European contract law. Parts I and II*, Kluwer law, Netherlands, 2000.

72.- LARENZ, KARL: *Derecho de obligaciones*, t. 1, versión española de Jaime Santos Briz, Madrid-España, Revista de Derecho Privado, 1958.

73.- LARROUMET, CHRISTIAN, *Droit Civil. Les Obligations. Le contrat*, t. 3, 2ª edic, Edit. Economica, Paris, 1990.

74.- LAURENT, F., *Principi di diritto civile*, trad. al italiano de A. Di Majo, v. XVI, Roma 1881.

75.- LE TOURNEAU, PHILIPPE, *La responsabilité civile*, 3ª Edic., Dalloz, Pairs, 1982.

- 76.- LEÓN GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA,
—*Acotaciones Históricas Al Artículo 1.107 del Código Civil*, en "Estudios Jurídicos In Memoriam del Profesor Alfredo Calonge", Vol. II, Impresora Gráfica Varona, Salamanca - España, 2002
—*De nuevo sobre el art. 1107 del código civil: los daños previstos o previsibles* en *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, t. II, Madrid, La ley, 2006.
—*Gravedad de la culpa y extensión del resarcimiento (Notas para una interpretación de los artículos 1.103 y 1.107 del Código Civil)*, obra inédita.
- 77.- LEÓN, LEYSER, "*Incapacidad de discernimiento e "indemnización equitativa"*", (www.jus.unitn.it/cardoza/Review/2007/leon.pdf).
- 78.- LETE ACHIRICA, JAVIER, "Los principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales", En Revista: *Actualidad Civil*, n. 6, (t. 1996-1), La Ley, Madrid, pp. 134 y ss.
- 79.- LEUBA, ALEXANDRE, *L'inexécution du contrat*, en weblaw, en (http://www.weblaw.ch/pdf/magister_leuba_71_vii_linexecution.pdf)
- 80.- LUPOI, MAURIZIO, *Il dolo del debitore nel diritto italiano e francese*, Milano – Dott. A Giuffrè, 1969.
- 81.- LLAMAS POMBO, EUGENIO,
—*Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor. Entre la aestimatio rei y el id quod interest*, 1ª edición, Madrid, Trivium, 1999.
— *Jurisprudencia civil comentada. Código civil*, dirección PASQUAU LIAÑO, MIGUEL, t. II, Granada, 2000.
- 82.- MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios al Código civil español*, t. VIII, v. 1, Reus, Madrid, 1950.
- 83.- MARSAL GUILLAMET, JOAN y LAUROBA LACASA, ELENA, "*Mecanismos de protección en caso de incumplimiento contractual. Cumplimiento específico e indemnización por daños y perjuicios*", en *Bases de un Derecho contractual europeo*, Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy editores, Tirant lo blanc, Valencia.
- 84.- MARSAL GUILLAMTE, JOAN y LAUROBA LACASA, ELENA: "*Mecanismos de Protección en caso de Incumplimiento contractual. cumplimiento específico e indemnización por daños y perjuicios*" En *Bases de un derecho contractual europeo*.
- 85.- MARTÍNEZ SANZ, FERNANDO: "*Principios de Derecho europeo de los contratos (comisión Lando)*", en *Derecho privado europeo*, Sergio Cámara Lapuente, coordinador, Colex, 2003, Madrid.

- 86.- MARTY, M GABRIEL,
—*Derecho Civil. Teoría general de las obligaciones*, v. II, Traducción José M. Cajica Jr., Puebla - México, Edit. José M. Cajica Jr.
—« La relation de cause a effet comme condition de la responsabilité civile (Etude comparative de conceptions allemande, anglaise et française)» En *Revue, trimestrielle de Droit civil*, 1939.
- 87.- MAZEAUD, HENRI, MAZEAUD, LEON y TUNC, ANDRÉ, *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, t. 2º, vol. II y t. 3º, vol. I; traducción de la quinta edición por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires - Argentina, 1961.
- 88.- MAZEAUD, HENRI; MAZEAUD, JEAN, y MAZEAUD, LEON, *Derecho civil*, traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires - Argentina, 1978, t. II, v. 2.
- 89.- MEDICUS, DIETER,
—*Tratado de las relaciones obligacionales*, edición española Ángel Martínez Sarrión, Bosch, Barcelona – España, 1995.
—*Id quod interest. Studium zum römischen Recht. des Schadensersatzes*, Alemania, 1962.
- 90.- MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho penal. Parte general*, 5a. edic., Barcelona, 1998.
- 91.- MOLINEUS, *Tractatus de id quod interest*, edición veneciana.
- 92.- MONTÉS PENADÉS, VICENTE: "Sobre la responsabilidad del deudor de buena fe en el artículo 1.107 CC", en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, t. II, Tirant, Valencia, 1995.
- 93.- MORÁN BOVIO, DAVID: "Incumplimiento", En obra colectiva *Comentario a los principios de Unidroit para los contratos del comercio internacional*, Thomson – Aranzadi, 2ª edic., Navarra, 2003.
- 94.- MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil. Comentado y concordado extensamente*, t. XXXI.
- 95.- NAVAS NAVARRO, SUSANA, "El Resarcimiento de Daños en los Principios Europeos de Derecho de los Contratos (con Especial Referencia al Derecho Español)", en *Revista Actualidad Civil*, tomo 2000-4, Nro. 34, La Ley, Madrid.
- 96.- O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER, *Compendio de Derecho civil II*, v. 1, Edit. de Derecho Reunidas, 1994.

- 97.- ORLANDO TAPIA SUÁREZ, *De la responsabilidad en general y de la responsabilidad delictual entre contratantes*, Escuela Tipográfica Salesiana, Concepción – Chile, 1942
- 98.- PANTALEÓN, FERNANDO,
—“*Comentario al artículo 74*”, en obra colectiva *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la convención de Viena*, Madrid, Civitas, 1998.
— “El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)”, en *ADC*, t. XLIV, 1991.
—*Del concepto de daño. Hacia una teoría general del Derecho de daños*. Tesis inédita, 1981.
—« *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación* », en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, t. II, Madrid, 1990.
- 99.- PEÑA BERNALDO DE QUIROZ, MANUEL, *El Anteproyecto del Código Civil Español (1882-1888)*”, en “*Centenario de la Ley del Notariado*”, Edit. Reus, Madrid - España.
- 100.- PINORI, ALESSANDRA, *Il danno contrattuale*, t. I, Cedam, Padova, 1998.
- 101.- PLANIOL, MARCEL y RIPERT, GEORGES,
—*Traité pratique de droit civil français*, 2ª ed., Paris, 1954.
—*Tratado práctico de Derecho civil francés*, t. 7, *Las obligaciones*, trad. de Mario Díaz, La Habana, 1945.
- 102.- POTHIER, R. J., *Traite des obligations*, Barcelona, Banchs, 1974
- 103.- PUIG PEÑA, FEDERICO, *Compendio de Derecho civil español*, t. 3, 3ª edición, Madrid, Pirámides S.A., 1976.
- 104.- RAMOS PAZOS, RENE, *De las obligaciones*, 1ª edic., lexisnexis, Santiago, Chile.
- 105.- RATTI, HUMBERTO, “*Il risarcimento del danno nel diritto gustiniano*”, en *BIDR*, (40), 1932.
- 106.- REALMONTE, FRANCESCO, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, Dott. A Giuffrè, 1984.
- 107.- REMY, PHILIPPE, « La « Responsabilité contractuelle »: histoire de un faux concept », En *Rev. Trimestrielle de Droit Civil*, 1997.
- 108.- RIPERT y BOULANGIER, JEAN, *Traité de droit civil français d'après le traité de Planiol*, t. II, Paris, 1957.

- 109.- RODRÍGUEZ GREZ, PABLO, *Responsabilidad contractual*, Edit. Jurídica de Chile, 2003.
- 110.- ROSSELLO, CARLO, “*Il danno evitabile con l’ordinaria diligenza*”, En *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale a cura di Giovanna Visintini*, Milan, Dott., 1984.
- 111.- SALVADOR CODERCH, PABLO y SANTDIUMENGE, JOSEPH, “*La influencia del avant-projet de revisión du Code civil belga de François Laurent en el Código civil español de 1889*”, en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, t. II, 1990.
- 112.- SALVADOR CODERCH, PABLO, “*Causalidad y Responsabilidad*” (2ª Edición), en *www.indret.com* n. 94, Junio de 2002, Barcelona.
- 113.- SANTOS BRIZ, JAIME, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal*, Madrid, Montecorvo, 1993.
- 114.- SAVAUX, ERIC : « Le fin de la responsabilité contractuelle ? », En *Rev. Trimestrielle de Droit Civil*, 1999 (enero – marzo).
- 115.- SCHULZE, REINE, “*El derecho contractual europeo y sus textos básicos*”, en *Bases de un derecho contractual europeo*.
- 116.- SOLEAU, ISABELLE, *La prévisibilité du dommage contractuel (défense et illustration de l’article 1150 du Code civil)*, Thèse pour le Doctorat d’Etat, Université de Droit d’Economie et Sciences Sociales de Paris, Paris II, 1979.
- 117.- SOLER, “*Comentario al artículo 77*”, en obra colectiva *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la convención de Viena*, Madrid, Civitas, 1998.
- 118.- STONE, RICHARD, *The modern law of contract*, fifth edition, London, Cavendish publishing limited, 2002.
- 120.- TRIMARCHI, PIETRO,
— “*Causalità giuridica e danno*”, en *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale* a cura di Giovanna Visintini, Milano, Dott., 1984.
— *Causalità e danno*, Milano, Dott. A Giuffrè Editore, 1967.
- 121.- TUNC, ANDRE,
— « Les recents developpements des droits anglais et americain sur la relation de causalite entre la faute et le dommage dont on doit reparation » En *Revue internationale de Droit comparé*, Paris, 1953.
— *La responsabilité civile*, 2ª edic., Paris, Económica, 1989.

- 122.- ULRICH, MAGNUS, “*La reforma del derecho alemán de daños*”, *InDret* 2/2003, Barcelona, abril 2003 (www.indret.com).
- 123.- VAN RYN, JEAN, *Responsabilité aquilienne et contrats en droit positif*, Paris, Recueil sirey, 1933.
- 124.- VATTIER FUENZALIDA, CARLO, “*La interpretación integradora del contrato en el Código civil*”, en *ADC*, t. XL, año 1987.
- 125.- VIOLLET, PAUL, *Histoire du droit civil français*, reimpresión de la 3ª edición de 1905, Alemania, Scientia Verlag, 1966.
- 126.- VISINTINI, GIOVANNA, “*El criterio legislativo delle conseguenze dirette ed immediate*”, en *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, Dott. A Giuffrè, 1984.
- 127.- VON TUHR, A, *Tratado de las obligaciones*, traducido del alemán y concordado por W. Roces, Reus, reimpresión de la 1ª edición, 1999, España.
- 128.- WEYERS, HANS-LEO, “*La reforma del derecho de la contratación en Alemania*”, ponencia presentada en *Congreso internacional sobre reforma del derecho contractual y la protección de los consumidores*, Zaragoza, 15 – 18 de noviembre de 1993.
- 129.- YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO,
— “*Comentario del artículo 1.107 del Código civil*”, en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, v. 1, Bosch, Barcelona, 1992.
— *Sistema de responsabilidad contractual y extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2001.
- 130.- ZIMMERMANN, REINHARD, *Estudios de Derecho privado europeo*, traducción de Antoni Vaquer Aloy, primera edición, Madrid, Civitas, 2000.

TEXTOS LEGALES

- 1.- CODE CIVIL ANNOTE *par Ed. Fuzier – Herman*, t. 13, Paris, 1936.
- 2.- CÓDIGO CIVIL ALEMÁN COMENTADO BGB, traducción de EIRANOVA ENCINAS, EMILIO, Madrid - España, Marcial Pons, 1998.
- 3.- CODIGO CIVIL CHILENO
- 4.- CODIGO CIVIL DE CUBA
- 5.- CODIGO CIVIL DE LA PROVINCIA DE QUEBEC
- 6.- CODIGO CIVIL ESPAÑOL
- 7.- CODIGO CIVIL FRANCES
- 8.- CODIGO CIVIL ITALIANO
- 9.- CÓDIGO CIVIL PERUANO, segunda edición a cargo de MALPARTIDA CASTILLO, VICTOR, Editorial San Marcos, Perú, 1997.
- 10.-CODIGO DE LAS OBLIGACIONES SUIZO
- 11.- DERECHO PATRIMONIAL NEERLANDÉS, traducción de los libros 1, 3, 5, 6 y 7 del nuevo código civil por VAN REIGERSBERG VERSLUYS, Málaga, 1996.
- 12.- *EL DIGESTO DE JUSTINIANO*