

## BREVES NOTAS HISTÓRICAS Y DOGMÁTICAS SOBRE LA EXTENSIÓN RESARCITORIA DEL DAÑO (Artículo 1866 del Código Civil)

---

JAIRO JOSÉ GUZMÁN GARCÍA

*L*a voz talión es inhumana, por más que como justo castigo sea adoptado el talión. No difiere mucho sino en el orden de gravedad, el que hace injuria del que vuelve mal por mal; comete una más perdonable culpa. Un quidam en los baños públicos, pegó sin saberlo a Marco Catón, a quien no conocía. ¿Quién a sabiendas había de inferirle ultraje? Al darle la satisfacción debida, Catón respondió: "¿me has pegado? Pues no me acuerdo" creyó preferible el olvido a la venganza...Grandeza de ánimo es despreciar las injurias; y la más insultante de las venganzas en que uno no sea tenido por digno de que se le exija un castigo. Muchos, en vengándolas, agravaron las injurias veniales. Aquél es grande y noble que a guisa de las fieras grandes escucha indiferente el ladrar de los perros chiquititos". SÉNECA. De la ira 2, 32.

Art. 1866: "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".

## 1. Procedencia del texto codificado según el Derecho comparado

En cuanto a los precedentes históricos del precepto en nuestro Código Civil, no podemos apuntar con rotundidad el texto que sirvió de base a los redactores del mismo, puesto que como es sabido, la génesis formativa de nuestra legislación civil no ha sido objeto de investigación detenida por parte de los estudiosos del Derecho civil, permaneciendo en consecuencia, en la penumbra, junto con el tema que ahora nos ocupa, muchos aspectos de importancia para el estudio dogmático del sistema jurídico civil nicaragüense.

No obstante el señalado inconveniente, por la semejanza en su redacción no nos cabe duda de que el precepto en cuestión encuentra su fuente en el artículo 1107 del Código Civil español de 1889, actualmente vigente. Artículo éste que se halla específicamente inserto en el capítulo segundo "*De la naturaleza y efecto de las obligaciones*", en el libro cuarto "*De las obligaciones y contratos*" en su título primero "*de las obligaciones*".

Y es de razón que nuestro artículo constituya trasunto del español, porque el mencionado cuerpo normativo peninsular, en el tiempo en que fue redactado nuestro código, gozaba de novedad por su reciente promulgación y entrada en vigencia. Hecho que también nos da pie para decir, sin temor a incurrir en equívocos, que los redactores de nuestra norma civil quisieron deliberadamente mantenerse en la línea más pura de la tradición civilista latina, apartándose en consecuencia de la influencia de la doctrina civilista de tradición germánica que acababa de dar su fruto mejor logrado como fue el Código Civil alemán de 1900.

Además, puede señalarse como antecedente legislativo de nuestro artículo 1866 CC, al igual que para el correspondiente en el Código español, el artículo 1150 del *Code de Napoléon*<sup>1</sup>. Por último cabe mencionar que dentro de las legislaciones vigentes, con muy similar contenido al estudiado precepto están los artículos, 1225 del vigente *Codice Civile*<sup>2</sup> italiano, en cuyo texto aparece la fórmula empleada de manera más breve y genérica, así también el artículo 43 del Código Civil suizo de las obligaciones<sup>3</sup>.

- 
1. "El deudor no está obligado a los daños y perjuicios que hayan sido previstos o se hayan podido prever al momento del contrato, cuando no ha sido por dolo que la obligación no ha sido ejecutada".
  2. "Si el incumplimiento o el retardo no depende de dolo de deudor, el resarcimiento del daño será limitado al daño que podría preverse al momento en que se constituye la obligación".
  3. "El juez determinará la cuantía de los daños a indemnizar, teniendo en cuenta las circunstancias o la magnitud de la culpa"

## 2. Antecedentes históricos del contenido del art. 1866 CC

### 2.1. En el Derecho Romano

Constituyen las referencias más remotas de que se tiene noticia sobre el contenido de este artículo algunas reglas estipuladas en el Corpus Iuris Civilis del Emperador Justiniano. Más concretamente en el Libro XIX, Títulos, I "De las acciones de compra y venta" y II "De la locación y la conducción", ambos pertenecientes al Digesto, normas que reglan hipótesis en las que el interés del acreedor, comprador o arrendatario quedaba sin satisfacer a consecuencia de un defecto de la cosa o un vicio jurídico.

En tal sentido, puede verse lo estipulado en D. 19,1,21,3<sup>4</sup>; 19, 1,1<sup>5</sup> y 19, 1,3,3<sup>6</sup> a partir de cuyas reglas se plantea el argumento que será una de las bases sobre las que se asienta el artículo estudiado aquí, como lo es la

- 
4. "Cuando hubiere consistido en el vendedor que no se entregue la cosa, se comprende en la estimación toda la utilidad del comprador, que consiste solamente en la misma cosa. Porque si, por ejemplo, pudo negociar con el vino y obtener lucro, esto no se ha de estimar, no de otra suerte, que si hubiere comprado trigo, y por la circunstancia de que no hubiera sido entregado, hubiere padecido hambre su familia; porque consigue el precio del trigo, no el de los esclavos muertos de hambre; y no se hace mayor la obligación, porque se reclama más tardíamente, aunque crezca, si el vino valiera más hoy; y con razón, porque ya si hubiese sido dado, ya si no, lo tendría yo como comprador, porque a lo menos se ha de dar hoy lo que ya antes debió darse": CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO, a doble texto, traducido al castellano del latino por D. Ildefonso L. García del Corral; primera parte Instituta-Digesto; Barcelona; 1889 (edición facsimilar por editorial Lex Nova, Valladolid; 1988); pág. 941.0
5. "El vendedor, si sabiendo que se debe servidumbre, lo ocultó, no evadirá la acción de compra, si el comprador ignoró esta circunstancia; porque todo lo que se hace contra la buena fe viene comprendido en la acción de compra, pero entendemos que el vendedor lo sabe y lo oculta, de este modo, no solamente si no previno, sino también si negó, que se debía esta servidumbre, cuando se le hubiese preguntado. Mas si propusieras que él se expresó de este modo "ciertamente no se debe ninguna servidumbre, pero no me obligo ni aunque aparezca alguna servidumbre no imaginada", opino que también se obliga él por la acción de compra, porque se debía la servidumbre, y lo hubiese sabido; pero si hizo esto para que el comprador no supiera que se debía alguna servidumbre, opino que se obliga él por la acción de compra. y en general diré que si no hubiera procedido con probidad al ocultar la servidumbre, debe quedar obligado, pero no si quiso atender a su propia seguridad. Esto es verdad de este modo, si el comprador ignoró las servidumbres, porque no se considera que se le ocultaron al que lo sabe, y no debió cerciorarse de ello al que no lo ignoró": CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO, T. I Instituta-Digesto; 1889 (reedición facsimilar, 1988), 929 s.
6. "Si en el vendedor de vino hubiere habido morosidad para entregarlo, debe ser condenado al mayor precio que tuvo el vino en uno u otro tiempo o en el que se vende, o en aquel en que se deduce la demanda para la condena; y asimismo, al mayor precio que tuvo, o en el lugar en que se vende, o en el que se ejercite la acción": CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO, T. I

consideración del carácter *intra* o *circa rem* del mayor valor adquirido por la cosa cuando el vendedor está en mora, a los efectos de una limitación del monto indemnizatorio que debe pagar el deudor-incumplidor<sup>7</sup>.

Debe citarse también las estipulaciones relativas a los casos en los que tiene lugar la ocultación de defectos que no están visibles en la cosa vendida, contenidos en el D. 19,13<sup>8</sup>, así, el deudor de buena fe limita su responsabilidad a la *quanti minoris*, contenido que tiene su eco en la redacción del artículo 2639 CC. nicaraguense<sup>9</sup>, el cual determina la consecuencia agravada que se sigue del hecho de no manifestar el vendedor al comprador, la existencia de vicios o defectos en la cosa vendida: desistir del contrato o rebajar una cantidad proporcional del precio y, lógicamente, asumir los daños y perjuicios en caso de optar por la rescisión, pese a la devolución del precio pagado.

En otro orden de cosas, y siempre en el apartado del antecedente romano de la norma en estudio, prevé el Digesto otra solución por la cual se hace responsable al vendedor de responder por el daño causado al comprador. Se trata del caso en que el comprador sufra la evicción de un tercero y siendo que la cosa subió de valor de tal forma que "no se haya pensado por el vendedor sobre tan gran suma"; en cuya circunstancia éste no será responsable de ese aumento extraordinario de valor de la cosa, según se

---

7. Cfr. CARRASCO PERERA, Angel, "Comentario al artículo 1107 del Código Civil", en Comentarios Al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por Manuel Albaladejo, tomo XV, vol. 1º, artículos 1,088 a 1,124, Edersa; 1989; pág. 710.

8. "Establece Juliano diferencia en el libro décimo quinto en la condena por la acción de compra entre el que a sabiendas, o con ignorancia, vendió alguna cosa; por que dice, que el que vendió ganado enfermo, o una viga defectuosa, si verdaderamente lo hizo con ignorancia, ha de ser responsable por la acción de compra sólo de cuanto por menos lo hubiese yo de haber comprado, si yo hubiese sabido que estaba así. Pero si sabiéndolo se calló, y engaño al comprador, habrá de responderle de todos los perjuicios que el comprador hubiere experimentado por aquella compra, así, pues, si la casa se desplomó por vicio de la viga, se habrá de pagar la estimación de la casa, y si perecieron otros ganados por el contagio del ganado enfermo, se habrá de pagar lo que importó que se hubiese vendido sano": CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO, T. I Instituta-Digesto; 1889 (reedición facsimilar, 1988), 935.

9. Parece que los redactores del Código, copiaron artículos de varios textos puesto que de haber seguido fielmente el tenor del Código español, habría aparecido este contenido inmediatamente a continuación del artículo estudiado en este trabajo, dando a este apartado normativo coherencia y sentido. Esta incoordinación se denota en el inicio del citado artículo 2639 "En el caso del artículo anterior", encabezamiento con el cual se presenta también el artículo 1486 del Código español, correspondiente suyo en la solución dada.

desprende de Digesto 19,1,43<sup>10</sup>. Por contra, si el vendedor conocía el carácter ajeno de la cosa, responderá *omnimodo* tal y como lo establece el citado cuerpo legal romano en 19, 1,45,1<sup>11</sup>. En esta línea argumental también está D.18, 6, 19; se trata de una regla limitadora del daño que puede demandar el vendedor cuando el comprador no pagó el precio, no entrando en el daño resarcible el lucro que el vendedor pudiera haber obtenido con el precio de la cosa, sino las *usurae*<sup>12</sup>.

10. "Ticio al morir, dejó a Seya por fideicomiso, los esclavos Estico, Pánfilo y Arescusa, y le encomendó que después de un año les diese a todos la libertad; no habiendo querido la legataria que a ella le correspondiese el fideicomiso, y no habiendo, sin embargo, librado al heredero de su petición, el heredero vendió a Sempronio los mismos esclavos, no habiéndose hecho mención alguna de la libertad dejada por fideicomiso, el comprador, habiéndole servido muchos años los mencionados esclavos, manumitió a Arescusa, y cuando también los demás esclavos, conocida la voluntad del difunto, pidieron la libertad dejada por el fideicomiso, y llevaron al heredero ante el Pretor, por mandato del Pretor fueron manumitidos por el heredero; Arescusa también había respondido, que no quería ella tener por patrono al comprador, como el comprador reclamase del vendedor por la acción de compra el precio también a nombre de Arescusa, se leyó la respuesta de Domicio Ulpiano, en la cual se expresaba, que Arescusa caía bajo el Rescripto de las sacras Constituciones, sino quisiera tener por patrono al comprador, pero que el comprador no podía después de la manumisión conseguir nada del vendedor. Habiéndome acordado yo de que también Juliano es de parecer que cree que la acción de compra dura también después de la manumisión, pregunto, ¿qué opinión es la verdadera? En el mismo juicio se pedía también esto a nombre del comprador, que se le restituyeran los gastos que había hecho para uno de aquellos, al que había dado instrucción. Asimismo pregunto, Arescusa, que rehusó tener por patrono al comprador, ¿de quién se habrá constituido liberta, o podrá tener por patrono a la legataria, que no le dio la libertad, o al heredero, pues que los otros dos fueron manumitidos por el heredero? Respondí: siempre aprobé el parecer de Juliano, que opina, que con la manumisión no se pierde de este modo. Pero respecto a los gastos, que el comprador hizo para dar instrucción al esclavo, se ha de ver, porque opino que la acción de compra basta también para este objeto; porque no comprende solamente el precio, sino todo lo que le importa al comprador que no sea reivindicado el esclavo. Pero si propusieras que el precio excedió tanto, que no se haya pensado por el vendedor sobre tan gran suma, por ejemplo, si supusieras que, hecho después conductor de carros en el Circo, o pantomimo, fue reivindicado el que fue vendido por un precio mínimo, parece injusto que el vendedor se obligue a una grande cantidad": CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO, T. I Instituta-Digesto; 1889 (reedición facsimilar, 1988), 946 s.
11. "Más claro parecía esto, si me hubieres vendido un solar ajeno, y en él yo hubiere edificado, y así lo reivindicó su dueño; porque puesto que yo podría repeler con la excepción de dolo malo al dueño que lo reclamara, si no pagase el gasto de los edificios, es más cierto que esto no corresponda al riesgo del vendedor; lo que se ha de decir también respecto del esclavo, si fuera reivindicado en esclavitud, no en libertad, de suerte que el dueño deba pagar los salarios y los gastos; pero si el comprador no poseyera el edificio o el esclavo, tendrá la acción de compra. mas en todos estos casos si a sabiendas hubiere vendido alguien una cosa ajena, de todos modos debe quedar obligado": CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO, T. I Instituta-Digesto; 1889 (reedición facsimilar, 1988), 947.
12. "Si al pagar el precio el comprador hubiese incurrido en mora, responderá solamente de los intereses, no absolutamente de todo lo que el vendedor pudo conseguir no habiéndose causado la mora, como si fue negociante, y pagado el precio pudo obtener más de las mercancías, que por los intereses": CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO, T. I Instituta-Digesto; 1889 (reedición facsimilar, 1988), 926 s.

Otra cita que a los efectos pertinentes a este apartado resulta interesante, es la contenida en el Digesto 19,2,19,1:

*"Si ignorándolo hubiere alguno dado en arrendamiento tinajas defectuosas, y después se saliere el vino, se obligará a lo que importa, y no se excusará su ignorancia; y así lo escribió Cassio. De otra suerte será, si diste en arrendamiento para pasto un bosque en el que nació mala yerba; porque en este caso, ya si murieron los ganados, ya también si se deterioraron, se responderá de lo que importa, si lo supiste, y si lo ignoraste, no pedirás la pensión; y así les pareció bien a Servio, Labeón y Sabino".*

Precepto que pasó luego a la quinta Partida, título octavo, ley XIV *"Del ome que alquila a otro toneles o vafos malos, e quebrantados para meter y vino, o olio, o otra cofa femejante"*:

*"Toneles o otros vafos malos gubrantados, alquilando vn ome a otro, para meter y vino, o olio, o otra cofa femejante: fi por culpa de aquellos vafos, fe perdiere, o fe empeorare, rescibiedo mal favor: aquello que y meten, fi aquel que lo rescibe aloguero, non es fabidor, de la maldad de los vafos, quando los logo tenuto es el feñor dellos, de pechar al otro, el daño, e el menoscabo que rescivio por culpa dellos: maguer, que el feñor no fueffe fabidor, q' eran malos, o q'brados e esto es, por q'todo ome deue saber fi es buena, o mala, aquella cofa q'aloga, E porende dezimos, que logando, vn ome a otro, montes, o prados, para pasturas de ganados, o de bestias, fi aquello q'alogo para esto ha malas yruas, q' matan o empeoran por ellas los ganados q' las pafce, fi el feñor es fabidor desto, es tenuto delo dezir paladinamete, o de pechar al otro el daño, e el menoscabo, quel vinieffe por la maldad de aquellas yruas. Mas fi el feñor non fopieffe tal maldad, estonce, no feria tenuto de pecharle los daños, nin los menoscabos, mas dezimos q' non le deue demadar el loguero, nin el otro, non es tenuto de gelo dar"<sup>13</sup>.*

Lo llamativo de esta cita es, precisamente la explicación de por qué no se hacía, en el supuesto de *vasa vitiosa*, distinción entre el hecho del conocimiento y el desconocimiento del defecto por parte del sujeto, cuestión alrededor de la cual la doctrina planteó dos soluciones de entendimiento; una de ellas consistió en decir que la distinción era innecesaria, pues la norma pensaba en un perito, y el sujeto en este caso responde de los daños consecuenciales al defecto oculto, lo conociera o no lo conociera<sup>14</sup>; la segunda opinión explicativa del precepto parte de

13. LAS SIETE PARTIDAS, glosadas por el Licenciado Gregorio López, III-IV; Andrea Deporto Nariis; Salamanca; 1555 (reimpresión B.O.E; 1974)

14. V. POTHIER, ROBERT JOSEPH; Tratado de las obligaciones; trad. de M. C de las Cuevas; Heliasta; Buenos Aires; 1978; pág. 91 s. 118 ss.

que, la no distinción vendría dada por el juego de la culpa, es decir, que era inexcusable la ignorancia de los defectos de las cosas que se alquilan, como bien lo expresa literalmente la cita anterior.

## 2.2. Derecho Común

Dentro del Derecho común, el concepto de previsibilidad así como el "problema de la causalidad del daño", no fueron desde siempre conocidos. Por ello, para la solución de casos atinentes al tipo de circunstancias fácticas que nos ocupan, se partía de los textos antes aludidos y se aplicaba a ellos como instrumento divisorio la dicotomía entre daño *Intra* o *circa rem* versus *extra rem* (daño intrínseco y daño extrínseco). Entonces, la teoría del alcance de la responsabilidad se constituyó en un exclusivo problema de determinación del *quantum* resarcible, o, dicho con más precisión, un problema de exclusión de ciertos daños a los efectos de la indemnización<sup>15</sup>.

En tal sentido, explicó Bartolo<sup>16</sup> que habría de definirse el interés intrínseco como aquel *quod est ipsa res et illud quod est immediate ex ipsa res*, y citaba entre estos a los frutos y el *partus*; por su parte, extrínseco era el daño que viene *occasione rei*. El lucro cesante *quae contingit intra rem* es siempre indemnizable (así, el mayor valor de la cosa). Por su parte, el lucro *extra rem* sería indemnizable cuando *sequatur rem penes quamcumque vadat*. Es evidente, entonces, que resultaba indemnizable así el *interes damni emergenti intrinseco* (*ipsa eadem res seu eius aestimatio*). El fruto de la cosa se conceptuó como un daño de lucro cesante extrínseco *intra rem*. Se consideró, *remotus et non propinquus* el interés *extra rem*, ya se estableciera en el daño emergente, como en el caso en que el acreedor tuvo que vender de sus cosas, ya referido al lucro cesante, como el surgido de negociación del *mercator*. Finalmente, al lucro cesante que supone el mayor valor de la cosa lo consideró como daño *intrinsecus intra rem*. Solución esta que, si se mira bien resulta conforme con lo preceptuado en el D. 19,1,1<sup>17</sup>.

Dentro de la evolución doctrinal, CUJACCIO<sup>18</sup> formuló la regla de que los *adventii casus computandi non sunt*, considerando que no hay que hacer

15. CARRASCO PERERA, Comentarios XV 1º, 1989, 712.

16. BARTOLI A SAXOFERRATO; Omnium Iuris Interpretatum Antefignani, Commentaria, cum elenchis rubricarum, legum, et paragraphorum, Tomus octavus, in secundam atque tertiam Codicis Parte; Ad VII librum Codicis "De sentent. Quae pro eo, quod inter. Proferuntur"; Venetiis; MDCXV; pág. 70-73.

17. V. texto en n. 1.

18. IACOBI CUIACII; Ic. Praestantissimi operum priorum quae de iure fecit; Tomus secundus seu paratitla in lib. IX Codicis Iustiniani; Impensis societatis typographicae librorum officij

consideración de *eorum quae extrinsecus evenire possunt, non etiam in re ipsa insunt naturaliter*.

De este criterio se valió para excluir los lucros cesantes. Conforme a la solución expuesta, propone el autor como ejemplo algunos casos, entre los que están, el que se refiere al hecho de que yo impidiese al testador que hiciese heredero suyo a un tercero, yo no puedo ser obligado a responder por el valor que habría obtenido el tercero al vender la herencia.

Según esta solución, por ejemplo, si yo impedía al testador que te hiciese su heredero, no he de responder por lo que te podías lucrar vendiendo la herencia. También ilustra la idea con el caso en el que, si el propietario de un *locus amoenus* (lugar de paisaje idílico) hizo un contrato con un tercero para que en tal lugar le edificara una casa, de forma que pudiera ofrecerla como obsequio al príncipe entrante, que a cambio le colmaría de beneficios, no puede, en caso de que se produzca un incumplimiento, reclamar este lucro, sino todo lo más cuanto le importaba la edificación. Así pues, se nota que en el interés entra la estimación de los frutos, pero no cuanto el acreedor declara que habría obtenido si los acontecimientos se hubieren verificado normalmente.

Como una aportación más al acervo jurídico relativo a la distinción entre lo que es *circa* o *extra rem*, a los efectos de la ponderación de los lucros cesantes, DONELLO elaboró una distinción que resulta bastante esclarecedora. Así pues, para él, el lucro cesante que deriva necesariamente de la cosa, sin interposición de un suceso externo o una conducta del acreedor es *Circa Rem*; en consecuencia, sería indemnizable la herencia deferida al esclavo que me ha sido privado por evicción. Por el contrario, es *Extra Rem* lo que no proviniendo de la cosa, podía tanto tener como no tener<sup>19</sup>, o bien aquello que aunque estuviera en poder del deudor también podría procurárselo de manera distinta, por una vía que no fuese la prestación. Sirva para ilustrar esta circunstancia el ejemplo de D. 19,1,21,3<sup>20</sup>, en el que la muerte del esclavo es *Extra Rem*, porque no es derivación fáctica de la falta de trigo vendido, sino porque el comprador no tiene trigo, que podría haber sido procurado de otra persona; también es

---

*ecclesiastici, iussu Regis confutatae; Lutetiae Parisiorum; MDCLVIII (en Jacobus Cuiacius, opera omnia in decem tomos distributa; Nachdruck keip verlag; Goldbach; 1996); Paratitla in Lib. VII, Tit. XLVII De sententiis, quae pro eo quod interest proferuntur; pág. 263-265.*

19. V. gr. Los peces que no pesqué por haber roto la red un tercero.

20. V. texto en pág. 3.

*Extra Rem* el lucro de negociación del vino no entregado, pues este lucro no deriva del vino, sino de la industria del vendedor, que hubiera negociado con él<sup>21</sup>.

En la búsqueda de una fórmula única para diferenciar claramente entre los *casus interesse*, MOLINEO formuló una regla para la disciplina de los *casus certi et incerti* contenidos en el *Codex* 7, 47<sup>22</sup>. La teoría resultante es la del daño previsible: "*non debet quod extrinsecus interest excedere fines objecti qui verossimiliter apparebant tempore contractus, sive limites periculi praevisi et facile suscepti non debent excedi*"<sup>23</sup>. Debemos destacar que el deudor de mala fe no se beneficia de esta limitación, respondiendo de todo daño y detrimento sufrido por el acreedor por la falta de cumplimiento.

### 2.3. Doctrina relativa del Derecho precodificado

Como ha sucedido normalmente con la mayor parte de las figuras jurídicas codificadas en los textos que siguen la tradición latina, la antes citada regla fue tratada por DOMAT Y POTHIER, y a partir de sus interpretaciones ésta dejó de ser sólo un modo de interpretación de la regla estipulada por el *Codex* 7, 47. El estudio realizado por estos autores, parte de la premisa de que a las obligaciones a las que resulta aplicable este tipo de razonamiento

21. HUGONIS DONELLI; *Opera omnia, Tomus nonus et commentariorum in Codicem Iustiniani, Volumen tertium*; Lucae; MDCCLXVI (reproducción del original; Keip Verlag; 1997) Columna 856, *Commentarium in Codex Iustinianus*; ad. Tit. XLVII, L. VII (V. en general sobre el tema desde columna. 810 ss).

22. "Como se han llevado hasta lo infinito las antiguas dudas respecto a los intereses, non 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 su sutileza los jueces, que se encargan de dirimir las 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 cómputo 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": CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO, a doble texto, traducido al castellano del latino por D. Ildefonso L. García del Corral; segunda parte Código; Barcelona; 1895 (edición facsimilar por editorial Lex Nova, Valladolid; 1988); pág. 253 s.

23. *Tractatus de eo quod interest*, n.º 60 y 156, Citado por CARRASCO PERERA, *Comentarios XV* 1º, 1989, 713.

no son otras que aquellas en las cuales se produce incumplimiento de obligaciones cuya prestación consiste en la entrega de un bien, resultando paradigmático de ello el arrendamiento y la compraventa, además de los casos en que el incumplimiento consiste en la no entrega, en la evicción o bien en la existencia de defectos o vicios ocultos en la cosa.

En su Tratado de las obligaciones, POTHIER, expone en primer lugar que la indemnización de daños y perjuicios comprende tanto la pérdida que ha causado el deudor al acreedor como el beneficio de que le ha privado con la inejecución. A continuación propone el criterio de que el deudor no doloso no debe responder de la totalidad de las pérdidas y ganancias dejadas de percibir por el acreedor (*quantum respondatur*): "159. *Se llama daños y perjuicios la pérdida que uno tiene, o la ganancia que uno deja de hacer... Cuando, pues, se dice que el deudor está obligado al pago de daños y perjuicios al acreedor, como resultado del incumplimiento de la obligación, eso quiere decir que debe indemnizar al acreedor de la pérdida que le ha causado y del beneficio de que le ha privado la inejecución de la obligación* 160. *Es necesario, sin embargo, no someter al deudor a indemnizar al acreedor de todas las pérdidas indistintamente que le haya ocasionado el incumplimiento de la obligación, y menos todavía a todas las ganancias que el acreedor hubiese podido hacer, si el deudor hubiese satisfecho su obligación. En este punto es necesario distinguir diferentes casos y diferentes especies de daños y perjuicios; y aun es necesario, según los diferentes casos que pueden presentarse, poner una cierta moderación en la fijación y estima de aquellos que son debidos. Cuando no se puede reprochar al deudor dolo alguno, y que no es más que por una simple falta el que haya dejado de cumplir su obligación, ya sea porque temerariamente se comprometió a lo que no podía cumplir, ya sea porque él se ha puesto después, por su falta, fuera de estado de cumplir su compromiso; en ese caso el deudor no está obligado más que a los daños y perjuicios que se han podido prever, al tiempo de contratar, que el acreedor podría sufrir a causa de la inejecución de la obligación; pues se considera que el deudor no se ha obligado más que respecto a ellos*".

A criterio de PANTALEÓN<sup>24</sup>, POTHIER intentó llevar a cabo una armonización del criterio de la previsibilidad con el de la distinción entre daños intrínsecos y daños extrínsecos (*circa o extra rem*), y en su intento, el autor entendió que estaba bien traducir "Rem" por "cosa", en el sentido de daños relativos -o no- a la cosa objeto de la obligación al decir que: " 161 *Por lo común se reputa que las partes no han previsto más que los daños y perjuicios que el acreedor, a causa del incumplimiento de la obligación*

---

24. PANTALEÓN, Fernando; "El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)" en, ADC jul-sept. 1991; pág. 1075.

podía sufrir en relación con la cosa misma que ha sido objeto de aquélla, y no los que el incumplimiento de la obligación le ha ocasionado, además, en sus otros bienes. Esta es la razón por la que, en estos casos, el deudor no responde de esos últimos daños, sino solamente de los surgidos en relación con la cosa que ha sido objeto de la obligación: *damni et interesse, propter ipsam rem non aditem*<sup>25</sup>, e ilustra la idea con un ejemplo: "Supongamos que yo haya vendido a alguien un caballo y no lo entrego. Si dentro ese tiempo los caballos hubieran aumentado de precio, lo que el comprador ha pagado de más por haber adquirido el mío, y siendo de su misma calidad, es un perjuicio que yo debo reparar: pues es un perjuicio que ha sufrido *propter rem ipsam non habitam* -y que no tiene relación más que con la cosa objeto del contrato-, que he podido prever que él podía sufrir, estando el precio de los caballos, como el de las demás cosas, sujeto a variación"<sup>26</sup> se trata, como se ve, de los daños sufridos por el acreedor en relación con la cosa que ha sido objeto del contrato (*propter rem ipsam*), que es el denominado daño intrínseco, consecuencia necesaria de todo incumplimiento, "Mas si ese comprador fuera un canónigo, quien, a causa de no haberle entregado el caballo ofrecido, no hubiera podido llegar a tiempo al lugar de su beneficio para recoger sus pingües frutos, yo no seré responsable de esa pérdida por más que la hubiera causado el incumplimiento de mi obligación, pues es un perjuicio extraño a lo que ha sido objeto de mi obligación y que no ha sido previsto cuando se celebró el contrato; y para cuya reparación no puede decirse que me hubiera sometido al contratar"<sup>27</sup>. "Igualmente, si he dado a alquiler por dieciocho años una casa que creía de buena fe que me pertenecía, y que al cabo de diez o de doce años mi inquilino fuese despedido de la casa por su propietario, yo vendría obligado al pago de daños y perjuicios a mi inquilino, así de los que resulten de los gastos que tenga que hacer para cambiar de local, como también de los que resulten por el aumento de alquiler de las casas ocurrido durante el tiempo de nuestro contrato, puesto que se verá obligado a alquilar una casa de mayor precio antes de expirar nuestro convenio; por cuanto esos daños y perjuicios tienen una relación próxima con el disfrute de la casa que hacía el objeto de mi obligación, y tiene que sufrirlos el inquilino *propter ipsam rem non habitam*. Mas si el inquilino, durante el contrato ha establecido un comercio en la casa que le he alquilado, y que su desplazamiento le ocasiona la pérdida de las relaciones contraídas y causa un perjuicio a su comercio, en este caso no vendré obligado a pagarle daños ni perjuicios, por cuanto esos perjuicios fueron extraños a nuestra convención, pues no fueron previstos en el contrato. Con mayor razón, si con motivo del

25. POTHIER, Tratado de las obligaciones, 1978, 92.

26. Idem, 92.

27. Ibidem.

*desplazamiento se hubieran echado a perder algunos muebles preciosos, tampoco vendría obligado a resarcirle dicho perjuicio, que es debido a la impericia de la gente de que se ha servido, que es donde reside la causa y no en la eventualidad que ha sufrido, que ha sido sólo la ocasión*"<sup>28</sup>. Continúa POTHIER, su exposición procurando mostrar con claridad los criterios a seguir en los casos en que se presente una posible contradicción<sup>29</sup>: "162 *Algunas veces el deudor es responsable de daños y perjuicios al acreedor, bien que extrínsecos, a saber: cuando parece que por el contrato han sido previstos, y que el deudor se ha encargado de ellos de una manera tácita o expresa en caso de cumplimiento de su obligación. Por ejemplo, yo he vendido mi caballo a un canónigo, con una cláusula expresa en el contrato, por la cual me había obligado a entregárselo a tiempo para que pudiera llegar en su día a su beneficio para recoger sus grandes frutos. Si en ese caso, falto por mi culpa, bien que sin dolo, a llenar mi obligación y que el canónigo no haya podido encontrar fácilmente otro caballo, ni otro carruaje, vendré obligado al pago de daños extrínsecos resultantes de la pérdida que haya sufrido en sus pingües frutos; pues por la cláusula del contrato, el riesgo del perjuicio se había previsto y expresado, considerándose por lo tanto que yo me había encargado del mismo. De igual manera, si he alquilado una casa a un tal, en su calidad de tratante, para convertirla en posada, y que el inquilino se vea contrariado en el disfrute de la misma por mi culpa, le debo daños y perjuicios que no se limitarán a los gastos de mudanza, y a los que puedan resultar del aumento del precio de alquileres, como hemos dicho que debían limitarse en el caso anterior; pues la pérdida que habrá hecho de sus relaciones, si no ha podido encontrar otra cosa en el cuartel, ha de entrar por alguna cosa: puesto que habiendo alquilado mi casa para que abriera tienda o posada, esta especie de daños, es un daño cuyo riesgo ha sido previsto, y al cual se ha de reputarme sometido. 163 He aquí, otro ejemplo de nuestra distinción. Una persona me ha vendido un cierto número de piezas de madera, de la que me ha servido para apuntalar mi casa, que se arruina, por defecto de la mala calidad de los maderos que estaban podridos. Si el vendedor no era hombre entendido en el asunto, es decir, que no era de su oficio el conocer la calidad de los maderos, de los que ignoraba sus defectos, los daños y perjuicios que resulten del hecho de que los maderos que él me vendiera fueran defectuosos, no consistirán más que en una deducción sobre el precio de lo que yo les he pagado de más, al comprar por bueno lo que era defectuoso; mas no se extenderán a la pérdida que he sufrido por la ruina de mi casa, pues el vendedor que me ha vendido la madera de buena fe, y que no tenía mayor obligación que la mía en punto a conocer la calidad de la madera, se ha de reputar como no habiéndose encargado de ese riesgo. Mas si aquel que me ha vendido dichos maderos es un hombre del oficio, si es un carpintero el que me ha vendido dichos puntales para apuntalar mi casa, vendrá*

---

28. Idem, 92 s.

29. PANTALEÓN, ADC jul-sept. 1991, 1076.

*obligado para conmigo al pago de los daños y perjuicios que resulten de la ruina de mi casa por defecto de sus puntales y no será admitida su disculpa de que él los creía buenos y suficientes; pues aun cuando dijera verdad, esta ignorancia de su parte no podría excusarse en un hombre que hace profesión pública de un estado y un arte: Imperitia culpaee annumeratur. Al venderme dichos puntales para apuntalar mi casa, y al vendérmelos en su calidad de carpintero, se declaraba incurso en las responsabilidades consecuentes para el caso de que dichos maderos fueran insuficientes, habiéndose por lo tanto declarado responsable del riesgo que corría mi casa. Observad, sin embargo, que debe reputársele por responsable de otra cosa más que del riesgo de que se ha encargado. Es por esto que, si dicho carpintero me ha vendido sus maderos para sostener una casa dada, y yo me sirvo de ellos para sostener otra de mayor importancia, no tan sólo el carpintero no será responsable de la ruina de esa casa, en el caso de que los maderos hubiesen sido insuficientes para el sostén de la pequeña construcción para que habían sido destinados, por cuanto en ese caso el carpintero no incurre en falta de clase alguna; sino que aun en el caso de que hubiese falta, esto es, de que sus maderos fueran absolutamente defectuosos e insuficientes, aun para el sostén del pequeño edificio para el cual habían sido destinados, no vendría obligado al pago de daños y perjuicios resultantes de la ruina de mi gran edificio más que por la suma o valor de mi pequeña casa: pues no habiéndome vendido dichos puntales más que para sostener mi pequeña casa, se entiende que no se ha entendido encargar del riesgo de daños y perjuicios que yo sufriría, más que por el valor de dicha pequeña casa, y que por consiguiente no debemos, según nuestros principios, extender más allá su responsabilidad. Tal vez hubiera puesto mayor cuidado si hubiese entendido correr un riesgo mayor, o que él los hubiese vendido para un mayor edificio... Cuando un carpintero me ha vendido puntales para el sostén de mi casa, que se ha hundido por defecto e insuficiencia de los mismos, los daños y perjuicios a que viene obligado se limitan a la ruina de la casa, y no se extienden a la pérdida de los muebles que tiene dentro, y se han roto o perdido en las ruinas; pues dicho obrero al venderme sus puntales para el sostén de mi casa, no ha entendido responder más que de la conservación del edificio, no es más que de este riesgo de lo que él se ha encargado, y no del riesgo de la pérdida de mis muebles, que no ha podido prever que yo dejara dentro, cuando por lo ordinario, se desamuebla una casa que se apuntala. Por esto, dicho carpintero no debe ser considerado como responsable de la pérdida de dichos muebles, a menos que no se hubiese encargado expresamente de ese riesgo. No sucede lo mismo cuando se trata del albañil con quien he hecho un contrato para que me construya una casa, la que, al poco de estar construida, se hunde por defecto de construcción. Los daños y perjuicios que me debe este empresario ignorante por falta de no haber llenado como debía su obligación, se extienden no solamente a la pérdida que he tenido de la casa, y que no he podido salvar, pues dicho empresario al obligarse a construirme una casa par vivir en ella, o un inquilino, no podía*

*ignorar que se llevarían a la misma muebles, pues no podía habitarse en la misma sin ellos, y por consiguiente se ha encargado del riesgo de los mismos*<sup>30</sup>.

Siguiendo con su argumentación, el egregio autor procura una armonización de lo dispuesto en el Codex 7, 47, modificándolo en lo necesario, con el criterio general de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar:<sup>31</sup> " 164 *Por lo que hace a los daños y perjuicios a que viene obligado un deudor por culpa de no haber llenado su obligación, para el caso aquel que no se le pueda reprochar dolo alguno, nos falta observar que, cuando los daños y perjuicios son considerables, no deben tacharse y liquidarlos de una manera rigurosa, sino con una cierta moderación. Es sobre este principio que Justiniano en la ley única Co. De Sent. Quae pro eo quod interest, ordena que los daños y perjuicios in cassibus certis, es decir, como explica Dumoulin, cuando no se relacionan sino con la cosa objeto de la obligación, no puedan ser evaluados en más del doble del valor de esta cosa, comprendido dicho valor. La decisión de esta ley puede aplicarse a la especie siguiente. He comprado por el precio de cuatro mil libras unas viñas en una provincia lejana de mi residencia. Cuando mi adquisición, el vino que constituía toda la renta de la heredad estaba a muy bajo precio en dicha provincia, por cuanto no tenía mercado alguno donde poder exportarlo; después de mi adquisición el rey ha mandado hacer un canal que procura su exportación, lo que ha hecho aumentar el precio del vino al cuádruplo de su valor o más; lo que da por resultado que el valor de mi finca que en principio era de cuatro mil libras, ahora sea de dieciséis mil. Es evidente que si se me lanza de esta heredad, los daños y perjuicios que de ello me resultan no son otra cosa que id quanti mihi hodie interest fundum habere licere, montan a la verdad a más de dieciséis mil libras. Sin embargo, según esa ley, por todos los daños y perjuicios que me son debidos tanto por el mayor valor de la heredad que para el reembolso de los gastos reales de mi adquisición, el vendedor que me ha vendido de buen fe esta heredad, no debe ser condenado para conmigo al pago de una suma mayor de ocho mil libras, comprendiendo la restitución del precio de cuatro mil libras; la condena de daños y perjuicios, que como par este caso son debidos solamente propter ipsam rem non habitam et in casu certo, no deben jamás, según esta ley, exceder del doble del precio de la cosa que ha sido objeto de la obligación. El principio sobre que se funda esta decisión, es el de que las obligaciones que nacen de los contratos no pueden formarse más que por el consentimiento y la voluntad de las partes. Ahora bien, el deudor, al obligarse al pago de daños y perjuicios que resultarían de la inejecución de su obligación, se reputa como no habiéndose entendido ni querido obligar más que hasta la suma a la cual él ha podido racionalmente prever que podían montar a lo más los dichos daños y perjuicios suben a una suma excesiva, a la cual el deudor jamás ha podido pensar que pudieran subir, deben reducirse y*

30. POTHIER, Tratado de las obligaciones, 1978, 93 ss.

31. PANTALEÓN, ADC jul-sept. 1991, 1077.

*moderarse a la suma a la que se puede racionalmente pensar que podrían subir como máximo, pues ha de reputarse el deudor como no habiéndose obligado a más... Esta ley de Justiniano, en tanto que limita la moderación de los daños y perjuicios excesivos, precisamente al doble del valor de la cosa, es en esto una ley arbitraria, y que no tiene autoridad en nuestras provincias. Mas el principio sobre que está fundada, que no permite que un deudor a quien no se puede reprochar dolo alguno, sea tenido al pago de los daños y perjuicios que resulten de la inejecución de su obligación más allá de la suma a la cual ha podido pensar que podrían subir como máximo, siendo un principio fundado en la razón y equidad natural, nosotros debemos seguirle y moderar conforme a ese principio los daños y perjuicios cuando se encuentren excesivos, dejando esta moderación al arbitrio del juez. 165 Es evidente que la reducción de daños y perjuicios al doble del precio de la cosa que ha sido objeto de la obligación primitiva, no tiene aplicación más que por aquellos que tan sólo son debidos por relación a la cosa, y que no puede recibir en relación de aquellos en que el deudor se ha sometido a ellos de una manera tácita o expresa; pues no siendo debidos sus daños y perjuicios por razón de la cosa que hace el objeto de la obligación primitiva, no pueden regularse sobre el valor de esta cosa, pues montan algunas veces hasta el décuplo y más de esta cosa. Por ejemplo, los daños e intereses de que es responsable para conmigo un tonelero que me ha vendido malos toneles, resultando de la pérdida sufrida por el vino que metí en ellos, pueden subir más del décuplo de valor de los toneles, puesto que al venderme en su cualidad de tonelero los toneles, se ha hecho responsable de su bondad, y tácitamente se ha encargado del riesgo de la pérdida del vino, que puede subir a diez o veinte veces más que el valor de los toneles. Esta especie de daños, por lo mismo que no conciernen a los toneles, sino al vino que se metió dentro, no debe regularse por el precio de los toneles. Empero, aun en relación a esos daños extrínsecos, se debe usar de moderación cuando se encuentren excesivos, y ni se debe condenar al deudor por más de la suma máxima que racionalmente podía él pensar que en ese caso ascenderían. Por ejemplo, si yo he metido dentro de un tonel un vino extranjero y otro licor de un precio inmenso, que se ha perdido por vicio del tonel, el tonelero que me lo ha vendido, no debe ser condenado a indemnizarme de esta pérdida en entero, sino tan sólo hasta concurrencia del precio de un tonel del mejor vino del país; pues que, al venderme el tonel, no entendía encargarse de otro riesgo, pues no podía prever que yo vertiese en él un licor de elevado precio. Por la misma razón, el empresario de mi casa, que se ha hundido por vicio de construcción, es responsable para conmigo, como antes hemos dicho, de la pérdida de los muebles que se han perdido o roto entre las ruinas; mas si se hubiesen perdido manuscritos o pedrería de un subido precio, no se debería cargarle íntegramente esta*

*pérdida; pues no está obligado a responsabilidad más que hasta la concurrencia del precio al cual pueden subir de ordinario los muebles de una persona de mi estado* <sup>32</sup>.

No obstante, la doctrina del autor francés también estudió los casos en que el deudor incumple por dolo: " 166 *Los principios que hemos establecido hasta el presente no tienen lugar cuando es el dolo de mi deudor quien ha dado lugar a que se me abonen daños y perjuicios. En ese caso el deudor es responsable indistintamente de todos los daños e intereses que yo he sufrido, a los cuales su dolo ha dado lugar, no tan sólo por aquellos que yo he sufrido con relación a la cosa que ha sido objeto del contrato, propter rem ipsam, sino de todos los daños e intereses que he sufrido en relación con mis otros bienes, sin que haya lugar de distinguir y de discutir en ese caso si el deudor viene obligado a ellos: pues aquel que comete un dolo se obliga (velit noluit) a la reparación de todo el daño que ese dolo causare. Por ejemplo, si un tratante me ha vendido una vaca que sabia que sufría de una enfermedad contagiosa, y que me haya disimulado ese vicio, esta disimulación es un dolo de su parte, que le hace responsable del daño que yo he sufrido, no solamente en la vaca misma que él me ha vendido, y que ha sido el objeto de su obligación primitiva, sino igualmente de lo que ha sufrido en el resto de mi ganado al que dicha vaca ha comunicado el contagio, pues es el dolo del tratante quien me ha causado todo ese perjuicio*"<sup>33</sup>. Luego de dejar claro que en su opinión en los casos de incumplimiento doloso no es debido aplicar la distinción entre daños previsibles al tiempo de contratar y daños previsibles en dicho momento, no resarcibles éstos en caso de incumplimiento no doloso, continúa<sup>34</sup>: " 167. *En relación a los otros daños que yo he sufrido, como consecuencia lejana e indirecta del dolo de mi deudor, ¿será también responsable? Por ejemplo: si en el caso anterior al contagio que ha sido comunicado a mis bueyes por la vaca que me ha sido vendida, me ha impedido cultivar mis tierras: el daño que he sufrido en el hecho de que mis tierras hayan quedado incultas, parece también una consecuencia del dolo de ese tratante queme ha vendido una vaca infeccionada; pero es una consecuencia más lejana que no la que he sufrido en mi ganado; ¿es también responsable, empero, de dichos daños? Quid, si la pérdida que he tenido en mis ganados y el daño que he sufrido del defecto de cultivar mis tierras, habiéndome impedido para pagar mis deudos, mis acreedores han secuestrado y vendido mis bienes a vil precio, ¿el tratante será también responsable de esos daños? La regla que me parece que es ese caso debería seguirse, es, que no se debe comprender en los daños e intereses de los cuales un deudor es responsable por razón de un dolo, aquellos que no solamente no son una consecuencia lejana, ni una consecuencia*

32. POTHIER, Tratado de las obligaciones, 1978, 95-98.

33. Idem, 98.

34. PANTALEÓN, ADC jul-sept. 1991, 1085 s.

necesaria, sí que pueden tener otras causas. Por ejemplo, en el caso antes dicho, el mercader no será responsable de los daños que he sufrido por el secuestro de mis bienes: por cuanto este resultado no es más que una consecuencia lejana de su dolo, y no una relación necesaria; pues bien que la pérdida de mi ganado que su dolo me ha causado, haya influido en el desequilibrio de mi fortuna, ese desequilibrio puede tener otras causas... la pérdida que he sufrido por defecto de cultivo de mis tierras, parece ser una consecuencia más lejana del dolo del tratante: empero, pienso que de ella no se le ha de reputar como responsable, o por lo menos que no ha de abonarla por entero. Ese defecto de cultivo no es una consecuencia absolutamente necesaria de la pérdida de mi ganado, que me ha causado el dolo de ese tratante: yo podría, no obstante la pérdida de mi ganado, obviar a ese defecto de cultivo haciendo cultivar mis tierras por otros animales que podría comprar, o, caso de que no tuviera ese medio, que hubiese podido alquilar; o bien sub-arrendando mis tierras, si no tenía medios de hacerlas producir por mí mismo. Empero, como. Por más que se recurriera a dichos expedientes, yo no habría podido retirar tanto provecho de mis tierras, como si las hubiese podido cultivar por mí mismo, con mis bueyes que he perdido por el dolo del tratante, esto puede entrar por alguna cosa en los daños y perjuicios que me son debidos. 168 Los daños e intereses que resulten del dolo del deudor, difieren todavía de los daños e intereses ordinarios, en que la ley única, cod. De sent. Quae pro eo quod interest, etc. y la moderación que, según el espíritu de esta ley, es observada por relación a los daños e intereses ordinarios, no tiene lugar en relación de aquellos que resultan del dolo del deudor. La razón de diferencia es evidente. Esta moderación que se practica con relación a los daños y perjuicios ordinarios, está fundada sobre ese principio que nosotros hemos expuesto más arriba, esto que un deudor no puede reputarse como habiéndose querido obligar por daños y perjuicios, a una más grande suma que aquella a la cual él ha podido pensar que podrían subir al más alto grado los daños y perjuicios a los cuales se sometiera, en caso de inexecución de su obligación. Ahora bien, ese principio no puede tener aplicación a los daños y perjuicios que resulten del dolo por cuanto quien comete dolo, se obliga indistintamente velit, nolit, a la reparación del daño que el dolo causara. Sin embargo debe dejarse a la prudencia del juez, aun en caso de dolo, usar de alguna indulgencia en la tasación de daños y perjuicios... 169 nos falta decir una palabra de los daños y perjuicios que resultan del retardo llevado por el deudor en la ejecución de su obligación. Un deudor es responsable no sólo de los daños y perjuicios del acreedor, que resulten de la inexecución absoluta de su obligación, cuando no la ha cumplido; sino que igualmente es responsable de aquellos que resulten del retardo que solamente ha puesto en cumplirla, desde el momento que ha sido requerido para que lo hiciera. Esos daños y perjuicios consisten en la pérdida que el acreedor ha sufrido, y en la ganancia de que se ha visto privado por dicho retardo; con tal que esta pérdida y esta privación de ganancias hayan sido sus consecuencias necesarias. Se las estima en todo su rigor, y se las extiende a toda especie de daños y perjuicios, cuando es por dolo o contumacia afectada, que el deudor ha llevado el retardo puesto al cumplimiento de su obligación. Mas

cuando no se puede reprocharle más que negligencia, esos daños y perjuicios deben estimarse con mucha más moderación, y no deben extenderse más que a aquellos que han podido ser previstos cuando el contrato, y a los cuales el deudor se ha sometido de una manera expresa o tácita."<sup>35</sup> Solución esta que indudablemente fue consagrada en el artículo 1151 del Code cuando estipulaba que incluso en el caso de dolo, el deudor sólo responderá de la pérdida sufrida y de la ganancia dejada de obtener por el acreedor, en la medida que sean "consecuencia inmediata y directa de la inejecución de la obligación". Además no hay lugar a la duda, a partir de los expuestos antecedentes, de que daños inmediatos y directos y mediatos o indirectos en modo alguno pueden ponerse en relación con la distinción entre daños intrínsecos -categoría mucho más restringida que la de los daños inmediatos y directos- y daños extrínsecos<sup>36</sup>.

Como se ha expuesto, la teoría del daño previsible en los autores señalados antes se ha elaborado sobre las obligaciones de dar, excluyendo así a las de hacer o de restituir, lo cual tiene sentido puesto que sólo en ellas se puede conocer y determinar cuál sea la cosa a partir de la cual predicar el carácter *intra* o *extra rem* del daño. Y esto nos lleva además a que la tesis de la previsibilidad como una pura cuestión de exclusión de ciertos daños, más que como problema de selección causal de los daños, tiene por finalidad excluir la indemnización del lucro cesante y de los daños consecuenciales distintos del daño de prestación; exclusión ésta que podría responder a determinados condicionantes económicos en los que se desatiende la función como capital productivo del objeto de la prestación<sup>37</sup>. A los efectos seguidos resulta de fuerza acudir al criterio de la previsibilidad como justificación de la exclusión de un daño. Es posible admitir que el lucro cesante por la pérdida del negocio que afecta al locatario reivindicado constituya un daño *extra rem*, pero no se ve con claridad cómo le resulta adecuada la calificación de imprevisible, así como tampoco puede determinarse como imprevisible la muerte de los animales del acreedor debida al contagio acaecido al contacto con el animal entregado<sup>38</sup>. Se dice pues que "no existe, a pesar de la pretensión de sus creadores, una conexión evidente entre lo que es un daño previsible y lo que es un daño *intra rem*"<sup>39</sup>.

35. POTHIER, Tratado de las obligaciones, 1973, 98 ss.

36. PANTALEÓN, ADC jul-sept. 1991, 1086 s.

37. BARCELLONA, Mario; Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico: Formazione storica e funzione della disciplina del danno contrattuale; Giuffrè; Milano; 1980, pág. 134 y ss.

38. LEONE, Francesco; "Nesso causale tra colpa e danno", RIVDirCiv, 1913, pág 599.

39. CARRASCO PERERA, Comentarios XV 1º, 1989, 715; V. la opinión de PANTALEÓN, expuesta en el párrafo inmediatamente anterior.

Confirmación de esto es el diverso entendimiento que en la tradición precodificada mereció la distinción clásica entre daño extrínseco y daño *circa rem*. Para Pothier esta distinción se correspondía con la recién elaborada tesis del daño previsible-imprevisible.

Además, puede apreciarse que la regla formulada por el ilustre jurista francés tiene como necesario ejercicio para la determinación de la solución aplicable, la distinción entre deudor de buena fe y deudor doloso. El de buena fe, responde sólo de los daños que resulten previsibles al momento de confeccionar el contrato; el deudor doloso, como es lógico, no goza de este tipo de beneficio. En este sentido, CARRASCO PERERA, concluye que por esta regla constituye daño previsible el que se sufre en referencia exclusiva a la cosa objeto de la prestación (mayor valor de la cosa no entregada, *quanti minoris* en la cosa defectuosa, mayor coste del nuevo alquiler). Que serán en su caso, *Extra Rem*, o imprevisibles, los daños que se sufran en bienes ajenos al objeto que constituye la prestación; de los daños imprevisibles, el deudor de buena fe debe responder si los previó, en otras palabras, responde si fue advertido por el acreedor del interés que estaba en juego con el cumplimiento exacto de la prestación<sup>40</sup>.

#### 2.4. Manifestaciones legislativas

El sistema concluido por Pothier, pasa sin variación relevante a consagrarse en el artículo 1150 del Code de Napoleón, con la salvedad relativa a la facultad de moderación judicial del daño intrínseco cuando a *venditore non sit cogitatum de tanta suma*, postulado del cual puede decirse que ya no queda vestigio en el derecho francés y que en el sistema del código español (artículo 1103 CC<sup>41</sup>), al igual que en el nuestro, permanece aún constituyendo una de las aplicaciones de la facultad moderadora contenida en el 1862 CC<sup>42</sup>. Hecho que evidencia que el criterio de previsibilidad del daño al tiempo de contratar, como elemento de juicio para la imputación objetiva del daño contractual, ha sido acogido por buena parte de los códigos latinos, pudiendo traer a colación también en este punto, los ya mencionados ejemplos del artículo 1225 del Codice italiano de 1942, no obstante esta regla ha encontrado cabida, incluso en el Derecho anglosajón a partir del famoso caso *Hadley Vs. Baxendale*, decidido en 1854 por la Court of exchequer<sup>43</sup>.

40. CARRASCO PERERA, Comentarios XV 1º, 1989, 714.

41. "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".

42. *Ibidem*.

43. PANTALEÓN, ADC jul-sept. 1991, 1079 s; CARRASCO PERERA, Comentarios XV 1º, 1989, 715.

También ha encontrado acogida esta fórmula en la Convención relativa a una Ley uniforme sobre la venta internacional de mercaderías elaborada en la Haya el 1 de julio de 1964, en su artículo 82, "*Si el contrato no se resuelve, la indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento de contrato en que haya incurrido una de las partes comprende la pérdida sufrida y la ganancia dejada de obtener por la otra parte. Esa indemnización no excederá de la pérdida sufrida y de la ganancia dejada de obtener que la parte que haya incurrido en incumplimiento debiera haber previsto en el momento de celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tenía o debiera haber tenido conocimiento como posible consecuencia del incumplimiento de contrato*"<sup>44</sup>.

Siempre dentro de las regulaciones internacionales del comercio, ha encontrado cabida el principio establecido por POTHIER, en el artículo 74 (regla general para la determinación de los daños, de la Convención de la ONU relativa a los contratos de compraventa internacional de mercancías de 1980, que transcribimos a continuación: "*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 el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esta 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 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*"<sup>45</sup>.

Conforme a la tradición latina y del common law la regla general de indemnización alcanza a dos extremos. De una parte, el tiempo de la conclusión del contrato a partir del cual se circunscriben cuáles son los daños previsibles. De otra, el momento del incumplimiento, cuya función es la de seleccionar la cadena causal imputable al deudor. No obstante en el artículo de la Convención ONU reseñado, se especifica un extremo del juicio de previsibilidad que no se encontraba en la tradición latina; se trata de lo que el deudor debería haber previsto como consecuencia posible de su incumplimiento<sup>46</sup>.

### 3. Algunas concordancias

Resulta lógico que al pertenecer el artículo 1866 a las normas civiles que regulan las consecuencias que se derivan del básico principio *neminem laedere*, encuentre dentro del sistema del Código, concordancias que circunscriben de mejor manera su entendimiento.

44. Citado por PANTALEÓN, ADC jul-sept. 1991, 1084.

45. CARRASCO PERERA, Comentarios XV 1º, 1989, 719.

46. Idem, 720.

Así pues, parece guardar concordancia con el 1865 "*La indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes*" y el 1860 "*Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios, los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquellas*", en el sentido de que si el 1865 hace alusión a la determinación de qué daños son indemnizables, el 1866 atiende a la interrogante de cuál es el límite causal de los daños objeto de indemnización.

Además, el 1860 tiene relación con el estudiado 1866 en cuanto este último alude al deber de indemnizar; y no resulta posible<sup>47</sup>, como opina BADOSA<sup>48</sup> -refiriéndose al correspondiente artículo del Código español-, que el contenido del 1866 constituya un complemento o secuencia del 1860, porque su función es independiente y su ámbito de aplicación es más extenso. Así, mientras el 1860 se encarga de los fundamentos normales de la obligación de indemnizar por parte del deudor, dejando fuera los excepcionales, el 1866 tiene como misión determinar la extensión de la obligación de indemnizar y, en consecuencia, ha de estar redactado de modo que en él encuentren cabida todos los posibles fundamentos de responsabilidad, sean normales o excepcionales, constituido de dos apartados, según que en el fundamento de la responsabilidad haya estado presente o no el dolo.

#### 4. Contenido dispositivo de la norma

El artículo 1866 de nuestro Código Civil, a consecuencia de la evolución histórico-conceptual que su contenido ha experimentado, constituye el parámetro de la extensión del daño resarcitorio, conteniendo al efecto una dicotomía que distingue entre que el daño consecuencial del incumplimiento de la obligación se hubiese producido a partir de una actitud dolosa del acreedor, o bien que el mismo fuese el resultado de un comportamiento no doloso.

Integrado por dos apartados, el dicho artículo dispone en el primero de ellos que al deudor que en él se denomina "de buena fe", denominación que según la

47. DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo; "Comentario al artículo 1107", en Comentario del Código Civil, tomo II, dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez- Picazo y Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch; Madrid, Secretaría General Técnica, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, 1991; pág. 53.

48. BADOSA COLL, Ferrán; La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil; Publicaciones del Real Colegio de España; Bolonia; 1987; pág.713 s.

interpretación doctrinal abarca en su sentido y contenido al deudor negligente, así como también al que incumple por caso fortuito<sup>49</sup>, estableciendo para tal caso una obligación de reparar el daño previsible o que se hubiese podido prever al momento de la constitución de la obligación y que sean consecuencia derivada de su incumplimiento. En el segundo apartado se encarga de los daños que con ocasión del incumplimiento se han producido al acreedor por un deudor que ha actuado dolosamente, ordenando un resarcimiento de todos los daños que conocidamente se deriven de dicho incumplimiento.

De esta manera, se hace una discriminación de supuestos que en el primero de los casos, limita la responsabilidad del deudor -incumplidor por culpa o fortuito a los daños preVISIBLES o que se hubieran podido prever al momento de la constitución de la obligación y que sean consecuencia derivada de su incumplimiento. Por contra, esta limitación no resulta de aplicación a las situaciones de incumplimiento en las que interviene el dolo porque, en tal caso, se ordena un resarcimiento de todos los daños que conocidamente se deriven de dicho incumplimiento. De tal suerte se puede afirmar que en este precepto, la relación de causalidad entre incumplimiento y daño es en extremo rigurosa cuando se trata de casos del deudor de buena fe y amplia en el supuesto de un deudor doloso<sup>50</sup>.

##### 5. El contenido del párrafo primero del precepto. Responsabilidad del Deudor de buena fe

La primera parte de este artículo no hace más que establecer una previsión o consideración de la posibilidad de que se produzcan unos daños como consecuencia de incumplimiento, los cuales daños se circunscriben en el

49. BADOSA COLL, La diligencia, 1987, 714; acepta este criterio entre otros, CARRASCO PERERA, Comentarios XV 1º, 1989, 725. Se muestra contrario a esta afirmación de incluir el fortuito dentro del espectro normativo del 1107.1 español, criterio bastante aceptado en la doctrina hispánica, CRISTÓBAL MONTES, Ángel; El incumplimiento de las obligaciones; Tecnos; Madrid; 1989; pág. 288 s. Bajo el argumento de que "si, como considera Badosa, la buena fe debe abarcar no sólo la culpa-negligencia, sino también el caso fortuito cuando se responda de él, llegaríamos a la extraña y paradójica situación siguiente: mientras que, en principio, "nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables" (casus fortuitus art. 1105 CC), si se entiende que la buena fe del artículo 1107 puede abarcar también el evento fortuito, resultaría que la caracterización de la misma en torno a los "daños previsto o que se haya podido prever" no habría forma de encajarla con aquella otra que la ley establece para el caso fortuito, y, sin embargo, al menos excepcionalmente, debería quedar subsumida en ella. Esto es, si el deudor de buena fe sólo responde de los daños previstos o preVISIBLES, no cabe extender su responsabilidad a los sucesos imprevisibles contemplados en la caracterización del caso fortuito porque ello supondría intentar casar los contrarios y nos situaría muy cerca de una verdadera *contradictio in terminis*".

50. ALBÁCAR, José Luis/ SANTOS BRIZ, Jaime; Código civil doctrina y jurisprudencia, T. IV; Trivium; Madrid; 1991; pág. 114.

contenido normativo al momento de celebrarse el contrato. Así pues, salta a la palestra el tema de la previsibilidad del daño, misma que exige información o conocimiento por ambas partes contratantes acerca de los riesgos que el contrato entraña, mas exige también una suerte de sistema de distribución del riesgo de manera que la contemplación de que la finalidad de la prestación, como causa concreta, en la esfera del acreedor, constituye causa concreta del contrato o motivo determinante de él<sup>51</sup>.

Haciendo un detenido examen a esta parte del precepto, debemos hacer referencia de la incongruencia que significa el uso del término "deudor de buena fe", pues según hemos dicho, dentro de este supuesto se contiene la consideración del deudor culpable y del que incumple por caso fortuito. En tal sentido, entendida la culpa como falta de diligencia, los conceptos de buena fe y culpa se repelen, porque buena fe sólo indica negación de dolo sin ulterior caracterización, en tanto que culpa hace referencia también a ilicitud puesto que se funda en una infracción de la diligencia exigible y entonces culpa sólo es una buena fe cualificada por la ilicitud<sup>52</sup>. Así, se puede decir que el concepto de culpa tiene un significado más amplio, a menos que podamos entender la buena fe a la que se refiere este artículo como un mero estado psicológico o ignorancia de dañar un interés ajeno tutelado<sup>53</sup>. Por ello la doctrina más autorizada ha entendido que este primer apartado del artículo 1866 no constituye un criterio para liberar de responsabilidad al deudor, sino únicamente para limitar el alcance de la responsabilidad o el deber de resarcimiento de los daños previsibles<sup>54</sup>.

Así pues, en su primera parte, este artículo presenta dos parámetros de acuerdo a los cuales calibrar la medida exacta de la responsabilidad imputable al deudor de buena fe: previsibilidad del resultado que perjudica al acreedor y la relación,

---

51. DÍEZ-PICAZO; Luis; Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial; volumen II, Las relaciones obligatorias; 5ª edic. Civitas; Madrid; 1996; pág. 691; apoya esta afirmación: PANTALEÓN, ADC jul-sept. 1991, 1027 ss.

52. BADOSA COLL, Ferrán; La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil; publicaciones del Real Colegio del España; Bolonia; 1987; pág. 711.

53. DE LOS MOZOS, PRINCIPIOS, 57 ss.

54. DÍEZ-PICAZO; Fundamentos II, 1996, 587, aunque, ibidem, este autor critica la denominación "deudor de buena fe": constituye una incongruencia hablar de deudor de "buena fe" en un sistema de responsabilidad del que se dice que está fundado exclusivamente sobre la culpa del deudor; señala que sabido es que la mayoría de la doctrina coincide en considerar que este artículo llama "deudor de buena fe" al que no actúa movido de dolo, pero añade que no se comprende bien que un deudor que por hipótesis es culpable (por negligencia) pueda ser calificado como de buena fe.

necesaria, de causalidad que debe establecerse entre incumplimiento y daños sufridos por el acreedor<sup>55</sup>.

En cuanto al primero de estos parámetros, expresa BERCOVITZ<sup>56</sup>, que la redacción del estudiado artículo en su primer párrafo, resulta insuficiente y en consecuencia su redacción equivale más bien a decir poco, puesto que la serie de consecuencias situadas en relación directa o necesaria con el incumplimiento puede ser muy larga. Así pues, lo que se precisa son criterios con los que llevar a cabo un proceso de selección causal y así poder concluir cuáles, de entre todas las consecuencias dañosas necesariamente conectadas con el incumplimiento, son realmente imputables al deudor, sin llegar necesariamente a confundir este juicio de imputación del daño con el de imputación de la responsabilidad o del incumplimiento, puesto que ya se sabe que éste descansa sobre el dolo o la culpa del deudor.

En este sentido, expresa CARRASCO que la consecuencia necesaria de un incumplimiento achacable al deudor es, el daño o la serie completa de sucesos dañosos que constituyen la realización típica del riesgo creado por la conducta ilícita que es la falta de cumplimiento.

Por ello, el deudor no debe responder de un daño que no obstante haber podido evitar, no derivó de la clase de riesgos cuya neutralización le incumbía de conformidad con la obligación, con lo cual lo que se refleja no es otra cosa que el fin de protección de la norma en cuestión, fundamentadora de la responsabilidad, la cual constituye criterio básico de imputación al deudor de los daños sufridos por el acreedor<sup>57</sup>.

### *5.1. Previsibilidad del daño*

Otro punto en el que merece la pena detenerse en este recorrido expositivo, es el de la significación de la previsibilidad del daño.

En el estudiado apartado del artículo 1866, el significado que no puede buscarse es el de la concepción Pothierana, consistente en que el test de previsibilidad era suficiente para que el deudor fuera exonerado de los daños nacidos a partir de su incumplimiento. Si "consecuencia no necesaria" equivale al daño indirecto, y

---

55. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord); Comentarios al Código Civil; Aranzadi; Pamplona; 2001; pág. 1291.

56. Idem, 1292.

57. CARRASCO PERERA, Comentarios XV 1º, 1989, 726; PANTALEÓN, "Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación", en Centenario del Código Civil; editorial Centro de Estudios Ramón Areces; Madrid; 1990; pág. 1580.

este a su vez era la "consecuencia remota" considerada por el autor francés, el criterio de "necesariedad" sólo tendría sentido para los casos en que el deudor no pudiera ampararse en el límite de la previsibilidad, es decir, el deudor doloso. Ahora bien, el artículo en cuestión parte de que el criterio de la consecuencia necesaria es una restricción adicional que hay que hacer cuando se trata de un deudor de buena fe. En consecuencia, tiene que darse conjunta e independientemente con el juicio de previsibilidad<sup>58</sup>.

CARRASCO PERERA<sup>59</sup>, considera que el "daño previsible" y la "consecuencia necesaria" del incumplimiento no están en el mismo plano. Para él bajo la doctrina de la previsibilidad se hace referencia al mismo problema que se enfrentó en su día POTHIER. No es cuestión de predicar conexiones causales, sino, más simplemente, de excluir en principio ciertos daños. Previsibilidad es un problema de consequential loss, y sirve de criterio para dilucidar bajo qué condiciones se ha de indemnizar el lucro cesante y el daño patrimonial distintos del daño de prestación. El aludido criterio de previsibilidad no es útil, en cambio, para regular bajo qué condiciones ha de indemnizarse el daño *circa rem* en el bien objeto de prestación; por ejemplo, se destruye la cosa debida y se pregunta si el deudor ha de responder por ello. Resulta que el daño *circa rem* es sin duda alguna y en todo caso previsible, pero puede no ser consecuencia necesaria del incumplimiento. Distintamente ocurre con los daños que se cifran en el interés negativo; como los costes que el acreedor realizó para cumplir (ej. Concretó un préstamo) y que resultan inútiles por el incumplimiento del deudor. Estos costes, que son anteriores al incumplimiento no son enjuiciables bajo el punto de vista de la consecuencia necesaria del incumplimiento, pues va de suyo que no son consecuencias del incumplimiento. Pero la doctrina de la previsibilidad nada tiene que decir, aun cuando se trate de partidas del daño consequential, cuando el problema que se presente haga referencia (dicho impropiaemente) a situaciones de concurrencia causal, por ejemplo, decidir si es indemnizable -con independencia del carácter intrínseco o extrínseco- el daño en los casos de conducta lícita alternativa (esto es, que se hubieran producido igualmente por el hecho del deudor, aunque éste no hubiera actuado ilícitamente).

Al referirse el primer párrafo del artículo 1866 CC. a los daños previstos, no se refiere a los que las partes incluyen de modo expreso en el convenio, porque en tal caso el deudor responde de ellos no porque sea incumplidor de buena o de mala fe, sino simplemente porque las partes atribuyen, de común acuerdo esta responsabilidad al incumplimiento, sin preguntar cuál es su causa o la modalidad del comportamiento del deudor moroso. Significa que lo previsto es

---

58. CARRASCO PERERA, Comentarios XV 1º, 1989, 721.

59. Idem, 722 s.

todo aquello que surge de clara apreciación al momento de celebrar el pacto obligacional. En este sentido, el maestro DÍEZ PICAZO<sup>60</sup> extrae de la previsibilidad la conclusión de que en el momento de la constitución de la obligación hay ya un posible y eventual daño, que al ser desde ese momento previsible, constituye un riesgo incluso aunque el comportamiento del deudor sea diligente (sería el "riesgo normal" o "natural" del mero incumplir) por lo que por circunstancias derivadas de tiempo, lugar, modo y especificidad de la obligación, cualquiera persona pueda suponer como riesgo previsible para el caso de que oportunamente no se realice la prestación, como sería el levantamiento tardío de una cosecha. Con cuya opinión coincide con BIANCA<sup>61</sup>, en el sentido de que previsible es el daño cuyo acaecimiento es probable según un juicio normalmente diligente. Lo que se haya podido prever -sigue diciendo DÍEZ PICAZO- resulta más difícil aun, porque ya no depende de una clara y manifiesta determinación resultante de una observación de la realidad, hecha de modo directo, sino que requiere a posteriori un juicio de valor entre lo captado de esa realidad y lo que se considere como previsible<sup>62</sup>. Sólo así el deudor puede calcular el esfuerzo debido y puede

60. DÍEZ-PICAZO; Fundamentos II, 1996, 588.

61. BIANCA, Massimo C; *Diritto Civile, T. V, La responsabilità*; Giuffrè; Milano; 2001, pág. 157: "Daño previsible es el daño cuyo acaecimiento es probable según un juicio normalmente diligente, no se requiere la específica previsión del daño sino la posibilidad de tal previsión: se trata de un juicio basado sobre criterio objetivo de la normal diligencia. El juicio de previsibilidad del daño está pues formulado sobre concretas circunstancias que parecía o que eran conocidas por el deudor. La previsibilidad concierne ya sea al daño como evento lesivo ya al daño como efecto económico negativo. Previsibilidad del daño económico no quiere decir aun previsibilidad de su preciso monto. Quiere decir sobre todo que el deudor no debe resarcir el daño económico cuyo montante adquiere un volumen extraordinario respecto a la entidad del evento lesivo. También puede verse BIANCA, Massimo C; *Dell inadempimento delle obbligazioni, (Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Branca, Libro Quarto, delle obbligazioni)*, Nicola Zanichelli editore/ Società editrice del foro italiano; Bologna, Roma; 1979, pág. 372 s: Se dice más precisamente, que la extensión del daño en los límites de la previsibilidad corresponde al ámbito de los riesgos del incumplimiento que tácitamente el deudor asume a su cargo a través de la relación obligatoria. Así pues, el significado que tiene actualmente el criterio de previsibilidad del daño debe ser entendido como una idea de carácter fundamental que preside la disciplina de las obligaciones como instrumento para la satisfacción de otros intereses individuales, la idea pues, que el vínculo obligacional importa la asunción de un sacrificio contenido entre los límites de normalidad. Esta idea de normalidad se expresa fundamentalmente -mediante el criterio del buen padre de familia- en la determinación del esfuerzo debido para lograr el cumplimiento; se expresa también, a través del mismo criterio, en la determinación del principio de imputabilidad del incumplimiento; se expresa además, en la misma determinación del contenido de la responsabilidad del deudor, ubicándolo dentro del límite de la previsibilidad del daño que es en efecto, límite de normalidad. Puede decirse que responde al común entendimiento de la obligación la exigencia de proporcionar la sanción de resarcimiento respecto a la lesión de las ventajas que resultan relacionadas a la prestación según un criterio de normalidad. Además, la previsibilidad del daño significa, más precisamente la normal incidencia del incumplimiento sobre la esfera de intereses del acreedor. Se trata sobre todo de un comportamiento que se manifiesta como lesiva intromisión en otras esferas jurídicas. Aparece pues, explicable que tal injerencia -culposa o dolosa- impute a cargo del responsable la integral reparación del daño que con ello se consigue.

62. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, *Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil*, 2ª edic. Madrid, Edersa, 1988, ; CARRASCO PERERA, *Comentarios XV 1º*, 1989, 740; Pothier

igualmente calcular cuál sea el correlativo, que ha de exigir por asumir él el riesgo<sup>63</sup>.

Se reafirma esta opinión, puesto que las circunstancias que plantea el artículo en cuestión relativa a la previsibilidad no se agota en la selección que de entre la cadena de efectos que causalmente se relacionan con la conducta del deudor se hace de aquellos que resulten jurídicamente imputables, pues a pesar de que es posible estimar que determinado daño es consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento del deudor, aún es posible que éste no tenga que responder de aquél, si acaso dicho daño no hubiera sido previsto o previsible al tiempo de constituirse la obligación<sup>64</sup>. No se está haciendo alusión aquí, a la previsibilidad en cuanto al suceso que eventualmente hubiese motivado la infracción obligacional, ni por ende, en relación con unas ganancias que el acreedor hubiese previsto obtener y que a consecuencia del incumplimiento ha resultado imposible (V. artículo 1865), sino en cuanto a la clase o *quantum* de los daños que, en el momento de constituirse la obligación, el deudor pudo razonablemente pensar que se ocasionarían al acreedor en caso de incumplimiento, y que se colocarían a su cargo si ese incumplimiento resultara serle imputable. Siendo de necesidad destacar que tal juicio de previsibilidad es un juicio que es llevado a cabo "*ex ante*", al momento de dar vida a la obligación, y no al momento de verificarse el incumplimiento.

Y es que esto tiene una explicación desde el punto de vista jurídico-económico, que según PANTALEÓN<sup>65</sup>, no es otra que el hecho de la celebración de un contrato se sustenta en una expectativa de costes-beneficios que de alguna manera cada una de las partes tiene, siendo uno de los costes que se deben tener en cuenta, el que es relativo al riesgo de que tenga lugar una serie de daños como resultado de un eventual incumplimiento. Por ello es que como ha dicho Díez PICAZO<sup>66</sup> la información resulta de vital importancia porque pudiendo el deudor prever que asumirá un nivel de riesgos que supera al nivel ordinario, estará también en disposición de acomodar proporcionalmente el monto de su

---

hablaba de "asumir" o "someterse" al riesgo. Y en la doctrina Clásica francesa, se veía esto como la existencia de una convención tácita, que se perfeccionaba al tiempo de contratar, por cuya virtud el deudor consiente en indemnizar determinados daños, y el deudor no podía obligarse más que al daño que podía prever al tiempo de contratar. V. Demolombe, Cours de Code Napoleon, XII, Nº. 578 En el mismo sentido véase Díez-PICAZO; Fundamentos II, 1996, 588. Determina que la referencia a la previsibilidad del daño al tiempo de constituirse la obligación, no es otra cosa que el uso de un concepto de riesgo, por la cual el deudor responde aunque su comportamiento sea diligente; así, se vería el deudor exento de la reparación del daño, el caso de la exterioridad y la inevitabilidad del acontecimiento dañoso (ej. Casus), pero no en cambio, la utilización plena de la diligencia debida, porque se trata en puridad de una responsabilidad por riesgo.

63. V. TRIMARCHI, Pietro, "Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale" en Rivista di diritto e procedure civile; 1970; pág. 520

64. BERCOVITZ, Comentarios, 2001, 1292.

65. PANTALEÓN, ADC jul-sept. 1991, 1027-1030.

66. V. supra. pág. 33.

contraprestación, o incluso, quizá, desistirá de la celebración del contrato. Así pues, para elaborar el juicio de previsibilidad, el deudor no solamente cuenta con la información suministrada por el acreedor, relativa al interés que éste espera satisfacer con la prestación, sino que además, la contextualización de su prestación puede ser apreciada mejor por el deudor por los usos del sector en el que opere, o más sencillamente por las exigencias de la buena fe, cuestión que nos remite a preguntarnos si la previsibilidad sólo ha de afectar a la causa del daño o también a su cuantía, de forma que el deudor quedase exonerado por un daño de existencia previsible, pero cuya cuantía resultase desproporcionada, por lo que podía suponerse al tiempo de contratar.

Largo ha sido el debate doctrinal al respecto, así, para POTHIER la limitación de la responsabilidad por razón de la cuantía del daño sólo era relevante como presupuesto de un juicio de equidad que quedaba en cualquier caso remitido a la prudencia del juez, "*Por lo que hace a los daños y perjuicios a que viene obligado un deudor por culpa de no haber llenado su obligación, para el caso aquel que no se le pueda reprochar dolo alguno, nos falta observar que, cuando los daños y perjuicios son considerables, no deben tacharse. Y liquidarlos de una manera rigurosa, sino con una cierta moderación*"<sup>67</sup>; por su parte, los comentaristas del Code, opinaron que no era exigible una previsibilidad de la cuantía<sup>68</sup>. En este sentido, dentro de la doctrina italiana, GIORGI<sup>69</sup> defiende la idea de que debe ser previsible igualmente la cuantía del daño. Otros autores como PANTALEÓN, son de la opinión de que se exige únicamente la previsibilidad, en el momento de la celebración del contrato, de las "*causas*" de daño, de los tipos o clases de eventos dañosos de cuya indemnización se trate. Y siguiendo la antes expuesta solución dada por POTHIER, será indemnizable el daño que pertenezca a una clase que al tiempo de contratar, aparezca como previsible consecuencia del incumplimiento y será indemnizable aun cuando la cuantía del mismo sobrepase en mucho la suma que razonablemente pudieron prever las partes al tiempo del contratar, si bien cuando ésta excediese con mucho de lo previsible, el tribunal podrá moderar el *quantum respondatur* al amparo de lo dispuesto en el inciso último del 1862 CC.

CARRASCO PERERA<sup>70</sup>, opina que la previsibilidad de la que aquí tratamos, no es aquella que funda el reproche de culpa, no se refiere al hecho que impidió cumplir, sino a la que permite imputar los daños al deudor culpable. Esto es tan así, que si el artículo en cuestión no existiera, solamente se exigiría la previsibilidad fundamentadora de la culpa y una vez afirmada, se respondería de todo daño-consecuencia, incluso de los imprevisibles, siempre que hubiese una relación de adecuación causal (consecuencia necesaria). Mas debe dejarse claro que esta previsibilidad es la propia de la doctrina de la adecuación causal,

---

67. V. supra pág. .18 s.

68. LAURENT, XVI, núm. 289.

69. GIORGI, Jorge; Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno, trad. de la 7ª edic. italiana por la redacción de la RGLJ, Vol. II; Editorial Reus; Madrid; 1977; pág. 76.

70. CARRASCO PERERA, Comentarios XV 1º, 1989, 740.

porque esta última hace referencia a consecuencia probable-típica o previsible de un suceso dañoso (extracontractual) o de la falta de cumplimiento (en sede de contratos) y así, el juicio de previsibilidad versaría sobre las consecuencias del hecho ilícito, en tanto que en el artículo examinado, es una delimitación de los daños, predicada antes de todo incumplimiento, como resultado de un juicio sobre lo que las partes han entendido obligarse al tiempo de contratar para la eventualidad de la falta de cumplimiento. Ni en el artículo 1866, ni en su fuente que es POTHIER, la previsibilidad constituye un juicio sobre la previsibilidad del incumplimiento, se dice pues que la norma no quiere significar que el deudor sólo responde si pudo prever su incumplimiento.

Se dice que el test de previsibilidad no es idéntico al de consecuencia necesaria, porque este hace referencia a lo que se podría denominar como problema de imputación causal, en tanto que aquél nos ubica frente a una cuestión de "comprensión" de ciertos daños distintos del de prestación. En tal sentido expresaba POTHIER que *"Por lo común se reputa que las partes no han previsto más que los daños y perjuicios que el acreedor, a causa del incumplimiento de la obligación podía sufrir en relación con la cosa misma que ha sido objeto de aquélla, y no los que el incumplimiento de la obligación le ha ocasionado, además, en sus otros bienes"*<sup>71</sup>. Si esto resulta ser así, entonces el deudor no responderá de aquellos daños que no fueron previsible al tiempo de contratar, aunque resulten ser consecuencia necesaria del incumplimiento<sup>72</sup>; algún ejemplo del maestro francés, ya citado antes, puede servirnos de ilustración: la muerte del ganado contagiado puede ser consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento, pero no es previsible, al ser de naturaleza extrínseca. De igual forma que si se trata de un daño previsible al tiempo de contratar, no habrá lugar a responsabilidad por éste si no es consecuencia necesaria del incumplimiento y así, en el caso del fabricante de toneles, especializado en tal actividad, debe resultar previsible la pérdida del vino por la defectuosa fabricación de su industria; no obstante, no constituye consecuencia necesaria del defecto si resulta que el comprador dispuso estos toneles en lugar no acondicionado, de donde se pierde el vino. En suma, al deudor le es lógicamente imputada la previsión de un daño que resulta adecuada a su incumplimiento<sup>73</sup>.

71. V. Supra, pág. 13.

72. En este sentido, expone REALMONTE, Francesco; *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*; Giuffrè; Milano; 1967; pág. 206, que se podría afirmar que la intención de una norma como la que estamos tratando, parece ser dirigida a que no se comprenda dentro del resarcimiento las consecuencias dañosas que no sean realización de un riesgo normalmente vinculado con el incumplimiento. Así, la aplicación de tal criterio limitativo conlleva a la irresarcibilidad de las situaciones dañosas que, incluso habiendo sido causadas por el incumplimiento, todavía no constituyen realización de riesgos conexos con la falta de ejecución de la prestación debida.

73. CARRASCO PERERA, Comentarios XV 1º, 1989,742; BIANCA, *Diritto Civile*, V, 2001; 157.

Finalmente, podría decirse que de conformidad con la doctrina comparada y el Derecho común, existe la posibilidad de que exista un juego no unívoco de previsibilidad del daño, dicese esto porque la noción de "daño previsible" admite una pluralidad de sentidos<sup>74</sup>:

1. Daño previsible lo es sólo el que afecta exclusivamente al objeto de la prestación, quedando fuera el lucro cesante y el daño secuencial.
2. La consideración propia de la doctrina de la adecuación, la cual es referida a las consecuencias posibles de la falta de cumplimiento, sin importar lo que se pudiera haber previsto al tiempo de contratar.
3. En último término una noción de previsibilidad específica del common law y de la mencionada Convención de la ONU de 1980, situando el juicio de previsibilidad en el período de perfección del contrato, pero referido a las consecuencias probables de la falta de cumplimiento.

### 5.2. Consecuencia necesaria del incumplimiento

Según la interpretación que se puede hacer, parece no tener acogida dentro del sistema del código la restricción de la consecuencia necesaria. Y es que en esto, sigue fiel al postulado de tradición romanista de gravar al deudor de cosa cierta con la pérdida de la misma en las hipótesis de *casus mixtus*. Así, si el deudor de una cosa cierta ha caído en mora, responde de la pérdida, aunque ésta se deba a caso fortuito, incluso por fortuito absolutamente excepcional (v. Arto. 1847 in fine)<sup>75</sup>, sin tener límite en la doctrina de la causación adecuada, por ejemplo, la remisión que el deudor hace de la cosa debida habiendo caído en mora, será ocasión de indemnización si el transporte que lleva la carga debida es asaltado por bandidos y en consecuencia se pierde<sup>76</sup>.

La doctrina antes mencionada es aplicable, con excepción de los casos de mora, para los de *casus mixtus* originados por el uso ilegal de un bien debido, casos en los cuales el deudor responde de la pérdida, aunque en ello intervenga caso fortuito (art. 1744 del CC. español<sup>77</sup>), y que en

---

74. CARRASCO PERERA, Comentarios XV 1º, 1989, 720

75. "...Si el obligado se constituye en mora, o se halla comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas diversas, serán de su cuenta los casos fortuitos hasta que se realice la entrega".

76. CARRASCO PERERA, Comentarios XV 1º, 1989, 725.

77. " Si el comodatario destina la cosa a un uso distinto de aquel para que se prestó, o la conserva en su poder por más tiempo del convenido, será responsable de su pérdida, aunque ésta sobrevenga por caso fortuito".

nuestro Derecho también se repite, al menos es la interpretación que podemos hacer de la oscura y enrevesada redacción del artículo 3430<sup>76</sup> en el cual el uso distinto para el cual la cosa sirve normalmente o bien el uso que se prolonga más allá del tiempo establecido en el contrato, da lugar a la responsabilidad incluso hasta en el caso fortuito y la fuerza mayor, regla del sistema latino que como es normal encuentra su antecedente histórico en el Derecho Común y que se perfila ya en el supuesto del inquilino que actuaba contra *conventionem* utilizando el local arrendado para negocio<sup>79</sup>.

## 6. El Deudor de mala fe (doloso)

Es este aspecto el centro del segundo párrafo del artículo en estudio, su fuerza vinculante constituye una agravación o ampliación de las consecuencias que del incumplimiento se derivan, para los casos en que ese incumplimiento esté impregnado de mala fe, de dolo en el vocabulario textual, lo cual se verifica a través de la prohibición de que a efectos de determinar el alcance de su responsabilidad por daños, el deudor en cuyo incumplimiento de la obligación ha intervenido dolo pueda beneficiarse de la limitación que de la misma establece el juicio de previsibilidad, así como la regla de imputación de daños asociada a la noción de "consecuencia necesaria"<sup>80</sup>. Este distinto tratamiento que establece la norma en el caso del incumplidor representa el tan antiguo desfavor hacia la manifestación del dolo en una relación jurídica; pero tal desfavor, concretado, como se dijo, en la inaplicabilidad del límite del daño previsible parece tener explicación, sobre todo, a través del hecho que el dolo excluye el fundamento del límite en cuanto excluye la exigencia misma de un equilibrio entre la sanción del resarcimiento y la normal utilidad de la prestación, exigencia que a su vez encuentra su razón en que el dolo convierte el incumplimiento en un querido instrumento de daño y torna así irrelevante la consideración de la prestación debida como instrumento de interés del acreedor. Prevalece pues la exigencia de una más completa tutela de quien sufre el daño a través de una más extensa reparación del daño<sup>81</sup>.

---

78. "El comodatario no responde de los casos fortuitos, o de fuerza mayor, con tal que estos accidentes no hayan sido precedidos de alguna culpa suya, sin la cual el daño en la cosa no hubiere tendido lugar, o si la cosa prestada no ha perecido por caso fortuito o fuerza mayor, sino porque la empleó en otro uso, o porque la empleó por un tiempo más largo que el designado en el contrato..."

79. Vide supra, pág. 20.

80. BERCOVITZ, Comentarios, 2001, 1293.

81. BIANCA, Dell'inadempimento delle obbligazioni, 1979, 374 s.

Resulta importante hacer aquí referencia, aunque sea someramente, a lo que constituye "dolo", concepto sin el cual, este apartado carece de sentido y armonía, y lo haremos acudiendo a una muy atinada interpretación hecha por el Tribunal Supremo español en dos sentencias: "*el dolo civil, a diferencia del penal, no se basa exclusivamente en la intención de dañar, sino que equivale a mala fe, para cuya existencia no hace falta esa intención, configurándose como la infracción consciente y voluntaria de un deber jurídico, que da lugar a la producción de un daño mediando entre ambos una relación de causalidad necesaria y prevista*"(STS 1ª 9-II-1962) "*Para que exista esa mala fe no se precisa intención de dañar, bastando infringir de modo voluntario el deber jurídico que pesa sobre el deudor, con la conciencia de que con su conducta realiza un acto ilícito...*"(STS 1ª 31-I- 1968, matizada por la STS 4ª 23-V-1983.)<sup>82</sup>.

En tal línea argumental se muestra la doctrina y así resulta que el contenido del párrafo segundo de nuestro 1866, encuentra sentido cuando se trate de un dolo que abarque en su comprensión, un propósito malicioso, dañar al acreedor. Éste es el típico dolo extracontractual y es que precisamente aquí, el propósito que determina el dolo no es más que el propósito de daño, puesto que es el daño, y no el incumplimiento, el que da lugar a la existencia de la relación jurídica que surge entre el acreedor y el deudor. Se dice, así, que, el dolo contractual no atiende a estos fines, no es un propósito de daño, sino mayormente, una voluntad de incumplir fundada en razones estratégicas de la economía del propio deudor: simplemente, que le resulta más barato no cumplir<sup>83</sup>.

No obstante que la norma en estudio tiene su antecedente en la doctrina de MOLINEO, DOMAT Y POTHIER, en opinión de quienes el deudor de mala fe no puede ampararse en la restricción del daño previsible, ésta se interpreta clásicamente cuando se dice que al deudor que incumple por dolo, también se le hace responsable de los daños ocasionados en otros bienes o negocios del acreedor distintos del que constituye el objeto de la prestación debida. Así, la óptica desde la cual se ve el daño, cambia respecto del párrafo primero, ya no es desde el momento de la celebración del contrato, sino *ex post facto*, cuando se ha producido el incumplimiento dolosamente, para así, ver de manera retrospectiva

82. Ambas referencias en DE ÁNGEL YAGÜEZ, Comentario del Código Civil, II, 1991, 60. En el seno de la doctrina italiana, se sostiene que el dolo de quien incumple encuentra su ubicación dentro de la teoría general de la culpa intencional. El dolo entendido de tal forma tiene como características la voluntariedad del incumplidor y la consciencia de la ilicitud de su actitud además de la consciencia del daño. Así, la relación dolosa se proyecta a través del concurso de la voluntariedad del incumplimiento, entendida más propiamente como libre determinación del sujeto respecto del comportamiento lesivo del crédito, de la consciencia de estar violando la relación obligatoria de ocasionar un daño injusto.: BIANCA, Dell'inadempimento delle obbligazioni, 1979, 375.

83. CARRASCO PERERA, Comentarios XV 1º, 1969, 750.

cuáles son los daños que se vinculan causalmente al incumplimiento y es así que el citado párrafo segundo del 1866, desborda el criterio de las fuentes, porque para dichos autores el deudor de mala fe no responde de las consecuencias de su incumplimiento que puedan considerarse como "remotas", como parece poder derivarse del tenor del párrafo en cuestión. Lo cual nos conduce al campo de la relación de causalidad o en otras palabras, de la imputación objetiva, desde cuya perspectiva se aprecia la necesidad de adoptar límites razonables a lo que de otra forma conduciría a consecuencias que estarían fuera de toda lógica por su desproporción<sup>84</sup>. Ya lo exponía POTHIER<sup>85</sup>, que no debía hacerse responsable al deudor de una cadena de acontecimientos dañosos que partiendo del incumplimiento llegase al infinito, así, en el ejemplo del animal enfermo que es vendido y contagia a los demás animales del comprador, además de la muerte misma del animal vendido, si el vendedor conocía el defecto del animal, responderá por la muerte causada por el contagio del resto del ganado, pero no responde de que a consecuencia de ello sus tierras han quedado incultas ni de la insolvencia que ello genera<sup>86</sup>.

Si como se ha dicho, no se pone coto a una obligación de resarcir daños generados *ad infinitum* a partir del doloso incumplimiento del deudor, entonces éste se vería constreñido a la reparación de la totalidad de las consecuencias en las que su incumplimiento constituya *condicio sine qua non*. Previsibilidad y "consecuencia necesaria", como elementos moderadores de la extensión del resarcimiento quedan excluidos y lo que se genera es una situación que dependiendo de los casos, podría provocar la ruina absoluta en el patrimonio del deudor, con lo cual se torna severísima la solución planteada según la literalidad del apartado en estudio.

No obstante, al parecer algunos ordenamientos siguen tan rigurosa solución, como por ejemplo el Derecho italiano y francés, según cuyas reglas, en este caso, se hace responder al deudor doloso tal y como si se tratase de un deudor aquiliano<sup>87</sup>.

En cuanto al posible significado que dentro del cuerpo normativo adquiere el adverbio "conocidamente", se ha dicho en el campo doctrinal español, que da

84. PANTALEÓN PRIETO, A. Fernando; Del concepto de daño. Hacia una teoría general del Derecho de daños, t. I; 1981 (tesis doctoral inédita); pág. 447.

85. V. supra pág. 20

86. DE ÁNGEL YAGÜEZ, Comentario del Código Civil, II, 1991, 60; CARRASCO PERERA, Comentarios XV 1º, 1989, 748; V. tamb. QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA; Código Civil, Redactado por D. Pascual Marín Pérez, T. XX, 2ª edic.; Instituto editorial Reus; Madrid, 1957; pág. 689.

87. CARRASCO PERERA, Comentarios XV 1º, 1989, 749.

pie a muchas interpretaciones, pero la mayor objeción está con relación a la dificultad que importa para determinar hasta dónde llegan los daños y perjuicios que se derivan del incumplimiento de una obligación, puesto que visto así, los unos dan lugar a los otros, eslabonándose en una interminable cadena, por lo cual: o "consecuencia necesaria" resulta equivalente a daño *circa rem*, en tanto que "conocidamente" significaría lo mismo que el daño directo e inmediato del Code; o "conocidamente" tan solo excluye el requisito de la previsibilidad y no el de la necesidad de la consecuencia<sup>88</sup>.

Como consecuencia de estos argumentos la mejor y más reciente doctrina ha estado de acuerdo en que debe ser corregida la interpretación literal del párrafo en cuestión y aceptarse que también al deudor doloso le son aplicables, al menos, los criterios de imputación, que permiten seleccionar sólo aquellas consecuencias dañosas necesariamente conectadas con su falta de cumplimiento<sup>89</sup>. Ya que como expone acertadamente PANTALEÓN<sup>90</sup>, a través de la fórmula utilizada en este precepto, lo que se debe entender es que se excluye para este deudor el límite de la previsibilidad, pero no el de la "necesidad" de las consecuencias. Necesidad entendida en el sentido de las consecuencias "inmediatas o directas" del sistema latino.

## 7. La posición del acreedor

Como último punto de este intento de incursión al tema de la extensión del resarcimiento del daño, nos ha parecido importante hacer referencia a la figura del acreedor. En tal sentido se dice que de manera general, y por así resultar de lógica y justicia, una de las alegaciones a la negación de extender la reparación del daño a los que constituyen una clase de "secuenciales", es que se presume en la persona del acreedor un deber de "mitigar su daño" que eventualmente podría sufrir, de procurarse una forma alternativa de satisfacer su interés, como en el ejemplo del D. 19,1,21,3<sup>91</sup>, en el que el dueño de los esclavos pudo haber no dejado morir de hambre a estos, si hubiera contratado el suministro con otro vendedor.

Pero por no ser aquí el lugar para extendernos en este tema, que a los efectos que nos ocupa resulta meramente accesorio, se pueden resumir las posibles conductas exigibles del acreedor<sup>92</sup>:

88. COSSÍO; Alfonso de; "Las causalidad en la responsabilidad civil: estudio del Derecho español; en ADC, jul-sept. 1966, pág. 539; QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA; Código Civil, XX, 1957, 689 s.

89. DíEZ-PICAZO; Fundamentos II, 1996, 690.

90. PANTALEÓN, Del concepto de daños, I, 1981, 448.

91. V. supra. pág. 4.

92. CARRASCO PERERA, Comentarios XV 1º, 1989, 734-739.

- Todo acreedor debe mantener una conducta económica, de manera que le resulte menos gravoso el incumplimiento imputable a su contratante.
- El acreedor carga con el daño que se produce como consecuencia necesaria de su conducta.
- Supuesto que el acreedor no haya concurrido de alguna manera a la producción del suceso dañoso, sobre el mismo pesa la carga de tomar las medidas razonables para aminorar la repercusión del daño.
- Todo acreedor que actúa en el Derecho de contratos con perspectivas al mercado (que no sea un consumidor) debe aminorar el coste de su daño buscando en cobertura un bien que sustituya a la prestación fallida.
- El acreedor ha de optar por la alternativa más económica a la hora de costear la amortiguación o supresión del daño, corriendo a su cargo el riesgo de una decisión más cara.
- El acreedor no puede especular con su daño. Esta idea puede resultar de importancia cuando se trate del ejercicio de una facultad resolutoria.
- El acreedor podría, por ejemplo, hacerse cargo de una cosa defectuosa y esperar a resolver en el momento en que cae el precio de mercado del bien.
- El acreedor no puede empeñarse en cumplir (si se trata de contrato sinalagmático) cuando el deudor ha advertido inequívocamente que no cumplirá la obligación que está a su cargo.
- Si el acreedor opta por cargar con los costes precisos para cumplir en cada caso y estos costes encarecen el daño, no son repercutibles al deudor. V.gr. si el comprador advierte al vendedor que no puede hacerse cargo de la mercancía, este vendedor adoptará una conducta antieconómica si, a pesar de ello, realiza los costes de remisión de la mercancía.
- Según los usos del comercio en cada caso vigente, el acreedor está "obligado" a aceptar una oferta razonable del deudor que no está en condiciones de cumplir en la forma convenida. Como se observa estamos en presencia de una típica hipótesis de ruptura del principio de imputación objetiva, en concreto la del deber del acreedor de no agravar el daño o contribuir a su disminución"<sup>93</sup>

---

93. DE ÁNGEL YAGÜEZ, Comentario del Código Civil, II, 1991, 60.

Bibliografía

ALBÁCAR, José Luis/ SANTOS BRIZ, Jaime; *Código civil doctrina y jurisprudencia*, T. IV; Trivium; Madrid; 1991.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo; "Comentario al artículo 1107", en *Comentario del Código Civil*, tomo II, dirigido por Paz-Ares Rodríguez Cándido, Díez- Picazo y Ponce de León Luis, Bercovitz Rodrigo y Coderch Pablo Salvador. Madrid, Secretaría General Técnica, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, 1991.

BADOSA COLL, Ferrán; *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*; Publicaciones del Real Colegio de España; Bolonia; 1987.

BARTOLI A SAXOFERRATO; *Omnium Iuris Interpretatum Antesignani*, Commentaria, cum elenchis rubricarum, legum, et paragraphorum, Tomus octavus, in secundam atque tertiam Codicis Parte; Venetiis; MDCXV.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord); *Comentarios al Código Civil*; Aranzadi; Pamplona; 2001.

BIANCA, Massimo C; Dell inadempimento delle obbligazioni, (*Commentario del Codice Civile* a cura di Scialoja e Branca, Libro Quarto, delle obbligazioni), Nicola Zanichelli editore/ Società editrice del foro italiano; Bolonia, Roma; 1979.

BIANCA, Massimo C; *Diritto Civile*, T. V, La responsabilità; Giuffrè; Milano; 2001.

BONASI BENUCCI, Eduardo; *La responsabilidad Civil*; trad. de Juan V. Fuentes Lojo y José Peré Raluy; José M<sup>a</sup>. Bosch editor; Barcelona; 1958.

CARRASCO PERERA, Angel; "Comentario al artículo 1107 del Código Civil" en *Comentarios Al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, tomo XV, vol. 1º, artículos 1088 a 1124; Edersa; Madrid; 1989.

COSSÍO, Alfonso de; "Las causalidad en la responsabilidad civil: estudio d e l Derecho español; en *ADC*, jul-sept. 1966.

CRISTÓBAL MONTES, Ángel; *El incumplimiento de las obligaciones*; Tecnos; Madrid; 1989.

IACOBI CVIACII; Ic. Praestantissimi operum priorum quae de iure fecit; Tomus secundus seu paratitla in lib. IX Codicis Iustiniani; Impensis societatis typographicae librorum officif ecclefiastici, iuffu Regis confitutae; Lutetia Parisiorum; MDCLVIII (en Jacobus Cuiacius, *opera omnia* in decem tomos distributa; Nachdruck keip verlag; Goldbach; 1996).

*CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO*, a doble texto, traducido al castellano del latino por D. Ildefonso L. García del Corral; primera parte, Instituta-Digesto; Barcelona; 1889 (edición facsimilar por editorial Lex Nova, Valladolid; 1988).

*CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO*, a doble texto, traducido al castellano del latino por D. Ildefonso L. García del Corral; segunda parte, Código; Barcelona; 1895 (edición facsimilar por editorial Lex Nova, Valladolid; 1988)

DE CUPIS, Adriano; *El daño*, teoría general de la responsabilidad Civil; trad. de la 2ª edic. italiana por Ángel Martínez Sarrión; Bosch; Barcelona; 1975.

DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis/ GULLÓN, Antonio; *Sistema d e Derecho Civil*, Vol II, 9ª edición; Tecnos; Madrid; 2001.

DÍEZ-PICAZO; Luis; *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*; volumen II, Las relaciones obligatorias; 5ª edic. Civitas; Madrid; 1996.

HUGONIS DONELLI; Opera omnia, Tomus nonus et *commentariorum in Codicem Iustiniani*, Volumen tertium; Lucae; MDCCLXVI (reproducción del original; Keip Verlag; 1997).

GIORGI, Jorge; *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, trad. de la 7ª edic. italiana por la redacción de la RGLJ, Vol. II; Editorial Reus; Madrid; 1977.

JORDANO FRAGA, Francisco; *La responsabilidad contractual*; Civitas; Madrid; 1987.

*LAS SIETE PARTIDAS*, del Rey Alfonso X, glosadas por el Licenciado Gregorio López, III-IV; Andrea Deporto Nariis; Salamanca; 1555 (reimpresión B.O.E; 1974).

MANRESA Y NAVARRO, José Mª; *Comentarios al Código Civil español*, T. VIII, Vol. I, 6ª edic. Reus; Madrid; 1967.

PANTALEÓN, Fernando; "El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)" en, *ADC* jul-sept. 1991.

- "Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación", en *Centenario del Código Civil*; editorial Centro de Estudios Ramón Areces; Madrid; 1990.
- *Del concepto de daño*. Hacia una teoría general del Derecho de daños, t. I; 1981 (tesis doctoral inédita).

POTHIER, Robert Joseph; *Tratado de las obligaciones*; trad. de M. C. de las Cuevas; Heliasta; Buenos Aires; 1978.

QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA; *Código Civil*, Redactado por D. Pascual Marín Pérez, T. XX, 2ª edic.; Instituto editorial Reus; Madrid; 1957.

REALMONTE, Francesco; *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*; Giuffrè; Milano; 1967.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, *Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil*, 2ª edic. Madrid, Edersa, 1988.