



Capítulo 19

Editores

DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL

COLOQUIO DE IUSPRIVATISTAS DE ROMA Y AMÉRICA
CUARTA REUNIÓN DE TRABAJO



**FONDO
EDITORIAL**

PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

De las obligaciones en general
Coloquio de iusprivatistas de Roma y América
Cuarta reunión de trabajo

Rómulo Morales Hervias y Giovanni F. Priori Posada, editores

© Rómulo Morales Hervias y Giovanni F. Priori Posada, editores, 2012

De esta edición:

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/publicaciones

Diseño, diagramación, corrección de estilo y cuidado de la edición:

Fondo Editorial PUCP

Primera edición: diciembre de 2012

Tiraje: 500 ejemplares

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente,
sin permiso expreso de los editores.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2012-15834

ISBN: 978-612-4146-24-4

Registro del Proyecto Editorial: 31501361200977

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

OBSERVACIONES A LA PROPUESTA DE ARTICULADO
SOBRE EL DAÑO Y SU REPARACIÓN PRESENTADA
POR EL PROFESOR ORDOQUI CASTILLA

Milagros Koteich

Universidad Externado de Colombia

En general, dos importantes rasgos parecen dominar la presentación sobre el *daño contractual y su reparación* realizada por Gustavo Ordoqui Castilla, constituidos, uno, por aquella idea concebida por los *veteres* de la *perpetuatio obligationis*¹ (aunque no se mencione expresamente como tal), y el otro, el de la justicia del carácter previsible que debe distinguir al daño contractual para que sea indemnizable (en caso de no haber mediado dolo, naturalmente).

En relación con este último punto, la previsibilidad es presentada desde diferentes perspectivas. En primer lugar, se plantea como elemento diferencial entre la evaluación del daño contractual y la evaluación del daño extracontractual. Como se sabe, si no ha mediado dolo, el único daño indemnizable en materia contractual es el previsto o que resultaba al menos previsible en el momento de la celebración del contrato; mientras que en materia extracontractual se resarcen *siempre* todos los daños (los previstos, los imprevistos, los previsibles y los imprevisibles), independientemente de que se haya actuado con dolo o con culpa, lo que para algunos introduce una diversidad de tratamiento que choca con el principio de la reparación integral, en virtud de que la *extensión del daño indemnizable* no pareciera ser la misma en los dos casos. En realidad, tal aseveración pierde de vista —como lo señala Ordoqui Castilla— que este principio alude no a un concepto cualquiera de *integralidad* sino exclusivamente a una *integralidad de carácter jurídico*, en el sentido de que dicho carácter no anula ni podría anular la directriz de política legislativa de acuerdo con la cual es al legislador a quien compete apreciar los

¹ D. 45,1,91,3-6. También D. 45,1,23, que expresa la idea de la *perpetuatio obligationis*, cuando señala que el deudor no se libera en los casos de las obligaciones de dar en los que la imposibilidad sobrevinida sea a él atribuible.

intereses en juego y determinar, en consecuencia, el *diseño normativo*² del derecho de daños (o, en otros términos, es al legislador a quien le corresponde delimitar *legalmente* la responsabilidad) (Hinestrosa, 2002, p. 91); facultad esta que, por supuesto, no puede ejercerse en forma inopinada o caprichosa.

Particularmente, en lo que se refiere a la limitación en estudio impuesta por el legislador —la previsibilidad del daño contractual indemnizable—, encontramos que esta se encuentra en perfecta consonancia, por un lado, con los dictados de nuestra tradición jurídica y, por el otro, con los postulados de la justicia contractual³, pues, en efecto, la regla en cuestión se remonta al propio derecho romano (D. 19,2,19,1, Ulpiano; *Comentarios al Edicto, libro XXXII* —en materia de arrendamiento—, y D. 19,1,21,3, Paulo; *Comentarios al Edicto, libro XXIII* —en materia de compraventa—)⁴, del cual luego pasó al *Code Civil* francés (artículos 1150 y 1151), al *Codice Civile* italiano (artículo 1225), al Código Civil español (artículo 1107), al chileno (artículo 1558), al colombiano (artículo 1616) y al uruguayo (1346); entre otros textos, como la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías (artículo 74) y los principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales (artículo 7.4.4).

Adicionalmente, si bien es cierto que en todo proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración del daño debe atender al principio de reparación integral, también lo es que dicho principio no se encuentra aislado dentro del ordenamiento; por consiguiente, debe interpretarse en forma sistemática y atemperada con los demás principios que rigen la materia, entre los cuales se encuentra la equidad. Por tanto, resulta lógico pensar que el legislador, precisamente por razones de equidad, limite la indemnización a *ciertos* perjuicios, en nuestro caso, únicamente a los previstos o previsibles (Navia, 2007); es decir, a aquellos daños cuyo *pronóstico de verificación* le habrían permitido al deudor —en el momento de la celebración del negocio jurídico— adquirir, por ejemplo, un seguro para ampararse de tales *riesgos*.

Y es que en efecto, en el mundo jurídico, el contrato constituye el «acto de previsión por excelencia» (Lecuyer, 2010), por medio del cual los sujetos, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, se proyectan hacia el futuro, adquieren

² Sentencia C-916, Corte Constitucional colombiana, Sala Plena, 29 de octubre de 2002.

³ En este sentido, Pothier sostiene que la limitación bajo análisis se fundamenta en un principio basado en «la razón y equidad natural» (1978, p. 97).

⁴ En materia de arrendamiento, véase D. 19,2,19,1, Ulpiano; *Comentarios al Edicto, libro XXXII*, que refiere la hipótesis frente a la cual el arrendador que da en arriendo un lugar con malas hierbas, por cuyo consumo mueren los animales del arrendatario, pierde el derecho a percibir la renta, pero si conocía el defecto y lo calló, se hace responsable además de la muerte de los animales. En materia de compraventa, véase D. 19,1,21,3, Paulo; *Comentarios al Edicto, libro XXIII*.

compromisos y, con la *normal previsibilidad*, anticipan o al menos *pueden* anticipar los *riesgos* que podrán derivarse de un eventual incumplimiento.

De este modo, con el objeto de lograr que la obligación primaria adquirida (la *prestación*) y la eventual obligación resarcitoria guarden *relación de correspondencia* entre lo presupuestado y lo que se deberá resarcir, se establece que las consecuencias que debe soportar el deudor que incumple deben restringirse únicamente a aquellas que podían ser *razonablemente previstas* al tiempo de la celebración del negocio jurídico; claro, siempre que no haya mediado dolo en el incumplimiento (Giardina, 1993, p. 155)⁵, pues en este último caso, como es apenas lógico, las consecuencias deberán ser más gravosas, lo que significa, dicho sea de paso, que aquí no se requiere de esa *correspondencia entre obligación primaria y obligación resarcitoria*, en virtud de que, en realidad, lo que surge en esta hipótesis es una *obligación heterogénea al contrato*, que excluye cualquier limitación de los daños resarcibles. Basta aquí —como ocurre en la responsabilidad extracontractual— con que tales daños sean *directos e inmediatos*.

Ordoqui Castilla también aborda en su relación la discusión acerca de la naturaleza que tiene la indemnización (más amplia) de los daños contractuales cuando el incumplimiento ha sido doloso.

En efecto, otra polémica que desata la discriminación de los daños contractuales indemnizables que se realiza de acuerdo con que haya habido solo culpa o más bien dolo, es que —se sostiene— con ello se estaría, en la hipótesis de un incumplimiento doloso, castigando el comportamiento del deudor antes que atendiendo al acreedor o víctima, que es el cometido primordial —se predica— de la responsabilidad civil⁶.

⁵ En el mismo sentido, Yzquierdo, evocando a Mazeaud y Tunc, afirma que esta regla «no se explica sino por motivos propios de los contratos; los contratantes se han obligado voluntariamente el uno hacia el otro; han previsto o han podido prever en ese momento la extensión de sus obligaciones al caso en que incumplieran; por tanto, se comprende que el incumplimiento, de no ser intencional, no puede llevarlos más lejos» (1993, p. 279). También Pothier: «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, y no más allá: dicho se está, pues, que cuando esos daños y perjuicios suben a una suma excesiva, a la cual el deudor jamás ha podido pensar que pudieran subir, deben reducirse y moderarse a la suma a la que se puede racionalmente pensar que podrían subir como máximo, pues ha de reputarse el deudor como habiéndose obligado a más» (1978, p. 96).

⁶ Naturalmente, con dolo o sin él, los únicos daños indemnizables son aquellos que se encuentran en *relación causal* con el incumplimiento del contrato, pues constituyen esos dos momentos dentro del juicio de responsabilidad contractual que deben distinguirse, uno, el del establecimiento del nexo

Pues bien, es por todos sabido que desde que el *derecho penal* y el *derecho civil* se encuentran netamente separados (es decir, desde que se distingue claramente entre *pena* y *resarcimiento*), corresponde privativamente al derecho penal castigar al deudor o agente. Sin embargo, «por más que se encarece y repite que la responsabilidad civil tiene un alcance exclusivamente resarcitorio» (Hinestrosa, 2000, p. 21), la sospecha acerca de una presencia fuerte de la pena privada (típica de los delitos privados romanos) no deja de asomarse en la civilística contemporánea⁷; de la cual se encarece su efecto preventivo y, naturalmente, ejemplarizante sobre la responsabilidad civil, en la medida en que «se ata el daño moral a la descalificación moral de la conducta del “infractor”, y se mira con codicia la figura de los *punitive damages* en el predio vecino del *common law*» (p. 21).

Luego, en segundo término, Ordoqui Castilla plantea el criterio de la previsibilidad como «factor determinante en el establecimiento del *quantum*». Esto es, el criterio de previsibilidad no solo se constituye en un aspecto diferencial entre la indemnización de los daños contractuales y los extracontractuales, sino que funge además como factor determinante en el establecimiento del *quantum* indemnizable.

A continuación, sobre la base del documento *original* (en azul) presentado por Ordoqui Castilla, se harán algunas observaciones y comentarios (encerrados en cuadros) en relación con algunos artículos en particular:

ARTICULADO PROPUESTO PARA UN CÓDIGO DE LOS CONTRATOS PARA AMÉRICA LATINA

Artículo 1. Derecho al resarcimiento

1. En caso de incumplimiento que cause un daño, la parte perjudicada tiene derecho al resarcimiento, bien exclusivamente o en concurrencia con otras medidas afflictivas, salvo que el incumplimiento sea excusable.

No parece conveniente hablar de «medidas afflictivas» en el marco de la responsabilidad civil (contractual), pues, pareciera estarse aludiendo a una suerte de castigo o pena.

de causalidad entre el incumplimiento y el daño, y el otro —sucesivo, y si es que ha habido solo culpa— que se relaciona con la «selección» de los daños previsibles, únicos indemnizables en este campo por las razones ya apuntadas.

⁷ En este sentido, Hinestrosa explica: «El derecho de daños, tiene un origen penalístico o penalista nítido, y aquí en muchos contornos sigue padeciendo esa contaminación, pero tiende a independizarse» (1983, pp. 708-709). El mismo autor: «Quizás por el origen común de las responsabilidades, o mejor, de las reacciones, civil y penal, o probablemente en razón de la propia mentalidad del ser humano, es un hecho la tendencia perseverante a ver de suyo en el daño una *infracción* (crimen, delito, falta, culpa) y en la obligación indemnizatoria una *pena* [...] (2000, p. 21)».

2. El vendedor no perderá el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios aunque ejercite cualquier otra acción conforme a su derecho.
3. Cuando el vendedor ejercite una acción por incumplimiento del contrato, el juez o el árbitro no podrán conceder al comprador ningún plazo de gracia.

Los numerales 2 y 3 hablan específicamente del contrato de compraventa. Nos preguntamos acerca de la conveniencia de regular contratos, en particular, en esta parte general sobre la reparación.

Artículo 2. Requisitos

Los requisitos de la responsabilidad contractual son los siguientes:

1. En caso de incumplimiento, de cumplimiento inexacto o de mora, el deudor está obligado a reparar los daños que, razonablemente, deban considerarse consecuencia de estos hechos.

Se adopta un criterio de razonabilidad (¿causalidad adecuada?) para establecer la causalidad.

2. El deudor se libera de la responsabilidad si demuestra que el incumplimiento, el cumplimiento inexacto o la mora no son atribuibles a su conducta, sino que se deben a una causa (extraña), imprevisible e irresistible, no imputable a él.

No se habla —al menos específicamente— de la prueba de la diligencia y cuidado, lo que podría conducir a pensar que se está planteando una responsabilidad de tipo objetivo.

Es decir, ¿debe el deudor probar siempre, y en todo caso, la causa extraña para exonerarse de responsabilidad?)

3. Si el deudor de una prestación profesional ha actuado, para cumplir con el consentimiento informado de quien ha sufrido el perjuicio (o el de sus parientes, o el de quien se ha encargado de su representación o asistencia legal), en un ámbito en el que la experimentación científica no ha alcanzado todavía resultados consolidados, solo responde por culpa.

Cuando dice solo, ¿cuál criterio de imputación debe entenderse que queda excluido? Es decir, por tratarse de un ámbito en el que la experimentación científica no ha alcanzado todavía resultados consolidados se entiende que la prestación del profesional es menos gravosa, pero ¿respecto de qué?

4. Salvo pacto en otro sentido, el deudor es responsable conforme al numeral 1 de este artículo, incluso si ha recurrido, para el cumplimiento del contrato a auxiliares o terceros, preservando el derecho de repetir, si procede, contra estos últimos.

Interesante novedad: consagración expresa, en calidad de principio general, de la «responsabilidad por el hecho de otro» en materia contractual.

5. Salvo pacto en contra, en caso de incumplimiento, de cumplimiento inexacto o de mora, relativos a un contrato que implique a una pluralidad de deudores, se aplica para la reparación del daño consiguiente el criterio de la solidaridad.

Artículo 3. Función y modalidades de la reparación

El cálculo de la indemnización de daños y perjuicios se hará de forma que se coloque al perjudicado en una posición lo más próxima posible a la que hubiera disfrutado de haberse ejecutado correctamente el contrato actuando sobre las siguientes pautas:

Se reconoce entonces que la reparación integral es apenas un cometido, un principio que debe orientar la reparación.

1. Así, y si es posible, la reparación debe efectuarse mediante el cumplimiento o la restitución en forma específica, completadas, si es necesario, por una indemnización en dinero.

De modo que el orden sería:

1) Cumplimiento o reparación in natura

2) Pago por equivalente

(Con lo que, sin hacer aquí juicio de valor, pareciera privilegiarse la solución alemana sobre la materia, que tiene como primera opción el cumplimiento in natura y, como alternativa, el pago por equivalente).

Si, no obstante, esto no es posible en todo o en parte, o es excesivamente gravoso para el deudor, la reparación debe efectuarse mediante el pago por equivalente de la correspondiente cantidad de dinero, atendiendo el interés del acreedor si este lo reclama.

2. En particular, si no se ha dispuesto otra cosa en alguna norma de este Código o si la situación concreta no exige necesariamente una solución diferente, la

reparación debe estar en condiciones de procurar al acreedor, o en los casos previstos, a un tercero:

- a) La satisfacción de su interés (positivo) en caso de que el contrato fuera puntual y exactamente cumplido. En caso de daño por incumplimiento, cumplimiento inexacto o mora, se tendrá igualmente en cuenta los gastos y costes que el acreedor ha debido afrontar y que habrían sido compensados por su cumplimiento.
 - b) La satisfacción de su interés (negativo) en caso de que el contrato no se hubiera concluido o que la negociación no hubiera tenido lugar, así como en los otros casos, y en particular si el daño proviene de la inexistencia, de la nulidad, de la anulación, de la ineficacia, de la rescisión, de la incompleta perfección del contrato y en casos similares.
3. La cuantía de los daños y perjuicios debe, sin embargo, calcularse considerando los beneficios que el deudor, en relación con el contrato, ha procurado —sin recibir contraprestación alguna— al acreedor, y a los cuales este último no puede ni pretende renunciar.
 4. Quedan a salvo las reglas de este Código que, en supuestos concretos, prevean modalidades particulares para la reparación del daño.
 5. La valoración de los daños se realiza a la fecha de la sentencia.
 6. En la determinación del monto resarcitorio se consideraran tanto las desventajas como las ventajas causadas por el incumplimiento las mismas que se compensarán.

Artículo 4. Daños resarcibles

Los daños y perjuicios debidos al acreedor, a no ser los fijados por la ley o convenidos por las partes, son en general de la pérdida que se ha sufrido y del lucro del que se ha privado.

Daño patrimonial resarcible

1. El daño patrimonial directo resarcible comprende:
 - a) tanto el daño emergente que incluye:
 - pérdidas no pecuniarias

Novedad:

Se incluyen las pérdidas no pecuniarias en la categoría del daño emergente.

Con lo que, dicho sea de paso, se da una abierta aceptación al daño personal o extrapatrimonial contractual (con especial énfasis —como se verá más adelante— en la afectación a la integridad psico-física).

- pérdidas futuras previsibles y probables;
 - b) como el lucro cesante, que el acreedor podría razonablemente esperar, según el curso ordinario de las cosas y teniendo en cuenta las circunstancias particulares y las medidas que haya adoptado.
2. El daño patrimonial indirecto, sufrido por cualquier titular de un derecho de crédito contra la víctima del daño, solo es reparable en caso de fallecimiento o de lesiones graves del perjudicado.

Daño personal resarcible

Se habla aquí de daño personal (como categoría contrapuesta al daño patrimonial); sin embargo, creemos que hay una contradicción, en la medida en que antes se incluyeron las pérdidas no pecuniarias dentro del daño emergente, que fue clasificado, naturalmente, dentro del daño patrimonial.

1. El daño personal es resarcible:
- a) en caso de grave perturbación psíquica de los sentimientos de afección, provocada por lesiones físicas o por atentados al patrimonio moral, incluso de una persona jurídica, o a la memoria de un cónyuge difunto;

Al hablar de patrimonio moral se está reconociendo que lo patrimonial puede también ser moral, y arriba se ha contrapuesto el patrimonio a la persona.

- b) en caso de padecimientos físicos que condicionan sufrimientos corporales, aunque no se acompañen de alteraciones patológicas, orgánicas o funcionales;
 - c) en los daños a la salud y en los demás casos indicados por las disposiciones aplicables.
2. El daño personal indirecto solo es reparable si lo padecen los próximos o el cónyuge de la víctima.

Introduce una limitación en la legitimación activa.

Nos preguntamos si, en resumidas cuentas, lo que se plantea es:

- 1) sufrimiento moral (¿«perturbación psíquica de los sentimientos de afección»?);*
- 2) sufrimiento físico;*
- 3) daño a la salud.*

¿Son estos tres casos categorías de daño personal o apenas una descripción de los supuestos fácticos de los que puede derivar el daño personal resarcible?

En cualquier caso, se recomendaría una redacción más clara.

Daño futuro y la pérdida de una chance

1. El daño futuro es resarcible y cuantificable si existe certeza razonable de que el incumplimiento o el retraso no han agotado su eficacia causal, a menos que el perjudicado se reserve la posibilidad de exigir su reparación, de manera separada, después de que este se haya producido.

El daño futuro se encuentra ya regulado en los dos primeros subtítulos del artículo 4.

Como quiera que sea, en nuestra opinión, el daño futuro (tercer subtítulo) no constituye un tipo de daño como los demás, sino una condición que puede caracterizar a las distintas categorías de perjuicio.

2. Podrá solicitarse también la reparación como consecuencia del daño derivado de la pérdida de una expectativa o chance, en la medida en que se pruebe la probabilidad cierta de esta.

¿Es conveniente regular expresamente el chance? Es decir, ¿está ya la materia suficientemente madura como para recibir consagración legal?

3. El daño eventual, del que se teme que pueda verosímilmente producirse en el futuro, no da lugar a reparación antes de que se haya producido, pero el juez puede adoptar las medidas cautelares.

Artículo 5. Daño previsible

1. La parte incumplidora es responsable solamente del daño previsto, o que razonablemente podría haber previsto y asumido implícitamente, como consecuencia lógica, probable de su incumplimiento, al momento de celebrarse

el contrato, considerando las circunstancias del caso, la buena fe, así como los usos y las costumbres.

Se mantiene entonces —a pesar de los ataques que se le han dirigido—, este importante principio contractual de la previsibilidad del daño resarcible (si no ha mediado dolo).

Ello salvo que el incumplimiento sea deliberado o gravemente negligente, en cuyo caso se deberán aún los daños imprevisibles e indirectos.

Al decir que en caso de dolo o culpa grave se deben indemnizar incluso los daños indirectos, se estaría renunciando al requisito de la relación de causalidad; por lo que, creemos inconveniente la inclusión del daño indirecto dentro del indemnizable.

2. Se responde solo del daño directamente causado a menos que se haya incurrido en culpa grave o dolo.

También la redacción de este numeral 2 pareciera admitir la reparación del daño indirecto (misma crítica que para el numeral 1).

Artículo 6. Negocio de reemplazo

1. Cuando la parte perjudicada ha resuelto el contrato y ha efectuado una operación de reemplazo en tiempo y modo razonables, podrá recobrar la diferencia entre el precio del contrato y el de la operación de reemplazo, así como el resarcimiento por cualquier daño adicional.

El costo de reemplazo o de sustitución es el valor de la prestación más el beneficio esperado por el que adquirió la cosa (valor de reventa o lucro esperado).

2. Si la parte perjudicada ha resuelto el contrato y no ha efectuado una operación de reemplazo, pero hay un precio corriente para la prestación contratada, podrá recuperar la diferencia entre el precio del contrato y el corriente al tiempo de la resolución del contrato, así como el resarcimiento por cualquier daño adicional.
3. Precio corriente es el que generalmente es cobrado por mercaderías entregadas o servicios prestados, en circunstancias semejantes, en el lugar donde el contrato debió haberse cumplido. Si no hubiere precio corriente en ese lugar, se tomará como referencia el de otro lugar que parezca razonable.

Artículo 7. Prueba del daño

Debe probarse la existencia del daño y su cuantificación. Para ello, son admisibles todos los medios de prueba referidos en las normas procesales.

Para valorar el bien o servicio sobre el que se incumplió en la prestación acordada se considerará la cuantía de ellos en el mercado, sin perjuicio de ponderar también la que el bien tenía para el afectado.

Entonces, se considerará el valor objetivo (que brinda el mercado), pero también el subjetivo.

Los daños correspondientes a lesión de derechos personales presumen su existencia pero no su cuantificación.

Cuando la valía de la indemnización de los daños y perjuicios no puede establecerse con suficiente grado de certeza, queda a discreción del tribunal fijar el monto del resarcimiento.

Arbitrium iudicis para el establecimiento de la indemnización por daños a derechos personales.

Artículo 8. Intereses y actualización por retraso

1. Si una parte no paga una suma de dinero cuando es debido, la parte perjudicada tiene derecho a los intereses sobre dicha suma desde el vencimiento de la obligación hasta el momento del pago, sea o no excusable la falta.

Lucro cesante (establecido legalmente) en obligaciones dinerarias.

De la redacción del numeral 1 surge una inquietud: Si hay un retraso en virtud de un caso fortuito, ¿también deberán pagarse intereses?, ¿o se trataría de un retraso excusable frente al cual no se configuraría la mora?

2. El interés será el promedio del tipo de préstamos bancarios a corto plazo, en favor de clientes calificados y predominantes para la moneda de pago, en el lugar donde este ha de ser efectuado. Cuando no exista tal tipo en ese lugar, se aplicará el equivalente en el Estado de la moneda de pago.
3. La parte perjudicada tiene derecho a una indemnización adicional si la falta de pago causa mayores daños, dentro de los que está la actualización de la suma de dinero debida.

La actualización monetaria se encuentra comprendida en lo que la norma llama mayores daños, sin que ella sea su única especie.

Artículo 9. Moneda de pago

El resarcimiento ha de fijarse, según sea más apropiado, bien en la moneda en la cual la obligación dineraria fue expresada o en aquella en la cual el perjuicio fue sufrido.

Artículo 10. Indemnización acordada

1. Cuando el contrato establezca que la parte incumplidora ha de pagar una suma determinada a la parte perjudicada, la segunda tiene derecho a cobrar esa suma sin tener en cuenta el daño efectivamente sufrido.

Aquí se aborda la cláusula penal sin que se le denomine de ese modo (sería interesante conocer las razones por las que se evita llamarla por su nombre).

2. No obstante, a pesar de cualquier pacto en contrario, la suma determinada puede reducirse a un monto razonable cuando fuere notablemente excesiva en relación con el daño ocasionado por el incumplimiento y con las demás circunstancias.

¿Reducción de la cláusula penal incluso de oficio? (por demás, tendencia hoy del derecho italiano)

Artículo 11. Incidencia de la conducta del acreedor

Cuando el daño se deba en parte a un acto u omisión de la parte perjudicada o a otro acontecimiento por el que esa parte asume el riesgo, la cuantía del resarcimiento se reducirá en la medida en que tales factores hayan contribuido al daño, tomando en consideración la conducta de cada una de las partes.

1. Deber de mitigar el daño: la parte incumplidora no es responsable del daño sufrido por la parte perjudicada, en tanto que el daño pudo haber sido reducido si esa parte hubiera adoptado medidas razonables.

Su consagración expresa constituye una interesante novedad (traída del common law), pues, el deber de mitigar el daño ya resulta, o se deduce entre nosotros, del requisito del nexo de causalidad y, también, del deber de buena fe a cargo de las partes.

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

2. Si una acción u omisión del acreedor concurre en la producción del daño, la indemnización se reduce en función de las consecuencias derivadas de aquellas.

Concurrencia de culpas.

3. El hecho de que el deudor no haya sido advertido por el acreedor de riesgos particulares por él conocidos, o que hubiera debido conocer, y que el cumplimiento hubiera comportado (podía suponer), se aprecia conforme al numeral anterior.

Artículo 12. Evaluación equitativa

1. Si la existencia del daño ha sido acreditada o no se discute, pero la determinación de su cuantía concreta es imposible o excepcionalmente difícil, incluso recurriendo a expertos, se admite una evaluación equitativa del perjuicio, que deberá efectuarse sobre la base de pruebas parciales y de elementos fidedignos suministrados por las partes, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto, conforme al método de la presunción, aplicado con un criterio particularmente prudente de probabilidad y verosimilitud.

Novedad: cuando probada la lesión no pueda demostrarse su cuantía o sea en extremo difícil su prueba, procede la liquidación en equidad.

2. Considerando el comportamiento, el interés y las condiciones económicas del acreedor, el juez puede, conforme al principio de equidad, limitar la cuantía de los daños y perjuicios:
 - a) si la reparación integral es desproporcionada y origina para el deudor consecuencias manifiestamente insostenibles, en vista de su situación económica, y siempre que el incumplimiento, el cumplimiento inexacto o la mora no dependan de su mala fe;

Interesante novedad (inspirada quizá en el EGTL), en el sentido de que se propugna para que la responsabilidad civil no introduzca más injusticia de la que pretende resolver.

- b) en caso de culpa leve del deudor, especialmente en los contratos en los que no se ha probado que haya mediado a su favor retribución alguna por la prestación que él debe.

La misma regla aplicaría en caso de culpa leve, siempre que no haya mediado retribución.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Giardina, Francesca (1993). *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*. Milán: Giuffrè.
- Hinestrosa, Fernando (1983). La responsabilidad civil. En *Escritos varios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (Asociación de Antiguos Alumnos).
- Hinestrosa, Fernando (2000). Devenir del derecho de daños. *Roma e America. Diritto romano comune*, 10, 17-36.
- Hinestrosa, Fernando (2002). *Tratado de las obligaciones*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Lecuyer, Herver (2010). El contrato: acto de previsión. *Revista de Derecho Privado*, 18, 37-56.
- Navia Arroyo, Felipe (2007). Constitucionalización y responsabilidad en Colombia. En VV.AA., *Constitucionalización del derecho privado* [Actas del Tercer Congreso Internacional de la Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains] (pp. 495 y ss.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Pothier, Robert Joseph (1978). *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Heliasta.
- Yzquierdo Tolsada, Mariano (1993). *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Vol. I. Madrid: Reus.