



Capítulo 18

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

TRECE REGLAS PARA LA AVALUACIÓN DEL DAÑO CONTRACTUAL

Gustavo Ordoqui Castilla
Universidad Católica del Uruguay

INTRODUCCIÓN

Pensando en la posibilidad de desarrollar un tema que pueda alcanzar trascendencia no solo en sus aspectos teóricos, sino, y especialmente, en su alcance práctico, vino a nuestra mente el título de una de las lecciones de Amézaga que se publicara en su magnífica obra *Culpa contractual* (1949), al referirse a las «Reglas para la liquidación judicial de daños y perjuicios». Pasados más de 50 años del enunciado de estas normas, consideramos que puede resultar de interés realizar un replanteo, atentos a la evolución que en la aplicación de esta se ha producido por obra de la doctrina y jurisprudencia vigentes. Amézaga (1949, p. 265) concretó su análisis en las reglas que surgen expresamente del artículo 1344 al 1347 del Código Civil uruguayo —en adelante, CC—, las cuales, por cierto, también serán nuestro punto de partida. No obstante, en nuestro caso, destacaremos también otras pautas que se utilizan, o que deberían de aplicarse, para avaluar el daño contractual, sobre la base de los dictados de la doctrina y jurisprudencia modernas y siempre dentro de lo pautado en forma genérica por el CC.

En concreto, las reglas presentadas por Amézaga (1949), fueron:

- Primera regla: ponderación de la culpa leve.
- Segunda regla: daños previstos e imprevistos.
- Tercera regla: daños que han sido consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento.
- Cuarta regla: daños liquidados convencionalmente.

No dudamos en sostener que toda la sistemática de la responsabilidad civil está orientada a lograr la determinación y evaluación del daño resarcible, conscientes de que ello constituye el fin principal del hoy llamado *derecho de daños*. En otra ocasión, prestamos especial atención a la evaluación del daño extracontractual (Ordoqui Castilla, 1978, p. 251). Hoy, pasados casi veinticinco años, consideramos de particular interés plantearnos cuáles son las pautas o las reglas que se deben tener presentes para facilitar la labor de determinar y cuantificar el daño contractual.

1. NOCIONES PRELIMINARES: DAÑO RESARCIBLE

Cuando el incumplimiento causa un daño resarcible, la obligación originaria transgredida se transforma y convierte en la obligación de resarcir el daño causado.

El artículo 1551 inciso 1 del CC (1731) es claro al señalar que: «si la cosa cierta y determinada perece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación de este subsiste, pero varía el objeto, el deudor es obligado al precio y a los daños y perjuicios». La obligación de reparar el daño permite al acreedor exigir del deudor una suma de dinero equivalente al valor del perjuicio causado, logrando con ello que se obtengan similares beneficios a los obtenidos si el contrato se hubiera ejecutado conforme a lo acordado por las partes.

Para determinar la evaluación del daño contractual debemos comenzar por considerar qué se entiende por daño contractual resarcible. Así, el daño contractual resarcible es la consecuencia que el incumplimiento de la obligación puede determinar en el patrimonio o en la persona de la parte afectada por tal irregularidad.

Por principio, este daño está marcado por la diferencia de comparar en forma global la situación económica que el comportamiento ordenado del deudor habría proporcionado al acreedor con la situación real en la cual finalmente se encuentra como consecuencia del incumplimiento. Para determinar el daño resarcible es imprescindible contemplar los intereses que el acreedor obtendría o realizaría con el cumplimiento. Así, por ejemplo, si en un contrato de mutuo no se restituye el dinero en el plazo acordado, el daño será el causado al que prestó el dinero por no haber podido disponer de él como fue acordado.

Como se verá, la diferencia que pueda suscitarse entre ambas situaciones no se pondera arbitrariamente, sino que esta debe ocurrir dentro del respeto de ciertas *reglas de evaluación*, algunas de carácter general y otras específicas para cierto tipo de contratos. Como señala Soler Presas (1998, p. 33), el daño resarcible, conforme a la función indemnizatoria que se debe cumplir, es un concepto subjetivo, real y concreto. *Subjetivo*, porque exige ponderar las circunstancias del caso (artículo 1344 del CC de 1604); *real y concreto*, por cuanto deben contemplarse todos y cada uno de los aspectos del daño.

Visintini y Pinori (1999, p. 2), sostienen que la obligación de resarcir supone la existencia de un daño avaluable en términos económicos que comprende la pérdida patrimonial o el sufrimiento moral que padece la víctima porque el deudor no ha satisfecho su derecho de crédito.

Cuando nos referimos al daño resarcible encaramos el perjuicio como consecuencia de la insatisfacción de la prestación debida.

Ahora bien, el daño contractual resarcible no es la lesión al derecho de crédito, ni el incumplimiento en sí, sino la consecuencia de la lesión o del incumplimiento, lo que por cierto, es muy diferente.

De este modo, se debe pasar por dos etapas fundamentales: la primera consiste en determinar la existencia del daño (*an debeatur*) y la segunda, en convertirlo en valor monetario (*quantum debeatur*). Luego, en la primera operación se determina si el daño es imputable al deudor, y si es de existencia cierta y real. Seguidamente, en la segunda, se cuantifica o avalúa, según las circunstancias del caso, una suma de dinero que sea suficiente para neutralizar el perjuicio causado al afectado por la entrega tardía, la no entrega o la entrega defectuosa de la cosa, o por no haberse realizado la obra o el servicio en el tiempo o en las condiciones pactadas. El daño contractual resarcible, al igual que lo que sucede en el ámbito extracontractual, puede presentarse en dos modalidades: como daño emergente y como lucro cesante.

El artículo 1345 del CC (1613) con claridad establece que: «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 de que se ha privado [...]». El daño emergente es el perjuicio consistente en la privación de utilidades o beneficios que formaban parte del patrimonio del perjudicado. El lucro cesante supone el menoscabo de utilidades o beneficios que el acreedor presumiblemente lograría con el cumplimiento de la prestación y que no se logran porque la misma ha sido incumplida. Esta última modalidad de daño contractual resarcible presenta dificultades para su prueba. El lucro cesante no refiere a expectativas inciertas o meras chances de ganar, sino a un lucro cierto, con probabilidades objetivas y reales de haberse obtenido, que se pierde.

Esta distinción conceptual de la existencia de diversas formas de daño resarcible (daño emergente, lucro cesante) no supone un régimen jurídico diverso, sino que permite encarar este perjuicio en sus diversas dimensiones y llegar a reparaciones plenas. El daño resarcible, en definitiva, es uno, pero deben contemplarse sus distintas dimensiones.

Seguidamente, el daño contractual resarcible puede ser no patrimonial o personal cuando la consecuencia del incumplimiento deriva en una afectación a la integridad psicofísica de la persona.

En síntesis, cuando se alude al *daño resarcible* se quiere individualizar el perjuicio valorable en términos económicos, así como presentado en sus diversas modalidades.

Si la esencia del daño contractual está en ponderar diferencias entre costos y beneficios, al considerar las utilidades o beneficios esperados o al sumar ventajas esperadas, debe actuarse con justicia y con un equilibrio realista. Por tanto, se debe estar solo al daño causado por el incumplimiento dentro de lo que es el acontecer normal de hechos esperados.

De este modo, no se pueden exigir beneficios dados por el azar o la suerte pues son daños eventuales e irreales.

El beneficio es la rentabilidad esperada considerando utilidades debidas menos los costos que se hubieren tenido. El cumplimiento de la propia prestación era un costo.

Anotan Fuller y Perdue (1957, p. 7) que en la valoración de daños el derecho tiende a manifestarse no como una ordenación de problemas humanos guiada por un fin, sino como una especie de medición jurídica. *Medimos, valoramos*, decimos cuál fue *la causa* o si fue *lo previsto*. En realidad, aquí hay un verdadero proceso de creación de derecho.

La evaluación de los perjuicios puede determinarse por acuerdo de partes, judicialmente o, en algún caso, por vía legal. Avaluar supone establecer primero si existió responsabilidad (análisis de los elementos estructurales de la responsabilidad contractual). Luego, se debe determinar qué daños existieron con relevancia indemnizable. Finalmente, se fijará el monto o el valor del daño causado.

La evaluación del daño contractual y el extracontractual parte de aspectos comunes, no obstante las peculiaridades que se desatacarán a continuación respecto del contractual. Así, las modalidades de reparación son similares, pues en estos dos sistemas se resarce el daño emergente, el lucro cesante, y tanto daños patrimoniales como personales. Estos se rigen por el principio de la reparación integral y en ambos es necesario individualizar la certeza e imputabilidad del daño causado por conductas ilícitas (incumplimiento y acto ilícito).

Seguidamente, el concepto de *daño resarcible* opera en sendos sistemas y la relación causal, también en los dos, funciona como elemento estructural de la responsabilidad y como factor determinante del monto resarcitorio.

Cierto es que, en los aspectos esenciales, el daño contractual y el extracontractual se avalúan siguiendo pautas similares, pero existen algunos matices que corresponde señalar, como es, por ejemplo, la limitación que realiza el artículo 1346 del CC (1616) del daño contractual resarcible al previsible.

2. REGLAS GENERALES PARA LA AVALUACIÓN DEL DAÑO CONTRACTUAL RESARCIBLE

La delimitación del *quantum respondeatur* o del monto resarcible parte de ciertas reglas que sostienen que, en principio, la reparación de este daño debe ser integral, pero, aunque parezca contradictorio, esta totalidad, que no es más que jurídica, debe contemplarse solo dentro de las limitaciones que ciertas normas imponen al resarcimiento debido.

De este modo, sobre la base de este planteamiento proponemos el análisis de las siguientes reglas:

- Primera regla: «La reparación debe ser plena».
- Segunda regla: «Exclusión de la reparación del daño contractual imprevisible».
- Tercera regla: «Alcanza solo a los daños directos o inmediatos».
- Cuarta regla: «Consideración del concurso de la conducta del acreedor».
- Quinta regla: «El acreedor tiene el deber de mitigar el daño».
- Sexta regla: «El daño contractual sufrido se compensa con el posible lucro».
- Séptima regla: «La valorización debe realizarse en la fecha de la sentencia».
- Octava regla: «Se debe estar a lo acordado por las partes».
- Novena regla: «Debe contemplarse el costo de sustitución como criterio básico de cálculo».
- Décima regla: «Debe aplicarse un criterio de valoración objetivo y subjetivo».
- Décimo primera regla: «El valor del daño contractual es actualizable».
- Décimo segunda regla: «El valor del daño contractual resultante del atraso en el pago de una suma de dinero genera intereses».
- Décimo tercera regla: «La evaluación se debe realizar en ejercicio del poder discrecional del juez y fundada en las circunstancias del caso».

Este enunciado alude solo a las *reglas generales*, es decir, a las previstas para todo daño contractual, lo que no quiere decir que no exista alguna regla particular de evaluación anunciada para casos específicos.

2.1. Primera regla: «La reparación debe ser plena»

2.1.1. *Presentación del tema*

Por principio se señala que la reparación debe ser integral, esto es, equivalente al daño causado; por tanto, se deben reparar todos los daños causados, pero solo estos y no más.

De este modo, la denominada *reparación integral* supone lograr una equivalencia entre el daño y la reparación, y constituye una directiva esencial tanto respecto del daño contractual como del extracontractual (Viney, 1988, p. 57; Savatier, 1951, p. 601; Weill & Terré, 1986, p. 432; Le Tourneau, 1982, p. 345; Chartier, 1983, p. 151).

Lo propio de la responsabilidad civil es restablecer lo más exactamente posible el equilibrio destruido por el daño y retornar al afectado a la situación en la que se encontraba antes del daño.

Visintini (1999, p. 203) presenta al principio de la reparación integral como aquel que habilita a exigir la equivalencia del valor económico recibido por resarcimiento del daño y el perjuicio realmente sufrido. Para Corradi y Pinori (1999, p. 41), con la vigencia del principio de la reparación integral del daño se quiere resaltar el hecho de que al afectado se le deben resarcir todos los daños que se le hubieren causado, y debe con ello ser ubicado en la misma posición en la cual se encontraría de haberse cumplido el contrato. Por su parte, Pinori (1998, p. 5) sostiene que *reparación integral* significa que el afectado sea puesto en la misma situación en la que se hubiera encontrado si el contrato hubiere sido exactamente ejecutado.

En realidad, para esta autora inciden dos principios: el de la reparación integral y el de la limitación del resarcimiento al daño real y objetivamente causado.

El concepto de daño resarcible es esencialmente jurídico y está determinado por la relación causal existente entre el hecho generador del daño y la consecuencia de este, que es el daño propiamente.

Seguidamente, el concepto de reparación integral es, también, esencialmente jurídico y apunta a contemplar solo el daño imputable al causante del incumplimiento, que puede no ser todo el daño sufrido por el deudor. En este contexto, si el daño es causado en parte por un acontecimiento fortuito no imputable al deudor, no se le puede exigir su resarcimiento. Por ello, una cosa es ponderar el daño existente y otra el daño sobre el que se puede exigir resarcimiento, por serle imputable al deudor, dado que la integralidad del resarcimiento que se puede exigir contempla solo el daño imputable al deudor incumplidor.

Ahora bien, desde el punto de vista terminológico, corresponde referirnos a la reparación plena y no tanto a la existencia de una reparación integral.

En el ámbito del derecho internacional privado, el principio general de la reparación integral del daño ha sido consagrado en el artículo 74 del Convenio de Viena, de 1980, sobre compraventa internacional de mercaderías cuando establece que:

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 parte como consecuencia del incumplimiento.

Esa indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiere previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando [*sic*] en cuenta los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento como consecuencia del posible incumplimiento del contrato¹.

En ciertos ordenamientos jurídicos, el principio general de la reparación integral del daño ha tenido consagración expresa. Así, en el párrafo 249 del *Bürgerliches Gesetzbuch* alemán —en adelante, BGB— se dispone: «[q]uien está obligado a resarcir el daño debe restablecer la situación que existiría si no hubiere ocurrido el hecho que obliga al resarcimiento».

2.1.2. Ventajas e inconvenientes del principio de la reparación plena

Como ventajas de este gran principio del derecho reparatorio se afirma que permite una evaluación concreta, en atención a cada caso determinado, así como ajustada a la realidad. Otra ventaja es que en la valoración de cada caso opera la discrecionalidad del juez.

Al respecto, Viney (1988, p. 832) destaca cómo la vigencia de este principio ha permitido el desarrollo o el progreso del derecho indemnizatorio, la cual, en muchos casos, depende del sistema de seguros por responsabilidad civil.

Por otro lado, como inconvenientes se marcan los casos en que es necesario resarcir daños contractuales personales causados con el incumplimiento del contrato, en los cuales no es posible plantear la integralidad o plenitud con seguridad, pues no se actúa sobre valores ciertos.

Seguidamente, en ciertos casos el principio de la reparación plena fue desplazado por la propia ley. Así, en los contratos de transporte aéreo rige el precepto de

¹ Ley 16.879 del 21 de octubre de 1997.

la limitación de los montos resarcibles y lo mismo sucede en los casos de accidentes de trabajo (ley 16.074).

2.1.3. *Doctrina nacional*

Para Gamarra (1977, XVII, p. 18) *resarcir* significa dar al acreedor el equivalente pecuniario que satisfaga su interés, de tal forma que la reparación deje al primero en la misma situación en la cual estaría si se hubiere cumplido con la prestación.

Como puede observarse, no se trata de resarcir el interés negativo (por falta de cumplimiento), sino de reparar el interés positivo (interés en el cumplimiento). El acreedor no debe ser ubicado en la posición anterior como si no hubiere existido el contrato, sino que debe quedar en la situación hipotética de que todas las obligaciones se hubieren cumplido.

De este modo, en la determinación de la entidad del daño por resarcir, por principio, no tendría incidencia, al menos en el plano teórico, la «conducta asumida por el deudor» ni su situación económica» (Gamarra, 1977, XVIII, p. 22). No obstante ello —como vimos—, existen ciertas normas en el CC que ponen en duda este criterio doctrinario.

Conforme a lo establecido en el artículo 1344 del CC (1604), en ciertos casos la extensión de la reparación deberá ser mayor o menor según el grado de culpa. Este criterio es confirmado por los artículos 2065 inciso 2 (2137) y 2251 inciso 2 (2247) del CC en cuanto disponen, por ejemplo, que «la responsabilidad relativa a las culpas se aplica con menos rigor al mandato gratuito que al retribuido».

Dispuesta, por ejemplo, la resolución del contrato por incumplimiento, la eliminación de los efectos del contrato no es suficiente para satisfacer el interés del acreedor. Lesionado el interés positivo a la obtención de los beneficios que le brindaría la realización del programa contractual, puede exigirse las restituciones recíprocas y el resarcimiento de los daños. Con lo primero, se satisface un interés negativo, y con el segundo, se contempla el interés positivo. En el primer caso, se busca el retorno al *statu quo* inicial; con el segundo se garantiza el resarcimiento del perjuicio sufrido (Di Majo, 1997, p. 58).

No pudiéndose efectuar la restitución *in natura* esta se efectuará por un valor equivalente.

2.1.4. *Casos en los cuales la indemnización puede ser inferior al daño realmente sufrido*

En ciertos casos ha sido el propio legislador quien estableció límites resarcitorios por daños generados con el incumplimiento del contrato. Así, por ejemplo, en los casos de accidentes de trabajo, en los cuales se incumplen normas de seguridad

laboral y concluyen en daños para el obrero, salvo que exista culpa grave, los montos resarcibles son los establecidos en nuestro país por el Banco de Seguros del Estado (ley 16.074, artículo 7).

Como veremos, el artículo 1346 del CC (1616) consagra un límite resarcitorio, en cuanto establece que, salvo que haya habido dolo, se resarcen solo los daños contractuales previsibles al tiempo del contrato. En otras palabras, no se resarcen los daños imprevisibles, a menos que se trate de situaciones excepcionales.

Diferente es la situación en el caso de la responsabilidad extracontractual, en la cual se deben resarcir tanto los daños previsibles como los imprevisibles. Existen, además, otros ejemplos de limitaciones en los montos resarcitorios en los casos de contratos de transporte aéreo de personas. En el ámbito contractual pueden existir, asimismo, limitaciones convencionales a través de las denominadas *cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad*, siempre, claro está, que estas cláusulas no estén prohibidas o puedan ser calificadas de abusivas (ley 17.250 de Relaciones de Consumo, artículo 31); o que no refieran a daños causados por lesión a derechos personalísimos o irrenunciables; que no atenten contra el orden público, o que el resarcimiento no responda a un incumplimiento doloso (artículos 1699, 1762 del CC).

De la misma forma, el CC prevé que en el ámbito contractual es posible agravar, limitar o exonerar de responsabilidad contractual. Así, en los artículos 1343 y 1552 del CC (1732) se anuncia que se puede acordar entre las partes que una de ellas asuma las consecuencias del caso fortuito o fuerza mayor.

Por su parte, en el artículo 1347 de este cuerpo normativo se regula la denominada *liquidación anticipada de daños y perjuicios*, pudiendo las partes establecer montos que puedan, según los casos, resultar diferentes al valor del daño realmente causado.

2.1.5. Nuestra opinión

La idea de que la reparación debe ser *íntegra*, a pesar de ser repetida permanentemente por la doctrina, en muchos casos no responde más que a un deseo o esperanza.

En nuestra opinión, señalar que la reparación debe ser plena es un punto al que hay que tender, pero, en todo caso, no es simple llegar a él, máxime cuando se deben evaluar, por ejemplo, daños morales contractuales en los que pretender exactitud de los valores no es posible, pues lo que se repara no tiene cotización en el mercado.

Es así que corresponde tener presente que para pensar en la posibilidad de una reparación plena debemos partir de la existencia de un daño resarcible, esto es,

un daño jurídico que se produce como consecuencia de no haber cumplido el contrato, siendo esta situación jurídica imputable al transgresor. Sin embargo, no siempre el perjuicio puede y debe serle imputado al incumplidor en su totalidad, pues pudieron mediar concausas. Por tanto, no será resarcible el daño si existió causa extraña o se derivó del ejercicio de un derecho (por ejemplo, la excepción de incumplimiento contractual).

En forma un tanto curiosa, en el ámbito del daño contractual, al tiempo que se sostiene que la reparación debe ser integral o plena, lo que se hace en realidad es destacar las pautas que, en definitiva, la limitan. Un ejemplo de ello es el hecho de que es resarcible, en caso de incumplimiento culpable, solo el daño que fue consecuencia directa y previsible a la época del contrato.

Desde nuestro punto de vista, la reparación del daño contractual está orientada a la aplicación del principio de la integralidad o plenitud; del principio de la limitación a contemplar solo el daño real y cierto, y, por último, la valorización del daño puede apoyarse, según los casos, en el valor de la cosa en sí (valor objetivo) o el que la cosa tiene para el sujeto si hay valor afectivo (valor subjetivo).

Así pues, pensamos que este principio está implícito en el artículo 1345 del CC (1613) cuando señala: «los daños y perjuicios debidos al acreedor [...] son en general de la pérdida que ha sufrido y del lucro que se le ha privado [...]».

La jurisprudencia, en forma constante, refiere a este criterio diciendo expresamente que las reparaciones deben ser íntegras, restableciendo el equilibrio alterado por el daño y sin causar un enriquecimiento en la víctima.

En el fondo, en la determinación de la integralidad o plenitud del daño contractual resarcible tiene particular relevancia la discrecionalidad con la que actúa el juez fundado en las máximas de la experiencia y su sana crítica.

Pero, entiéndase bien, ello no quiere decir que en nuestro derecho el juez pueda establecer montos resarcitorios a discreción, sino que esta discrecionalidad debe desarrollarse sobre la base del respeto de ciertas reglas de cálculo que, si bien son flexibles, no dejan de ser normas y, en cuanto tales, deben ser respetadas.

Además, no debemos olvidar que el daño contractual resarcible debe ser probado por el juez, tanto en su existencia como en su cuantificación, a partir de lo que surja del proceso y fundando sus sentencias, precisamente, sobre las pruebas aportadas por las partes.

Finalmente, el derecho jurisprudencial afirma que el principio de la reparación integral configura una *máxima consolidada*.

No obstante, desde nuestra perspectiva, coexisten en el tema de la evaluación del daño contractual dos principios: el de la reparación plena y el de la limitación de dicha reparación. En consecuencia, en lugar de oponerse, ambos preceptos confluyen, pues la denominada *limitación*, a la cual se aludirá seguidamente, se debe,

precisamente, a que la reparación debe ser integral y no sobrevaluada, debiéndose resarcir solo el daño realmente sufrido.

2.2. Segunda regla: «Exclusión de la reparación del daño contractual imprevisible»

2.2.1. *Presentación del tema*

La segunda regla alude al hecho de que en el ámbito de la responsabilidad contractual, en principio, solo se resarcen los daños previstos por las partes a la hora del contrato, no siendo resarcibles, en consecuencia, los perjuicios imprevisibles. Por tanto, esta limitación a la extensión del daño contractual resarcible supone un ajuste en el alcance de la primera regla (es decir, que la reparación del daño debe ser plena).

Al respecto, corresponde señalar que esta limitación al daño contractual resarcible aparece en el artículo 1150 del CC francés y que se mantiene como criterio de regulación del tema en los sistemas jurídicos más modernos.

Así, el artículo 1225 del CC italiano de 1942 señala que si el incumplimiento o el retardo no dependen del dolo del deudor, el resarcimiento del daño es limitado a aquel que fue previsible en el momento en que surgió la obligación.

Este criterio fue contemplado, como dijimos anteriormente, en el artículo 74 de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías y en el artículo 7.4.4. de los principios contractuales Unidroit.

2.2.2. *Fundamentos del principio de la no reparación del daño contractual imprevisible*

Considerada, en principio, esta regla como limitante del daño resarcible, fue criticada por la doctrina, pues protegería más al responsable del incumplimiento que al perjudicado (Coviello, 1931, p. 103), y no tendría ninguna justificación lógica o jurídica (Polacco, 1915, p. 600). Por su parte, Chartier (1983, p. 61) sostiene que tradicionalmente se dio como fundamento de la no resarcibilidad de daños contractuales imprevisibles la afirmación de que ello responde al respeto de la autonomía de la voluntad, la buena fe y la justicia contractual. Así pues, la reparación de daños imprevisibles escaparía al ámbito de lo previsto por las partes.

Por tanto, exigir la reparación de daños imprevisibles por parte del acreedor supondría no actuar de buena fe, en cuanto puede suceder que por falta de información o previsión del acreedor, el deudor no haya conocido los riesgos del contrato.

Por último, razones de justicia contractual aconsejan que se tienda a un equilibrio en las prestaciones y que no sea solo una de las partes la que deba asumir las consecuencias imprevisibles.

Para ciertos autores (Savatier, 1951, p. 470) la exclusión del daño imprevisible se funda en un aspecto de relación causal, pues en definitiva, se trata de daños indirectos. Desde esta perspectiva, si se aplica la *causa adecuada* y se contempla, como consecuencia de ello, lo normal o lo previsible, se excluiría, precisamente, lo imprevisible. Se concluye, entonces, que lo imprevisible sale de la voluntad de las partes y que no puede existir obligación respecto de ello. Por ende, si se admitiera la reparación del daño imprevisible esto pondría en riesgo el equilibrio del contrato.

Roujou de Boubée (1974, p. 303) sostiene que, por razones prácticas y políticas, el ámbito de lo reparable y de los riesgos que se asumen se limita a lo previsible para evitarle sorpresas al deudor. Consiguientemente, la garantía que se obtiene del contrato no es ilimitada.

Se busca, en definitiva, respetar la voluntad de las partes. De lo que se trata es de proteger a estas respecto del riesgo voluntariamente asumido. El deudor puede evaluar y prevenir, de esta forma, las consecuencias del incumplimiento en su patrimonio.

Por su parte, Bianca (1991, p. 373; 1994, p. 154) entiende que este criterio de limitación de responsabilidad se funda en el hecho de que el vínculo obligacional importa asumir un sacrificio económico que debe ser posible prever dentro de la normalidad.

De otro lado, Soler Presas (1998, p. 451) sostiene que el criterio de la limitación del daño resarcible a lo previsible tiene un fundamento económico que se encuentra en el hecho de que ello lleva implícita la distribución de riesgos inmanentes al contrato y a lo acordado por las partes al celebrarlo. Previsibles son todos los riesgos que el incumplimiento de un contrato puede de ordinario generar. Si el riesgo extraordinario o imprevisible no se asumió expresamente, se considera excluido y sus consecuencias no son resarcibles. Así, la regla de la previsibilidad no es más que la aplicación del criterio de la razonable distribución de riesgos contractuales que, en todo caso, puede ajustarse según las previsiones de las partes.

En nuestra opinión, el problema en esencia radica en que, de existir daños imprevisibles, debe haber un criterio para distribuir los riesgos que determine quién asumirá sus consecuencias. Así, en el CC el criterio rector está marcado por la idea de que estos riesgos debe asumirlos el acreedor, pues es el quien sufre estos daños que no le serán resarcidos.

En realidad, el criterio de la previsibilidad al que alude el CC supone que se dé relevancia jurídica a la voluntad de las partes en el momento del surgimiento

de la obligación, partiendo de la idea de que el deudor se obliga solo dentro de los riesgos normales y previsibles.

Así, en relación con este tema, compartimos el criterio impuesto por el CC al disponer la irresarcibilidad del daño imprevisible en el ámbito contractual. Ello supone, pues, una distribución del riesgo que evita sorpresas en el deudor que, como ya se ha dicho, en muchos casos, pueden deberse a la falta de información causada por el acreedor.

2.2.3. *Concepto*

La previsibilidad del daño supone contemplar las posibilidades que tuvo el deudor de poder calcular anticipadamente las consecuencias perjudiciales que le podía acarrear su propio incumplimiento.

Pinori (1992, p. 139) sostuvo que la previsión del daño consiste en: a) un juicio de probabilidades, según el criterio del *hombre medio*, acerca de cuáles pueden ser las consecuencias del incumplimiento; b) la valoración debe ser objetiva según las circunstancias del caso; c) la previsión se realiza sobre circunstancias conocidas por el deudor.

El juez, al evaluar el daño, debe contemplar o aludir a lo que pudo ser previsto por el deudor.

El criterio de la previsibilidad del daño no constituye un límite respecto de su existencia, sino una demarcación en la medida de lo resarcible. El resarcimiento de los daños contractuales abarca solamente los daños previstos o que se han podido prever al momento del contrato y no en su ejecución (Viney, 1988, p. 360).

Como lo dice el artículo 1346 del CC (1616), el deudor no responde sino de los daños y perjuicios que se han previsto o podido prever al tiempo del contrato, cuando no ha provenido de dolo suyo la falta de cumplimiento de la obligación.

La regla de la limitación de la responsabilidad o del resarcimiento a los daños previsibles al momento del contrato necesariamente lleva a excluir de este límite a los casos en que se actúa con dolo, pues si la decisión de incumplir es intencional, mantener la limitación de lo resarcible a lo previsible supondría dejar al arbitrio de la parte y en su beneficio la determinación de límites en el daño resarcible.

2.2.4. *Naturaleza jurídica*

Para Amézaga (1949, p. 284), en el artículo 1346 del CC (1616) podría apreciarse una *coloración represiva*, pues se castiga la existencia de dolo con mayor carga resarcitoria que cuando hay culpa.

Así, el autor resiste esta idea sosteniendo que no debe confundirse *reparación* con *pena*, pues en este último caso está en juego el orden público, mientras que en la primera opera el interés privado.

En realidad, no se está considerando la posibilidad de figuras ambivalentes o intermedias, como es el caso de la pena privada que se aplica, por ejemplo, en los casos de cláusulas penales (Ordoqui Castilla, 2000, pp. 35 y ss.).

2.2.5. Diferencias con la responsabilidad extracontractual

A diferencia de lo que ocurre en la responsabilidad extracontractual, el deudor, cuando no ha mediado dolo de su parte, solo está obligado a reparar los daños y perjuicios que se han previsto o podido prever al momento de la celebración del contrato. La reparación debe ser siempre plena, pero solo de aquello que estuvo dentro de la disposición de las partes o de lo que estas pudieron disponer en el instante en que se consumó el acuerdo de sus voluntades. En los casos de dolo debe ser integral de todas las consecuencias inmediatas y directas de la falta de cumplimiento.

Debe quedar claro que en el ámbito de la responsabilidad contractual, por aplicación del artículo 1346 del CC (1616), el área de daño resarcible es más reducida. Si bien puede existir nexo causal, si se trata de un perjuicio imprevisible, el daño no sería resarcible (Salvi, 1989, p. 1184; Visintini, 1996, p. 208).

2.2.6. Objeto de la imprevisibilidad

Se ha discutido acerca de si el objeto de lo imprevisible debe ser la causa del daño o su valor. Si, por ejemplo, se entrega un mueble en depósito que luego es hurtado, llegada la hora de evaluar el valor resarcible del daño causado podemos preguntarnos si la causa del daño (por ejemplo, el hurto) era o no previsible y, otra, si era previsible que el valor de ese mueble fuese alto, porque en el caso tenía valor de antigüedad. Para Viney (1988, p. 321), siguiendo la jurisprudencia de la Corte de Casación, el artículo 1150 del CC francés (nuestro artículo 1346) no hace ninguna alusión a la previsión de la causa del daño, y esta se debe contemplar tanto respecto de la causa como de los posibles valores de la prestación. Por su parte, Chartier (1983, p. 63) y Viney (1988, p. 321) sostienen que lo imprevisible debe ser solo la causa del daño. Por tanto, para estos autores no hay reparación del daño cuando la causa es imprevisible o extraña.

Sostener que la previsión solo refiere a la causa del daño favorece al acreedor, pues limita o restringe el alcance de lo previsible y aumenta el área de lo resarcible. Debe repararse el daño que fue previsible en su existencia y no necesariamente en su valor.

Peirano Facio (1960, p. 154) se pregunta acerca de cuál debe ser la previsión por considerar, y responde que se debe estimar la previsión de un hombre medio; es decir, la de un buen padre de familia. Por tanto, al respecto, nos preguntamos a continuación ¿qué es lo que se debe prever: la causa del perjuicio o el *quantum* del daño? En este contexto, Amézaga (1949) señala que el legislador no exige que la previsión del daño alcance una suma determinada. Más aún, indica que no requiere que tal o cual daño sean realmente advertidos por el deudor, puesto que posiblemente más de un adeudado puede ser imprudente y ligero al comprometerse.

No obstante, el legislador si se refiere a una previsión psicológica normal en el momento del contrato; actuando como un hombre de negocios medianamente prudente, que tiene el hábito de pensar en sus compromisos antes de contraerlos. Por consiguiente, el legislador ha dictado un texto que no descansa solamente en la psicología individual del deudor en concreto, sino sobre la psicología media de un hombre de negocios diligente. Los jueces deben tener en cuenta todas las circunstancias al resolver si el daño ha sido previsto o imprevisto.

Para Peirano Facio (1960) lo que se prevé no es la causa del perjuicio sino el monto de los daños y perjuicios que puede causar el incumplimiento del contrato.

Gamarra (1997, XVIII, p. 24) entiende que no vale la pena detenerse mucho en examinar si la previsión refiere a la causa o al monto del perjuicio ¿cómo podría preverse el monto?

Este autor considera el caso especial de valores que se transportan y no se informa a la empresa de qué valores se trata. La cuestión no sería de previsión del deudor sino de culpa del acreedor por no informar.

Por cierto no es lo normal que la cosa o el hecho del que pueda depender el cumplimiento sea oculto, y no parece correcto deducir pautas generales de este caso particular y, por cierto, excepcional.

Estamos de acuerdo que si la cosa permanece oculta no se le podrá pedir al deudor previsión el valor de los daños, pero si no lo está, que es lo normal, bien puede hacerse una previsión de daños y ello es tan así que hasta es posible calcular montos de eventuales seguros.

En nuestra opinión, la calificación de lo previsible como límite del daño contractual resarcible refiere, en principio, al daño que se piensa puede llegar a surgir como consecuencia del incumplimiento.

Luego, si el valor o la extensión del daño previsto adquiere una dimensión desmesurada o desproporcionada con relación a lo que era razonable pensar que pudiera ocurrir, el juez tendrá facultades para limitar esta extensión por superar lo razonable dentro del criterio de previsibilidad, límite que, por cierto, no operaría en el caso de que hubiera existido dolo.

Aquí corresponde aclarar que no siempre el deudor tiene porqué saber el destino o la trascendencia que tendrá la cosa para el acreedor. No siempre queda en evidencia el real destino o el *motivo* por el cual el acreedor adquiere el bien o el servicio. Por ello, no siempre es posible que el deudor calcule o prevea el valor de los daños que se puedan causar con el incumplimiento.

El deudor puede desconocer el valor real de la cosa para el acreedor, por más diligencia que ponga en su proceder.

Por ello, lo previsible refiere a los posibles daños y los valores a considerar no se deben analizar desde el punto de vista del acreedor, sino lo que pudo conocer o prever el deudor actuando con la diligencia debida, según las circunstancias del caso.

2.2.7. Imprevisibilidad y modificaciones por la desvalorización monetaria

La inflación y la devaluación de la moneda repercuten en los contratos de ejecución continuada.

Este fenómeno, ¿es imprevisible para las partes?

Hoy se entiende que la depreciación monetaria no es un fenómeno imprevisible en periodos de inestabilidad económica, pero con acierto se ha indicado que la imprevisibilidad a que alude el artículo 1346 del CC concierne solo a los elementos intrínsecos del daño, y no a los extrínsecos de naturaleza económica o monetaria (Viney, 1988, p. 322). Analizando el tema puntual de la desvalorización monetaria, Gamarra sostiene que considerar este fenómeno como imprevisible «parece un chiste de mal gusto» (1997, XVIII). Estamos de acuerdo en que la desvalorización y el incendio, en tanto hechos, son previsible, a tal punto que se contrata en dólares y se tienen extinguidores. Pero lo imprevisible no es el fenómeno en sí, sino su entidad, alcance o significación o extensión en cada caso.

En realidad lo previsible o imprevisible son los efectos del daño y no la causa, porque si lo imprevisible fuera la causa del daño estaríamos frente a una situación de caso fortuito o fuerza mayor que liberaría de responsabilidad al deudor. Además, en esta situación el daño sería indirecto y no directo, que es el único daño resarcible, haya mediado o no culpa. Aquí lo previsible o imprevisible es el efecto del daño causado por el incumplimiento. Veamos un ejemplo: tengo que entregar una mercadería en determinada fecha y cae un rayo y se incendia y se destruye; este daño no es imprevisto sino indirecto, tiene otra causa que es el caso fortuito o la fuerza mayor. Nos preguntamos, si en estos casos hubiera habido dolo, si el deudor hubiese sido responsable. No, porque no existió relación causal que fue destruida precisamente por caso fortuito o fuerza mayor, aquí no hubo daños imprevistos sino daños indirectos.

El daño debió ser causado y previsto; en otras palabras, pudo ser imaginado por un hombre prudente y normal, a esto es a lo que apunta el 1346 del CC (1616). Es de recordar que nuestro CC en su artículo 1708 (1907) apartándose de la letra del CC francés, dispone que si al tiempo de la evicción se viere que habría aumentado el valor de la cosa vendida sin que haya tenido parte en ello el comprador, está obligado el vendedor a pagarle aquel tanto que importa más sobre el precio de venta y en el inciso 2 agrega: «sin embargo, en esta disposición no se comprende caso en que el aumento del valor nazca de circunstancias imprevistas y extraordinarias como la apertura de un canal, establecimiento de un pueblo, etc.».

En definitiva, como bien lo señala Amézaga, la responsabilidad contractual depende del contenido de la obligación «en los casos de falta de cumplimiento simplemente culpable la ley ha negado la aplicación severa de causalidad y la ha sustituido por la regla de la previsión, que permite al juez estimar equitativamente los perjuicios, y además, considerar hasta qué punto las negligencias o culpas del acreedor han influido fuera de la previsión de las partes en el incumplimiento de la obligación» (1949).

2.2.8. Causa de la imprevisibilidad

Para que el daño sea imprevisible en el sentido del artículo 1346 del CC (1616), debe resultar de un factor de acrecimiento de riesgos del contrato desconocido por las partes en el momento de perfeccionarlo (Viney, 1988, p. 323). Puede tratarse de una causa extraña o de un acto imputable al acreedor. Puede suceder que el acreedor no haya informado debidamente al deudor sobre los riesgos o los valores reales implícitos en las cosas. Por ejemplo: el transportista no es informado de los valores que transporta y que luego se le exigen a la hora del incumplimiento. Es precisamente el silencio del acreedor en lo que refiere a la importancia de dar información precisa y completa, lo que se nivela al decir que el deudor no responde de lo imprevisible.

Si el acreedor previó o informó sobre el alcance correcto de la prestación, el daño previsible seguramente será otro diverso al que se hubiera podido considerar de no haber existido información.

El *hecho amplificador* (término de Viney) que puede determinar un mayor valor del daño no resarcible por imprevisible, puede ser una causa extraña. Por ejemplo: el no cumplimiento causado por una guerra civil, del que derivan importantes daños.

2.2.9. Apreciación de lo imprevisible

La existencia de un hecho imprevisible que altere la ecuación del contrato y los valores posibles de los daños, del momento que solo se resarce, salvo el caso de dolo,

el daño previsible, lleva a que, según los casos, pueda discutirse el carácter previsible o no de la causa o del valor del daño. Chartier (1983, pp. 66-73) refiere a la existencia de ciertas reglas relativas a la apreciación judicial de lo que pudo o no ser previsible. No es algo sometido al poder soberano del juez, sino que debe actuarse dentro de las máximas de la experiencia y de la posible previsión de un sujeto actuando con la diligencia debida, acorde a las circunstancias del caso. Así, de la información que se brindó entre las partes respecto del contrato, aún en la etapa preliminar del acuerdo, y sin que ella haya sido objeto del contrato, pero posible de probar, podrán deducirse indicios que permitan pensar en que tal resultado fue previsible. En ciertos casos la entidad de la contraprestación es elocuente para determinar lo que las partes pudieron o debieron prever. En definitiva, se aplicaría un método de apreciación *abstracto* para determinar lo previsible o imprevisible, pues el juez considerará la previsión de un deudor medio actuando con la diligencia debida (Chartier, 1983, p. 65; Roujou de Boubée, 1974, p. 307).

2.2.10. Momento de valoración

La existencia de previsión debe contemplarse en el momento del origen de la obligación, que, en el ámbito contractual, supone el momento del perfeccionamiento del contrato. El juicio de lo que fue previsible se realiza *a posteriori* del incumplimiento, pues es cuando adquiere relevancia la ponderación del daño causado y resarcible, pero lo que se pondera es lo que se previó al tiempo de la creación de la obligación. En el momento en que se asume la obligación es cuando se asumen los riesgos de las posibles consecuencias del incumplimiento. La existencia del dolo que puede llegar a alterar la extensión resarcible del daño no se contempla en el origen sino en el momento del incumplimiento.

En la responsabilidad contractual se procura mantener el equilibrio de los patrimonios del deudor y del acreedor y evitar, a la vez, que el acreedor sufra perjuicios injustos cuando el deudor deja de cumplir sus obligaciones, y que el deudor pueda ser víctima de un exagerado y no equitativo enriquecimiento del acreedor a sus expensas. Dentro de esta regla de equidad deben ejecutarse los contratos (artículo 1291 inciso 2 del CC) (1603), y tanto el perjuicio actual como el futuro, el juez debe liquidarlo sin dejarse llevar ciegamente por el principio de la causalidad. La regla de la previsión constituye un límite para la aplicación de este principio.

2.2.11. Límites del principio de la no reparación del daño contractual imprevisible

Conforme a lo que surge del artículo 1346 del CC (1616), si el daño que causa el incumplimiento fue imprevisto por el deudor, este hecho determina que el perjuicio no sea resarcible. Puede ser que, como consecuencia del incumplimiento,

surjan daños que se entiendan previsibles y otros que se consideren imprevisibles. El acreedor podrá exigir en este caso la reparación de los primeros.

El principio de la no reparación del daño contractual imprevisible tiene por límite la conducta dolosa del deudor. Si el deudor actuó dolosamente debe asumir el resarcimiento de daños previstos e imprevistos.

Advierte Viney (1988, p. 327) que la doctrina en estos casos asimila el dolo a la falta intencional, tendiendo, de alguna manera, a flexibilizar este límite y lograr la reparación integral del daño.

Así, la intención de no cumplir cuando pudo y debió hacerse, y no se hace porque no se quiere, podría llevarnos, según este enfoque, a un dolo (Mazeaud, Mazeaud & Tunc, 1963, p. 414).

En una primera etapa se tendió a la flexibilización del concepto de dolo, sosteniendo que llevaba implícito los casos de culpa grave. En definitiva, existiría dolo cuando el deudor, con propósito deliberado, pudiendo cumplir con sus obligaciones contractuales, no lo hace, aun cuando no exista intención de dañar al acreedor.

La existencia de dolo en estos casos no requiere necesariamente la prueba de una intención de dañar, sino que lo trascendente es que haya existido voluntad de no cumplir. El dolo aquí se pondera no en el origen del contrato sino en el momento del incumplimiento. El deudor no tiene la facultad de no cumplir, sino que tiene la obligación de hacerlo.

El incumplimiento no es una alternativa que se da al deudor. Este debe cumplir y el acreedor puede exigirlo.

La voluntad de no cumplir cuando se pudo y debió hacerlo supone la existencia de dolo contractual. La doctrina (Di Gravio, 1999, p. 222) califica al incumplimiento de eficiente cuando la conducta de no cumplir es voluntaria por serle más beneficiosa al deudor que el cumplimiento.

En el caso particular de la garantía por vicios ocultos de cargo del vendedor, el artículo 1721 del CC (1918) prevé que se responde por los defectos que se conocían o que se debían conocer. Aquí el principio de que no se resarce el daño contractual imprevisto parecería que ha quedado desplazado porque se garantiza lo que se debía de haber previsto.

El artículo 1346 del CC (1616) no puede suponer la reducción del alcance de la garantía por vicios ocultos a que refiere el artículo 1721 del CC (1918).

Nuestra última reflexión sobre el punto lleva a destacar cómo finalmente, la conducta que asume el deudor tiene relevancia en el ámbito de la responsabilidad contractual.

2.2.12. *La previsibilidad como factor subjetivo de atribución de consecuencias resarcitorias*

La ponderación de lo previsible como daño resarcible supone, en esencia, una operación subjetiva que parte de la realización de un juicio que pudo y debió realizar el sujeto. La previsibilidad aquí no es algo abstracto, probable o posible.

Para determinar lo previsible debe analizarse la situación desde la posición del sujeto y de las circunstancias del caso. Un hecho futuro o incierto puede ser previsible para algunos e imprevisible para otros.

Si la previsibilidad aquí fuera considerada en forma objetiva, se confundiría con la regla que establece que el daño resarcible es el que es consecuencia inmediata y directa del incumplimiento.

Al referir la norma a «los daños previstos o que se han podido prever al tiempo del contrato», en principio induce a pensar en pautas objetivas o despersonalizadas.

El daño previsible es el que un sujeto con capacidad media y actuando con la diligencia de un buen padre de familia pudo pronosticar como efecto posible del incumplimiento de la obligación. En todo caso, lo que interesa es la ponderación que pudo realizar determinado sujeto concreto, y es en ello que radica el carácter subjetivo de esta ponderación.

No vamos a desarrollar aquí el tema de los fundamentos jurídicos de la responsabilidad contractual, recordando solo que en nuestro derecho en un principio se justificó esta responsabilidad en la culpa del deudor, mientras que en la actualidad la jurisprudencia prioriza la aplicación de factores objetivos de atribución de responsabilidad sobre la idea de que el factor subjetivo mantiene su vigencia solo en el ámbito de las obligaciones de medios, en las que el deudor solo está obligado a actuar con la diligencia de un buen padre de familia (ejemplo: contrato de asistencia médica).

En las obligaciones de resultado alcanza con acreditar que este último no se ha dado, para llevar a la responsabilidad del deudor, sin que sea relevante ponderar su culpa (por ejemplo: la obligación de entrega de una cosa).

Ahora bien, cuando pasamos del *an debeat* al *quantum debeat*, es decir, cuando terminamos de evaluar la configuración de los presupuestos de responsabilidad y acometemos la labor de valorar el daño contractual, el CC nos lleva a aplicar la *previsibilidad* como factor subjetivo de atribución de consecuencias resarcitorias a cargo del deudor.

Si se analiza con detenimiento el artículo 1346 del CC (1616), se advertirá que, según cómo haya sido la conducta del deudor (culposa o dolosa), será el alcance de la valoración del daño resarcible. Si el deudor actuó con culpa, deberá asumir el resarcimiento solo del daño previsto y no del imprevisto; si actuó con dolo,

el resarcimiento deberá ser integral, abarcando tanto el daño previsto como el imprevisto.

Los criterios de reparación parten de que exista culpa o dolo. Tales son los presupuestos del artículo 1346 del CC. La pregunta, entonces, es cuál debe ser el criterio por seguir en las obligaciones de resultado en las cuales se llega a la responsabilidad con prescindencia de la ponderación de la conducta del sujeto.

Las obligaciones de resultado, que son por cierto las más frecuentes, no suponen ausencia de culpa, sino que esta última carece de interés como factor de atribución.

Si bien puede carecer de interés como factor de atribución, según el tipo de obligación de que se trate tiene trascendencia como factor de determinación de la obligación resarcible, pues al ponderar lo previsible, ponderamos o contemplamos, en realidad, cuál fue la diligencia con la que actuó o debió haber actuado el deudor a la hora de contratar en lo que respecta a los daños posibles que se pudieran causar con el eventual incumplimiento.

En el juicio de asumir lo previsible y descartar como resarcible lo imprevisible a la hora de contratar, está implícita la idea de que se asume como previsible lo que se puede considerar como alea normal del contrato o asunción de lo que es un riesgo previsible (Alpa, 1989, p. 1143; Gambino, 1960, p. 428; Ordoqui Castilla, 1986).

Surge del artículo 1346 de nuestro CC, que en el caso de incumplimiento no doloso se asumen las consecuencias de los daños previsible. Así, la previsibilidad aparece como el límite de la obligación resarcible.

Al codificador le preocupó ordenar lo que podría suceder con los riesgos sobrevinientes y dispuso que solo se asumieran los que eran previsible a la hora de contratar, entre partes que deben actuar con la diligencia de un buen padre de familia.

En nuestra opinión, el resarcimiento del daño contractual está determinado por los límites de lo que fue el alea normal propia de la relación obligacional que se considere.

El daño previsible es el que puede suceder dentro de lo que el deudor puede considerar como riesgos normales, actuando diligentemente dentro de lo que son sus conocimientos y las circunstancias del caso. Esta previsión posible debe contemplarse a la hora el surgimiento de la obligación.

Cierto es que, como bien anota Viney (1988, p. 439), la regla de la limitación del daño a lo previsible no es más que otro de los criterios flexibles puesto a disposición de los jueces para que moderen convenientemente la responsabilidad del deudor.

2.3. Tercera regla: «Alcanza solo a los daños directos o inmediatos»

2.3.1. *Presentación del tema*

Nuestro sistema jurídico opera sobre la base de la ponderación de la relación causal con el fin de establecer tanto la existencia de un incumplimiento, como para determinar los daños resarcibles causados por este. En principio, la falta debe ser imputada al deudor, esto es, considerarse causada por este, por cuanto así ha ocurrido en los hechos o porque tal imputación surge de lo establecido por la norma, aunque en los acontecimientos haya existido una causa directa (por ejemplo, la responsabilidad contractual por acto de dependientes o auxiliares).

A su vez, el incumplimiento causado o imputado al deudor debe producir el daño resarcible. En otras palabras, primero se considera qué hecho causa el incumplimiento y luego qué daños son ocasionados por este.

Puede suceder que el daño contractual no haya sido producido por el incumplimiento del deudor sino, por ejemplo, por una causa extraña, la conducta del propio acreedor, o que haya sido consecuencia del ejercicio de un derecho del deudor a excepcionarse en el incumplimiento del acreedor.

Esta regla está prevista en el inciso 2 del artículo 1346 (1616) al señalar: «aún en los casos de que la falta de cumplimiento provenga de dolo del deudor, los daños y perjuicios que no estén fijados por la ley o convenidos por los contratantes, no deben comprender respecto de la pérdida sufrida por el acreedor y el lucro de que se le ha privado, sino lo que ha sido consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento». Aquí pasamos del criterio de la previsión, al que hacía referencia el primer inciso, al criterio de la causalidad al que alude el 2 inciso del artículo 1346 del CC.

Amézaga (1949, p. 283) considera que esta norma, al determinar el daño resarcible que ha sido consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento, supuso exigir una relación objetiva, causal, entre el incumplimiento y sus consecuencias directas e inmediatas. Además, establece que la existencia de dolo o mala fe, no agrava las consecuencias del deudor en lo que concierne a las indirectas resarcibles.

El dolo sí agrava, como vimos, la obligación del deudor en lo que refiere a los daños y perjuicios que no fueron previstos y los que no se pudieron prever en el momento del contrato. Existiendo dolo, el deudor no debe la reparación de las consecuencias indirectas, pero sí debe las consecuencias imprevistas.

Para Peirano Facio cuando el CC alude a «consecuencia inmediata y directa» (1960, p. 151), se refiere a la relación causal de los daños con el incumplimiento. Un hecho puede producir otro hecho y este, a su vez, causar un tercero. El tercero es causa mediata y no inmediata del primer hecho.

Por su parte, Gamarra (1997, XVIII, pp. 19 y ss.), en este mismo sentido, considera que el daño resarcible es el que es consecuencia directa e inmediata del incumplimiento (artículo 1346 del CC) (1616).

Este es el límite objetivo de la reparación, el cual configura también un límite subjetivo de lo que se previó o pudo prever al tiempo del contrato (segunda regla). Así, la exigencia de la norma radica en que los daños hayan sido realmente causados por la acción u omisión que configuró el incumplimiento del contrato. La previsión refiere a la determinación del *quantum* resarcitorio y la causalidad refiere a la determinación de qué daños son resarcibles. El deudor no debe la reparación de las consecuencias indirectas, pero sí la reparación de las previstas y causadas en forma directa.

La referencia a los *daños directos* y la exclusión de los *indirectos* responde a la idea de no extender la relación causal más de lo que es razonable o normal, según las circunstancias del caso. Los daños indirectos serían los anormales, los que no suelen ocurrir como consecuencia del incumplimiento.

Claro está que en toda esta labor de apreciación del juez es necesaria.

2.3.2. *La relación causal determina el daño resarcible*

La determinación del daño contractual resarcible pasa por la concreción de la relación causal que no solo relaciona al daño con el incumplimiento, sino que determina la extensión de los perjuicios resarcibles.

El problema del *quantum respondeatur*, es decir, el establecimiento del límite del daño resarcible, es fundamental para que el deudor no sea expuesto en caso de incumplimiento a la pérdida de todo su patrimonio para hacer frente a la obligación resarcitoria (Visintini, 1999). Pinori (1992, p. 106) sostiene que el daño contractual resarcible debe cumplir dos condiciones básicas: a) ser consecuencia inmediata y directa del incumplimiento; b) el daño debe ser el efecto normal u ordinario del incumplimiento, según las normas de la común experiencia. La interrogante es si es normal o común que tal resultado surja de tal incumplimiento. Como bien destaca Puig Brutau (1982, p. 684) será el juez, quien, en definitiva, atendiendo a las circunstancias del caso, establecerá si determinado daño fue causado y era normal dentro del incumplimiento existente. Anota con acierto Trigo Represas (1998, p. 18) que para ponderar la causalidad es necesario considerar la *regularidad* de lo ocurrido y para ello debe necesariamente contemplarse qué sucedió en casos similares.

Amézaga (1949, p. 286) sostiene que aunque el texto del CC no es claro y se ha expresado mal, lo único que se regula en el artículo 1346 del CC (1616) es un tema de relación causal, estableciéndose, al igual que lo que sucede en materia extracontractual, que los daños indirectos no son resarcibles en ningún caso.

Entre las consecuencias de un hecho (incumplimiento) hay alguna que constituye un efecto necesario evidente y cierto. Existen otras que no tienen ese carácter, que son remotas, lejanas, en la cadena de relación causal, que incluso hubieran podido producirse igualmente aun cuando el hecho no hubiere existido. Existe un daño indirecto cuando no hay certeza suficiente acerca de la incidencia del incumplimiento en la efectividad de dicho daño. La causalidad fuertemente probada al iniciarse la cadena causal, se debilita, se atenúa, de tal manera que no puede afirmarse que determinada consecuencia no se habría producido si el hecho no hubiera existido y que, no obstante esta existencia, el suceso hubiera podido producirse igualmente.

En síntesis, a pesar de la existencia de cierta imprecisión en los términos del artículo 1346 del CC (1616), para Amézaga (1949, p. 287) lo importante por destacar es que la indemnización contractual depende de la relación causal entre el incumplimiento y el daño, y que no tiene en ello incidencia la culpa. Además, esta relación causal debe ser directa o necesaria, pues se deben solo los daños que han sido consecuencia inmediata y directa del incumplimiento. Podemos preguntarnos qué sucede en los casos de responsabilidad objetiva, en los que no cuenta la ponderación de las conductas asumidas por el deudor, teniendo en cuenta que el artículo 1346 del CC (1616) parece seguir diversos criterios según que la conducta sea culpable o dolosa.

2.3.3. Nuestra opinión

En nuestra opinión, aunque el artículo 1346 del CC (1616) ordene distintos alcances de los montos reparatorios en atención a la existencia de dolo o culpa del deudor, sigue siendo la relación causal el nervio motor del alcance de la reparación contractual debida. La extensión del resarcimiento contractual debido es un problema principalmente de relación causal. Este elemento no solo determina la autoría, sino también la medida resarcitoria. El deudor debe reparar, por principio, el daño que es consecuencia inmediata y directa del incumplimiento. De aquí se deduce el criterio conforme al cual el deudor debe resarcir solo el daño efectivamente causado al acreedor, quien no debe recibir ni más ni menos de lo que es necesario para revertir el efecto económico negativo que causó el incumplimiento. Este es el criterio general en el tema, y de considerarse que el artículo 1346 del CC contempla criterios de evaluación solo para los casos de dolo o culpa y no para los de responsabilidad objetiva, entendemos que esta última situación se regularía por las pautas generales. El elemento constitutivo del derecho de resarcimiento es el nexo causal existente entre el incumplimiento y el daño. En otras palabras, este vínculo relaciona dos eventos e identifica el uno como consecuencia del otro.

El daño resarcible está determinado por *la consecuencia inmediata y directa*, lo cual alude a los resultados normales y ordinarios del incumplimiento sobre la base de un juicio de probables verificaciones.

Aquí opera la denominada *teoría de la regularidad causal*, es decir, la que abarca el daño *normal, regular* (Trimarchi, 1966, p. 65; Forchielli, 1960, p. 28; Franzoni, 1996, p. 40). La mayor gravedad que se atribuye a la responsabilidad del deudor, a quien se imputa haber incurrido en dolo, tiene su explicación natural en la disposición de carácter general contenida en el artículo 1291 del CC (1603). La principal obligación a cargo de los contratantes es la de ejecutar sus compromisos de buena fe. Importa señalar que la indemnización debe regularse sobre la base de la relación causal existente entre el incumplimiento y el perjuicio y no entre la culpa y el perjuicio. Debe procurarse solamente la reparación del daño sufrido por el acreedor y no una represión, un castigo que podría merecer la conducta censurable del deudor.

Debe existir, además, una relación necesaria y cierta del incumplimiento y la importancia de la reparación. La ley no procura represiones ni castigo. Solo interesan jurídicamente las consecuencias inmediatas y directas que sufre el patrimonio del acreedor a causa de la falta de cumplimiento del deudor. En atención a que la relación causal es esencial para determinar el monto por resarcir, debemos considerar que, si la misma desaparece o se atenúa por factores no atribuibles al deudor, el monto resarcitorio deberá reducirse. Así, por ejemplo, cuando existe concausa como resultado de la actuación del acreedor o culpa de este último (falta de la víctima), o cuando existe un tercero que tuvo participación en el incumplimiento, en todos estos casos, la reparación puede verse atemperada. Por último, queremos reseñar que el principio de la causalidad está también referido en el artículo 1291 inciso 2 del CC (1603), el cual dice que los contratos legalmente celebrados obligan no solo lo que en ellos se expresa, sino a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la equidad, al uso o a la ley. Solo la equidad y aún el uso son límites de la extensión del vínculo jurídico creado por los contratos, y es precisamente este límite el que impone las restricciones del criterio exclusivamente causal.

Como bien lo señala Amézaga (1949), en cada caso particular, el juez debe estudiar el contrato, los elementos de interpretación que se le ofrecen y la situación de equilibrio patrimonial perturbado por el incumplimiento sin olvidar las condiciones de la vida económica y social de las partes. El principio de equidad no puede hallarse ausente en la conciencia del juez, quien no debe dejarse arrastrar por las teorías absolutas que se presentan con el atractivo de las conclusiones científicas, pero a las cuales suele faltar el fundamento moral de las soluciones justas.

Para Gamarra (1997, XVIII, p. 20) el daño resarcible es el daño normal o la consecuencia necesaria del incumplimiento, o bien, como dice De Cupis,

el daño regular; esto es, el que es consecuencia lógica de un determinado hecho (1975). Para este autor el criterio del artículo 1346 del CC «queda reducido a puro esqueleto dependiendo, en definitiva, todo, de la relación de causalidad» (1975) (consecuencia directa e inmediata del incumplimiento, artículo 1346).

Para De Cupis no influyen en el *quantum* del daño, porque este es una entidad objetiva, la situación económica ni la culpa o dolo en que haya incurrido el incumplidor. Consideramos que lo importante en la ponderación del daño contractual, siguiendo al CC, son tanto los elementos objetivos (relación causal-daño directo o inmediato) como los subjetivos. Así, el artículo 1346 del CC (1616) es claro al decir que «el deudor no responde sino de los daños y perjuicios que se han previsto o podido prever al tiempo del contrato cuando no ha provenido de dolo suyo la falta de cumplimiento de la obligación».

En otras palabras, si existe dolo, la extensión del monto resarcitorio llega aún a los daños no previstos. De este modo, la previsión por considerar es la de un hombre o comerciante actuando en las circunstancias del caso con la diligencia media.

Ciertamente, la norma exige, para que el daño sea considerado tal, que sea causa o imputable al incumplimiento. Y ello supone, en esencia, una ponderación fáctica posible de ser probada.

La norma, al referir a los daños directos o inmediatos impone límites que llevan a que no se consideren resarcibles los daños remotos, y sí solo los que son consecuencia directa del incumplimiento.

Se considera *daño directo* o *inmediato* al que aparece como consecuencia necesaria e inevitable del incumplimiento, es decir, como un efecto normal de este. De este modo, surge un factor subjetivo que exige un análisis *a priori*, o en la génesis del contrato, que es el de la previsibilidad. Pero, además, aparece un factor objetivo que se considera *a posteriori* del incumplimiento y que resulta como consecuencia de él. Así, si se considera la *causalidad adecuada*, o de la *normalidad causal*, se advertirá qué daños fueron causados por el incumplimiento. Por tanto, no parece correcto sostener que el criterio subjetivo *a priori* de lo previsible limite el criterio objetivo y *a posteriori* de la causalidad, pues puede darse que el daño previsible sea superior al que resulta como consecuencia directa e inmediata. Causalidad y previsibilidad, como bien destaca Di Gravio (1999, p. 170), deben interpretarse conjuntamente, como criterios de imputación del daño resarcible; son elementos complementarios de la obligación resarcitoria.

2.3.4. Reglas derivadas

En ciertas circunstancias el daño contractual resarcible se debe reducir o disminuir por la interferencia de otros factores de causalidad no imputables al deudor.

Puede suceder, por ejemplo, que el daño le sea imputable al acreedor. Si el viajero no informa al posadero que tiene bienes de valor, este no será responsable de las pérdidas que sufra aquel (artículo 2281 del CC) (2269).

Así de esta tercera regla que limita los daños contractuales resarcibles a los que sean consecuencia directa e inmediata del incumplimiento, se deducen otras reglas que no obstante ser de aplicación para este principio general, tienen sus connotaciones especiales:

- concurso de la conducta del acreedor;
- la carga de mitigar el perjuicio;
- compensación de daños con beneficios;
- eliminación de la obligación de resarcir si interfieren causas extrañas.

2.4. Cuarta regla: «Consideración del concurso de la conducta del acreedor»

La consideración de la conducta asumida por el acreedor es trascendente a la hora de determinar realmente el daño causado por el deudor. De esta forma, si la conducta del acreedor afectado contribuyó en la causa del daño, el monto y la entidad del daño resarcible deben atemperarse (Cattaneo, 1967, p. 460; Di Prisco, 1973; Franzoni, 1996, p. 63).

Pudo haber sucedido que el daño sea el resultado del concurso de conductas del deudor y del acreedor, o que se deba solo a la conducta del segundo. En el primer caso, deberá determinarse la proporción que puede corresponder a cada uno en la causa del daño. En el segundo, operaría un caso de autorresponsabilidad (Pugliatti, 1989, p. 458), quedando el primero exonerado de responsabilidad.

El acto culposo del perjudicado mitiga o excluye, según su entidad causal, la obligación resarcible.

2.5. Quinta regla: «El acreedor tiene el deber de mitigar el daño»

Pothier (1978, p. 167) presenta el tema refiriéndose al ejemplo de la venta de un toro enfermo que contagia al resto del ganado y, al morir este buey, no es posible realizar la cosecha, de modo que, no existiendo cosecha, se generan deudas que terminan con la propiedad de las tierras del productor. Por tanto, ¿puede decirse que por entregar un toro enfermo se debe asumir el daño, que consistió en la pérdida de la tierra? El comprador del toro, según el autor, pudo prevenir y evitar el daño, con la compra o alquiler de otro buey, evitando así los mayores daños.

El deber de mitigar las consecuencias dañosas del incumplimiento conceptualmente aparece, por un lado, como la carga o el deber de reducir estos perjuicios

realizando las medidas que sea razonable exigir. Además, ello se traduce en consecuencias directas respecto del daño que luego se puede pretender como resarcible, pues no serán resarcibles los daños que pudiendo, no se evitaron. Por principio, el resarcimiento no es debido por los daños que el acreedor pudo evitar o disminuir utilizando la diligencia debida. No se está aquí ante un caso de *concurso de culpas*, sino ante el daño que surge exclusivamente del incumplimiento y que puede, según los casos, ser evitado o disminuido (Rossello, 1990, p. 195).

Soler Presas (1998, p. 64) sostiene que el deber de mitigar el daño en lo que refiere a su naturaleza jurídica es una carga que lleva a que el acreedor del resarcimiento adopte todas las medidas que, según las circunstancias del caso, se estimen razonables para mitigar y evitar la propagación de las consecuencias del daño. No se trata de una obligación en sentido jurídico, cuyo cumplimiento pueda ser exigido por el causante del daño y que, de incumplirse, lleve a una sanción. Podemos preguntarnos qué es lo que razonablemente se puede exigir para evitar daños. La respuesta es que el acreedor debe colaborar con el deudor y actuar con la diligencia debida para evitarlos, atentos a las circunstancias del caso y dentro de sus posibilidades. Por tanto, no es posible exigir al acreedor sumas importantes de dinero como inversión en la realización de gestiones orientadas a la necesidad de evitar daños.

Criscuoli (1972, p. 553) analiza la regla de evaluación conforme a la cual no son resarcibles los daños que razonablemente pudieron evitarse. Presentada como una *carga*, si el acreedor puede evitar perjuicios y no lo hace, luego, podrán no serle resarcidos. Con ello se trata de evitar mayores pérdidas, pues en tanto estos daños son previsibles, se podría obtener un beneficio indebido al no remediarlos. Por consiguiente, esta exigencia de conducta se fundamenta en el deber de actuar de buena fe.

Ahora bien, la carga de mitigar opera, como bien señala Soler Presas (1998, p. 65), cuando se reclama la reparación de daños y perjuicios y se concreta que el acreedor debe minimizar la pérdida dentro de lo razonablemente posible.

Advierten Fuller y Perdue (1957, p. 20) que detrás de la regla de que el demandante debe tomar todas las medidas necesarias para mitigar los daños, está la preocupación de lo que puede perder por lucro cesante o por no realizar otros contratos. De este modo, la regla de «los perjuicios que puedan evitarse» lleva a que el afectado quede habilitado a realizar, por ejemplo, otros contratos o negocios que le impedía el negocio incumplido.

Como bien destaca Bianca (1994, p. 143), el deber del perjudicado de cooperar para limitar o reducir daños, forma parte de la obligación de actuar con corrección y de buena fe.

Es exigible una actitud activa y no meramente pasiva de colaboración para evitar la extensión del perjuicio (Visintini, 1996, p. 566). Por su parte, Pinori (1992, p. 398)

se plantea si el acreedor en estos casos debe recurrir al mercado para sustituir, cuando ello es posible, la prestación incumplida, con el fin de evitar mayores daños. Por ejemplo, si no se le entrega el vehículo en la fecha pactada, para evitar el lucro cesante, alquila un vehículo sustitutivo.

Al respecto, el artículo 75 de la Convención de Viena, de 1980, relativa a la compraventa internacional de mercaderías, prevé que frente al incumplimiento de la contraparte el acreedor puede realizar una compraventa sustitutiva en forma razonable para evitar mayores daños. Asimismo, encontramos términos similares en los principios contractuales Unidroit, en los artículos 7.4.4 a 7.4.8.

Así, el criterio general que rige a este tema es que el resarcimiento no puede deberse por daños que el acreedor haya podido evitar utilizando la diligencia de un buen padre de familia (Segalerba, 1999, p. 112; Cattaneo, 1967, p. 460, Di Gravio, 1999, p. 77). Por el contrario, cuando ello ocurre, el resarcimiento debido debe disminuirse pues la relación causal ha sido reducida.

En concreto, somos de la opinión de que en nuestro orden jurídico rige este *principio de la evitabilidad*, conforme al cual, si el acreedor pudo evitar un daño, actuando con la diligencia debida y sin que ello supusiera gastos extraordinarios, y no lo hizo, no se le deberá el resarcimiento de dichos perjuicios pues no son imputables al deudor.

Por tanto, pensamos que en estos casos procede no solo aplicar las pautas de la relación causal, sino, y muy especialmente, el criterio de que el acreedor debe actuar de buena fe (objetiva) y es autorresponsable de los daños que se causa a sí mismo, no pudiéndoselos imputar al deudor. En suma, el primero no tiene la carga de colaborar con el segundo, sino la obligación de hacerlo (Ordoqui Castilla, 2001). Corresponde aclarar que el deber de evitar mayores daños surge posteriormente a que el deudor los haya causado con su incumplimiento; lo que quiere decir que en estos casos la conducta del acreedor puede llegar a interrumpir la relación causal con el daño inicial.

2.6. Sexta regla: «El daño contractual sufrido se compensa con el posible lucro» (*compensatio lucri cum danno*)

La reparación integral supone que se resarza todo el daño causado, pero nada más que el producido al afectado. Por ello, si el incumplimiento ocasiona no solo un perjuicio en el patrimonio del afectado, sino que determina alguna ventaja, corresponde la recíproca compensación (*compensatio lucri cum danno*).

Seguidamente, para que opere este instituto se exige que el daño y el beneficio vengan determinados por el mismo hecho, que este último sea el incumplimiento de un contrato, y que el beneficio no provenga de causa ilícita.

Como ejemplo del caso en análisis, podemos considerar la situación dada cuando se produce un atraso en la entrega del bien, el cual en ese periodo aumenta su valor, con lo que el afectado se beneficia por el atraso.

Puleo (1961, p. 29) presenta a la compensación del lucro y el daño como el principio según el cual la determinación del daño resarcible debe tener en cuenta las ventajas y desventajas que han sido causadas por el hecho dañoso.

No han faltado autores que sostienen que la *compensatio lucri cum damno* carece de una fisonomía propia y no tiene autonomía operativa, pues no es más que una pauta que se debe tener en cuenta a la hora de calcular el daño efectivamente causado por resarcir, en vigencia del principio de la reparación integral y de que lo íntegro contempla el perjuicio final resultante del hecho dañoso (Franzoni, 1996, p. 159).

Si bien este principio no es recogido en el CC, es admitido por la doctrina de prestigio en el tema de resarcimiento. Este principio, en esencia, es una aplicación del principio de la reparación integral o plena, y lo ubicamos como respetuoso de los límites marcados por el hecho de que no se puede lograr beneficios con la aplicación de dicho principio (Visintini, 1996, p. 514; Franzoni, 1996, p. 129).

Corresponde señalar como requisito operativo que la consecuencia económicamente favorable debe originarse en la misma circunstancia que determinó el daño.

En esencia, lo que hay que determinar es si el mismo hecho que causa el daño también se traduce en un incremento de naturaleza patrimonial que depende, como dijimos, del hecho dañoso (Peretti Griva, 1957, p. 437; Pinori, 1998, p. 215). De ocurrir así, a los efectos de la evaluación del daño debido se deberán compensar las pérdidas sufridas y los beneficios obtenidos, debiendo resarcirse la diferencia entre ambos valores. Se debe resarcir solo la efectiva disminución del patrimonio sufrida y el resarcimiento no puede constituir una fuente de lucro para el perjudicado.

2.7. Séptima regla: «La valoración debe realizarse en la fecha de la sentencia»

En los hechos, la entidad del daño resarcible puede variar con el decurso del tiempo. Así, puede pensarse que el momento por valorar es cuando ocurre el daño y, por tanto, los sucesos posteriores se consideran irrelevantes, aunque hayan incidido en disminuir o agravar el perjuicio. O bien puede pensarse que el periodo por juzgar debe ser el de la presentación de la demanda, pues la norma hace correr los intereses desde este momento (artículos 1348 y 2214 del CC). En nuestro país, Gamarra (1997, XVIII, p. 34), siguiendo a Alonso de Marco², sostiene que el momento de la sentencia aparece como el más adecuado para

² Caso 7890. En *La Justicia Uruguaya*, 1972-1973. Tomo 66.

contemplar el daño, porque el juez puede tener mayor precisión en establecer la entidad del daño sin dejar afuera ningún dato o elemento.

Así, para ponderar el equivalente monetario del daño, el juez debe tratar de ubicarse en el periodo en que mejor se puedan contemplar las posibles variaciones de las condiciones económicas y del daño; es decir, entre el momento en que el perjuicio se causa y en el que debe resarcirse.

Por ello, según Viney (1988, pp. 68 y 100), se debe partir del principio de que los daños y los intereses deben ser evaluados teniendo en cuenta el valor del perjuicio el día lo más próximo posible al de la decisión judicial que liquida la indemnización (Weill & Terre, 1986, pp. 435 y 467).

La evaluación del daño contractual debe realizarse a la fecha de la sentencia de condena por reparar. No importa en el tema la fecha del incumplimiento, ni la de la demanda, sino la fecha en que se concreta el valor asignado a la falta. No debemos confundir el tiempo a partir del cual se pondera el daño contractual, con el periodo en que este debe ser evaluado. La valoración del daño contractual supone definir el momento a partir del cual este existe, y el tiempo en que este se repara. De este modo, para determinar desde cuándo existe este daño debemos analizar el tipo de pretensión que ejerce el acreedor: si requiere la ejecución o el cumplimiento forzado, el daño se contempla entre la mora y el momento en que se logra esa ejecución forzada. La demora en el cumplimiento es la que causa el daño avaluable. Si se exige la resolución para valorar el perjuicio sufrido, se debe tener en cuenta el momento en que se dispone la resolución judicial del acuerdo.

Extinguido el contrato, con ello se pierden beneficios legítimos esperados que deben evaluarse con carácter de daño emergente o lucro cesante. Desde que surge el derecho indemnizatorio hasta que se hace realidad la reparación, se puede producir una evolución o cambio tanto en el daño como en su valor. Esta diferencia en el tiempo está dada básicamente por la duración del proceso judicial, que lleva, precisamente, a la determinación de la existencia y cuantificación de la responsabilidad. El perjuicio a la hora de ser resarcido se pudo haber agravado o disminuido, tal y como puede suceder, por ejemplo, con la reparación de los daños personales que surgen del incumplimiento contractual de una transacción de transporte como resultado de la cual el pasajero sufrió lesiones graves.

En realidad corresponde destacar, como lo hace Derrida (1951, p. 918) que el día por contemplar es aquel en el cual se realiza la reparación efectiva, pues, en efecto, son pocos los casos en los que se paga el valor de la prestación debida en el día de la sentencia. Normalmente, surgen de la sentencia las pautas de evaluación que se deben proyectar al día en que se hace efectivo el acatamiento de la misma.

2.8. Octava regla: «Se debe estar a lo acordado por las partes»

La cuantificación del valor del daño contractual resarcible se puede lograr por la vía judicial (artículos 1345-1346 del CC), por la vía legal, o por el acuerdo de partes. Las partes pueden incidir no solo en el contenido de las prestaciones, sino en el alcance de la obligación resarcitoria para el caso de que aquellas sean incumplidas. Pueden determinar cuándo se incumplen e, incluso, el valor de los daños que puede causar el incumplimiento. De no existir pautas legales o contractuales sobre el valor por dar al daño resarcible, se tendrá que aceptar lo que surja de la evaluación judicial. En este último caso, como ya se ha mencionado, es el juez quien determina la existencia y valor del daño, respetando ciertas máximas que establece el CC (artículos 1345 y 1346) (1613-1616).

Las partes pueden establecer cláusulas en el contrato en las que se regula o prevea el valor de los posibles daños que pueda llegar a causar el incumplimiento. Puede suceder que por estas cláusulas se limiten o excluyan responsabilidades y valores de daños causados.

Las cláusulas limitativas de responsabilidad pueden tener diverso contenido: prever un límite cuantitativo del valor del daño resarcible; excluir la resarcibilidad de algunos daños; exceptuar la responsabilidad por algunos defectos de la prestación, etcétera.

Así, este tipo de cláusula puede ver cuestionada su validez si refiere a conductas dolosas que afecten al orden público, la moral o las buenas costumbres, o que supongan la lesión de derechos personalísimos.

Si las partes nada previeron sobre posibles criterios de evaluación del daño contractual, de no existir acuerdo sobre su valoración y forma de pago, luego de que la prestación sea exigible, se deberá proceder por la vía judicial, regulándose el tema por las reglas generales de liquidación judicial de daños y perjuicios.

De este modo, es posible que, luego de iniciado el proceso, las partes lleguen a un acuerdo, y que estos valores del daño resarcible surjan de lo que configura una transacción.

En concreto, esta regla ordena que, existiendo una regulación válida de las partes sobre el posible valor de los daños, deberá priorizarse su vigencia, ya sea que este acuerdo es preexistente al perjuicio o posterior, logrado por vía transaccional (artículo 2147 del CC) (2469).

La regla de evaluación del daño contractual que prioriza lo acordado por las partes respecto de valores resarcitorios, está referida en los artículos 1343, 1347 y 1552 del CC.

La regulación del valor de los posibles daños por las partes tiene la ventaja de disminuir litigios, gastos, inseguridad e incluso vuelve innecesaria la prueba del daño, pues su valor ya fue reconocido por las partes.

En estos casos, como bien anota Peirano Facio (1960, p. 158), si bien no es necesario probar el valor, sí debe acreditarse la existencia del daño.

2.9. Novena regla: «Debe contemplarse el costo de sustitución como criterio básico de cálculo»

Para calcular el valor de la indemnización debida por el incumplimiento contractual considerando el caso más frecuente, que refiere a la obligación de dar, cuya transgresión puede derivar en la destrucción de un bien material o la no entrega de una cosa, debemos valorar las consecuencias económicas de la cesión de la cosa (deteriorada o con defectos) e incluso de la falta de entrega. En todo caso, hay una disminución del valor de lo que se entregó o debía de entregar y lo que realmente se hizo a la hora de ejecutar la prestación. El deudor puede exigir el valor de sustitución o el de reparación del bien entregado con defectos, según el tipo de deterioros sufridos por la cosa entregada. Por su parte, el acreedor puede exigir el valor de sustitución de la cosa vendida, entregada y no pagada.

Asimismo, puede suceder que la reparación de la cosa entregada sea posible, pero que su valor sea superior al que se podría exigir por la sustitución. En estos casos, pretender el coste de la reparación cuando la valía de sustitución es menor, puede llegar a configurar un ejercicio abusivo de derecho. Por tanto, si la sustitución no es posible, podrá exigirse el valor de reparación. Constatada la existencia de un defecto trascendente en la cosa entregada, el acreedor puede activar la garantía cuando existe y lograr el restablecimiento del perjuicio patrimonial sufrido. Pero si ello no se logra, podrá exigir que se le indemnice por las reparaciones que este debió de realizar para que el bien fuera estructural y funcionalmente operativo. Si se exige el denominado *valor de reemplazo* o *costo de sustitución*, porque el bien no se entregó o se entregó destruido, debemos, en primer lugar, evitar la confusión de asimilar el valor de reemplazo con el valor venal o de venta del bien antes de que exista el daño, pues al producirse la reparación pueden tener que contemplarse otros daños como el que pudo surgir de no haber tenido la disposición del bien en el tiempo acordado.

En consecuencia, la valoración del denominado *costo de sustitución* supone delimitar con precisión el valor de la prestación en sí, que surge del precio establecido por las partes según la estimación de la prestación para el interesado.

La parte afectada por la no entrega de la cosa pierde los beneficios de reventa no obtenidos, esto es, la diferencia entre el precio de compra y el de venta que se pierde de ganar (lucro cesante).

En una economía de libre mercado las estimaciones de los valores deben considerarse dentro de la generalidad en atención al costo de las cosas y las ganancias que normalmente pueda dar su negociación.

Si la prestación frustrada no es una cosa sino un servicio, deberá considerarse el valor de este en el mercado según el lugar o la época en que deba realizarse.

La regla general del cálculo involucra al mercado de reventa, pero a ello debe sumarse el lucro esperado (Soler Presas, 1998, p. 95). Esta regla de cálculo por su importancia aparece reflejada en diversos CC en el derecho comparado.

Así, en el artículo 1518 del CC italiano de 1942, se establece:

«Determinación normal del resarcimiento». Si la venta tiene por objeto una cosa que tenga un precio corriente, según el criterio el artículo 1515 y el contrato se resuelve por incumplimiento de una de las partes, el resarcimiento lo determina la diferencia entre el precio convenido y el corriente en el lugar y en el día que debiere hacerse la entrega, salvo que se pruebe un daño mayor.

El artículo 191 del CC Suizo de las obligaciones prevé que:

[E]l vendedor que no ha cumplido con su obligación responde del daño causado al acreedor. El acreedor puede, en materia de comercio, exigir la indemnización valorada conforme a la diferencia entre el precio de venta y el precio que de buena fe haya pagado para reemplazar la cosa que no le ha sido entregada.

Puede suceder que lo que se deba valorar no sea el importe de sustitución por lo no entregado, sino el perjuicio causado por la demora en la entrega de cosas. El retraso en la entrega puede determinar que los valores del mercado cambien y que la reventa marque menores beneficios por la tendencia a la baja del producto. Si el bien cuya entrega ha demorado estaba destinado al uso, en la pérdida de posibilidades de empleo se puede causar un perjuicio patrimonial. Y este desgaste de uso del bien puede traducirse en uno de productividad.

El daño causado por el incumplimiento puede exigir la valoración de una reparación, si el bien entregado tenía defectos; un valor de sustitución o de reemplazo, cuando no se entregó el bien o este no es reparable; un valor de uso, cuando la no disponibilidad de la cosa privó al afectado de los beneficios que le hubiera reportado la utilización del bien.

2.10. Décima regla: «Debe aplicarse un criterio de valoración objetivo y subjetivo»

En el ámbito doctrinario se han propuesto diversos criterios generales para pautar la evaluación del daño contractual, que se ordenan básicamente en tres grupos: subjetivos, objetivos y mixtos.

El criterio subjetivo considera la conducta del incumplidor diferenciando el valor del daño resarcible según se haya actuado con dolo o culpa.

Seguidamente, el criterio objetivo pondera el perjuicio realmente causado con independencia de la conducta del incumplidor y tiende solo a lograr una reparación integral del perjuicio.

Por último, el criterio mixto, el cual sigue nuestro CC, contempla aspectos subjetivos (artículo 1346) y (1616) objetivos, en los que el posible dolo y, en particular, la relación de causalidad, pautan los montos resarcibles.

Ahora bien, el criterio objetivo tiene sentido si se pondera un bien improductivo o fungible, pensando que un bien se sustituye por otro. Pero si estamos ante bienes productivos, deberá considerarse en cada caso cómo repercute su falta en el sujeto afectado, siguiéndose un criterio de medición subjetivo.

La esencia del daño está en ponderar el perjuicio económico causado al patrimonio o a la persona de determinado sujeto. El valor de un bien no está dado solo por lo que vale en el mercado como límite máximo insuperable. En esta valoración debe privilegiarse también un criterio subjetivo que tenga en cuenta el bien con relación al sujeto: si le produce beneficios, si existe un valor afectivo, etcétera (Franzoni, 1996, p. 277). En doctrina se ha planteado la duda de cuál es el criterio por seguir para avaluar los daños: considerar solo el valor objetivo de los bienes afectados o también avaluar la estimación subjetiva que ellos puedan tener para el acreedor afectado. Para Amézaga (1949) esta valía puede ser tomada solo en caso de dolo. Así se tiene en cuenta lo previsto sobre el punto en el artículo 1611 del CC. No obstante, para Peirano Facio (1960, p. 150) este punto de vista no parece muy exacto. La mayoría de los autores entiende que el valor por considerar es solo el objetivo, es decir, el de los bienes en el comercio y no los importes personales. Debemos recordar que se excluye del criterio de previsibilidad los casos de daños dolosos. Para ellos no rige este límite cuantitativo según surge del artículo 1346 del CC (1616). Si existe intención de incumplir, no parece justo aplicar la restricción de la previsibilidad. En la práctica la aplicación de este criterio de previsibilidad puede suponer grandes dificultades. Así, por ejemplo, con la entrega de un producto defectuoso. Aquí el deudor debe prever qué daños o el monto de los perjuicios que dicho producto puede causar. Y estos casos pueden acarrear reparaciones desmedidas.

Junto a la discusión acerca de si la evaluación del bien debe hacerse en forma abstracta, con prescindencia del valor que el daño tenga para el sujeto, o subjetiva, en la que se atiende a circunstancias concretas de cada perjudicado, se planteó el hecho de diferenciar lo que es avaluar bienes de lo que es avaluar intereses. El bien en sí tiene un valor de mercado, pero este no contempla el interés del afectado en esa utilidad, que puede ser patrimonial o extrapatrimonial, cuando por ejemplo, el bien tiene un valor afectivo. Así, una cosa es avaluar un bien y otra las necesidades o intereses que ese bien satisface en su titular.

Como ya sostuvimos en otra ocasión (Ordoqui Castilla, 1978), la evaluación del daño debe realizarse partiendo de lo objetivo, que debe complementarse necesariamente con lo subjetivo, teniendo en cuenta el interés afectado del sujeto perjudicado. Dentro de este contexto, el término *subjetivo* no califica la labor del que avalúa sino la del que es avaluado.

Finalmente, la aplicación de pautas de evaluación subjetiva junto con las objetivas se funda en el hecho de que la reparación debe ser integral o plena (Franzoni, 1996, p. 277; Lagostea, Bassi & Rubini, 1974, p. 112).

2.11. Décimo primera regla: «El valor del daño contractual es actualizable»

Luego de la entrada en vigencia del decreto ley uruguayo 14.500, relativo a la actualización de las obligaciones, y superada en parte la instancia de la polémica que suscitó su oscura redacción, podemos decir que la obligación de reparar daños causados por el incumplimiento contractual opera desde la exigibilidad de la prestación. Según el artículo 1502 del CC la obligación es exigible cuando venció el plazo o se cumplió la condición.

Esta actualización del valor del daño se efectúa desde el momento en que la prestación se incumple y se vuelve exigible, hasta el momento en que la víctima recibe el pago del valor de la reparación.

Puede suceder que en la sentencia se fije el valor actualizado por el decreto legislativo 14.500, pero que el pago de los daños causados se demore más. En estos casos, la fecha de cálculo de la actualización debida no es la de la sentencia sino la del día del pago. Los criterios de reajuste del valor del daño contractual se pueden pactar por acuerdo de partes (artículo 9, decreto legislativo 14.500). No se debe cometer el error de pensar que la desvalorización de la moneda es por sí *otro* daño que se debe resarcir (Ordoqui Castilla, 1992). Los criterios de actualización del decreto legislativo 14.500 permiten obtener un valor restablecido del monto resarcitorio del daño. Al respecto, Peirano Facio (1995, p. 16) señala que el ajuste de esta ley no constituye una reparación de daños y perjuicios, puesto que nadie puede decir que las modificaciones de la moneda incluyan parte de los daños y perjuicios causados. Por consiguiente, la razón del ajuste no está en el daño, sino en la calidad de la moneda que se usa en el Estado para reparar el perjuicio.

2.12. Décimo segunda regla: «El valor del daño contractual resultante del atraso en el pago de una suma de dinero genera intereses»

El atraso en el cumplimiento de las obligaciones genera un daño que se denomina *moratorio*, cuya entidad resarcitoria, según los casos, estará determinada por la ley o el acuerdo de partes.

Si el atraso ocurre en las obligaciones de pagar una suma de dinero, opera un mecanismo legal de carácter excepcional en lo que refiere a la determinación y cuantificación del daño contractual resarcible, que se conoce con el nombre de *interés legal*. Cuando se está ante una obligación de pagar una suma de dinero y se exige el cumplimiento porque han habido atrasos, se debe contemplar el daño moratorio (artículo 1342 inciso 2 y 1348 del CC) (1617). Así, uno de los primeros interrogantes que debemos formularnos respecto a estos intereses legales (resarcitorios del daño moratorios) es desde cuándo se computan.

Desde un punto de vista estrictamente legal, podemos señalar, como bien lo hace Gorfinkiel (2000, p. 21), que no existe una única solución, pues, por un lado, ciertas disposiciones señalan que el interés moratorio corre desde la demanda (artículos 1348, 2213 y 2214 del CC, y artículos 225 y 707 del Código de Comercio —en adelante, CCo—), mientras otras lo computan desde la mora (artículos 1729 inciso 3, 1853 y 2073 del CC, y 32 del CCo) del deudor.

Por principio, no obstante su denominación, estos intereses no corren desde la mora sino desde la demanda (artículos 1348, 2213 y 2214 del CC) o desde la audiencia de conciliación, siempre que esta sea seguida de demanda y emplazamiento dentro de los treinta días siguientes. Este criterio, en ciertos casos particulares, fue desplazado por la norma al remitirse a *la mora* como origen del cómputo (artículos 1729 y 1853 del CC). No debe olvidarse, además, que este criterio rige solo para las obligaciones de dar una suma de dinero, por lo que no sería aplicable, por ejemplo, a otro tipo de compromisos, como el de hacer o las obligaciones de valor, en los cuales los intereses se computarían desde la exigibilidad. Existen otros casos en los que el cómputo opera *ipso iure*, es decir, sin que sea necesario ningún acto del acreedor (ver los artículos 2073, 2082, 2258 y 2073 del CC), intimación en mora o demanda judicial.

A la interrogante planteada acerca de si estos intereses legales deben pedirse expresamente en la demanda o si pueden imponerse de oficio, Gorfinkiel nos dice que la opinión que prevalece actualmente en nuestros tribunales es la de que el tema está sujeto al «principio de rogación» (2000, p. 56), por el cual el tribunal no puede imponerlos de oficio, so pena de incurrir en incongruencia por *ultra petita*. En este mismo contexto, surge, del artículo 2212 del CC, que a falta de estipulación expresa de cuál es el interés moratorio aplicable, si se convinieron intereses compensatorios, estos devienen en caso de mora, y de pleno derecho, en intereses moratorios.

Si las partes no acordaron un determinado interés de mora ni existen compensatorios que continúen como moratorios (p. 46), la demora en el pago genera un interés legal moratorio del 12% (artículo 2207 del CC).

Ante lo reducidos que son los intereses legales (12% anual en pesos), la doctrina se planteó si es posible reclamar los mayores daños no cubiertos por este interés y que se generan realmente por la demora en el cumplimiento. Por otro lado, si existen intereses convencionales, el tema no se plantea, pues este fue resuelto expresamente por las partes.

Consecuentemente, el problema se suscita cuando nada se previó sobre el particular. Aquí la doctrina sostuvo diferentes posiciones, pues, por un lado, estuvieron quienes entendieron que ello era posible (Carnelli, 1970, p. 262) ya se trata de un daño que debe ser resarcido.

Gamarra (2012, p. 275), sostuvo que esta puede ser una solución justa, pero que está, de acuerdo con el artículo 1348 del CC (1617), el cual señala que estos intereses «no consisten sino en la condenación de intereses legales». Cuando se está ante prestaciones que consisten en obligaciones dinerarias, sea porque las partes lo acuerdan o porque la ley lo autoriza, su incumplimiento determina que el daño contractual patrimonial genere un interés que puede ser compensatorio o moratorio. Si, por ejemplo, el deudor de una obligación dineraria se atrasa en el cumplimiento, deberá intereses moratorios desde su constitución en mora, sobre el capital debido.

El CC, en el artículo 1348 establece reglas particulares para la valoración de la indemnización destinada a resarcir el daño resultante del retraso en el pago de la suma de dinero, que se expresa en la cancelación del denominado *interés moratorio*.

En nuestra opinión, la norma para estos casos fijó un valor del daño que se supone existente y, por tanto, debe ser asumido como tal. Si la realidad marca otros valores que no surgen de la ley, debe respetarse esta última, que opera *forfaitaire* con prescindencia de la realidad.

2.13. Décimo tercera regla: «La evaluación se debe realizar en ejercicio del poder discrecional del juez y fundada en las circunstancias del caso»

Finalmente, la evaluación que el juez realiza del daño contractual se fundará en el ejercicio de su poder discrecional (lo que no quiere decir actuar en forma arbitraria). De este modo, proceder con discrecionalidad supone actuar fundamentado y dentro del orden jurídico, contemplando los dictados de las máximas de la experiencia y las circunstancias concretas del caso. Actuar de este modo no supone proceder en forma arbitraria o antojadiza, sino con fundamentos, debiéndose proceder de modo tal que si otro juez se replantea el punto, pudiera llegar a las mismas consecuencias en consideración a las pruebas y circunstancias del caso analizadas.

La remisión que el propio CC hace a la necesaria contemplación de las circunstancias del caso (artículo 16) lleva implícita la autorización del legislador para que el juez actúe dentro de lo que surja de su percepción sobre los valores de las cosas y de cuál es el perjuicio realmente causado al afectado que se trata de avaluar y resarcir.

Como ya lo indicamos anteriormente (Ordoqui Castilla, 1978, p. 265), cuando el legislador autoriza a que el juez actúe según su discrecionalidad, lo autoriza a que dictamine sobre la base de lo que él entiende por equidad para el caso concreto, y desempeña una saludable función creadora de derecho, pues muchas de sus evaluaciones, o los criterios de evaluación seguidos, cobrarán la fuerza del precedente y se proyectarán como verdaderas *máximas consolidadas*. Empero, esta regla referente a la evaluación del daño contractual fundado en la equidad es aplicable solo en los casos en que resulta imposible probar el valor del daño en forma precisa. En otras palabras, el principio general parte de que cuando es posible acreditar el valor del daño, con la certeza que pueda brindar la información del mercado, ello debe respetarse, y no es posible sustituir esta certeza por la equidad del juez.

Actuar según la equidad es posible, entonces, solo cuando no hay certeza acerca de los valores, y ello supone, en esencia, actuar sobre otros fundamentos que están, precisamente, en la necesaria ponderación de las circunstancias del caso. Por tanto, debe tenerse muy en cuenta que esta regla solo se aplica para avaluar daños de cuantificación incierta y que no se emplea para la determinación de la existencia del daño, en la cual, por cierto, deberá acreditarse en todo caso su certeza.

3. REFLEXIÓN FINAL

La afirmación de que las reglas de derecho solo pueden ser comprendidas si se tienen claros los fines que persiguen es una verdad incuestionable. Cuando en el derecho contractual se establece un valor para resarcir la prestación no cumplida, no se busca solo el fin de medir un valor. Fuller y Perdue (1957, p. 9) destacan que el resarcimiento del daño contractual cumple, en realidad, tres finalidades: en primer lugar, evitar que se obtenga un beneficio o una ganancia como consecuencia de un acto ilícito. En segundo lugar, se busca que desaparezca el perjuicio que supuso para el acreedor el haber confiado en la promesa del demandado. Y, en tercer lugar, se debe proteger el interés legítimo de obtener los beneficios de la prestación prometida.

En nuestra opinión, la primera finalidad de la obligación de reparar un daño, sea contractual o extracontractual, es prevenir eventos que lesionen el interés tutelado (Franzoni, 1982, p. 105). Si ello no se logra, el fin será reparar el daño causado y no tanto sancionar al culpable (Rodotà, 1964; Visintini, 1996).

Al interrogante de ¿a qué obliga el contrato?, la respuesta no debe quedar limitada a decir: «a lo que en él se expresa», pues es el propio codificador quien nos dice que también obliga a lo que en él no se expresa (artículo 1291 inciso 2 del CC); es decir, a todo lo que surge del orden jurídico sobre lo expresado por las partes (efectos).

Dentro de estos efectos del contrato y de la obligación originaria está la obligación de resarcir los daños que pueda causar el eventual incumplimiento. Lo quiere decir que, desde el perfeccionamiento del contrato, existe, en estado potencial, el deber de ejecutar la prestación y, si ello no ocurre y se causan daños, es un resultado del contrato, y no de obligaciones sobrevinientes, el deber de reparar el daño contractual que forma parte de la misma esencia del vínculo obligacional. Como reflexión final y presentando esta noción en estado embrionario, proponemos razonar sobre la idea de que, de acuerdo con el artículo 1346 del CC (1616), la previsibilidad *genética* u originaria, respecto de los daños que puedan sobrevenir con el incumplimiento, es determinante, al menos en parte, de la obligación resarcitoria que pueda generarse con los daños que cause dicha falta.

Si ello es así, la responsabilidad contractual no es solo la respuesta del ordenamiento a un ilícito, pues si así fuere solo se valorarían sus consecuencias, y aquí el monto resarcible está determinado, al menos en parte, por la previsión *originaria* de las partes, por cierto, previa al incumplimiento. Di Gravio (1999, p. 99) llega a sostener que la obligación resarcitoria no tiene fuente en la ley sino en el hecho constitutivo de la obligación. No es la mera consecuencia del incumplimiento, sino que lo que sucede en realidad es lo que, con sabiduría, Narvaja previó en el artículo 1551 del CC (1731), al decir que en estos casos «la obligación subsiste pero varía el objeto», pues el deudor pasa a deber los daños y perjuicios causados.

Así, ocurre aquello que Breccia (1991, p. 63) denomina *fenómeno de la conversión legal de la obligación primaria en obligación resarcitoria*. El nuevo derecho de crédito por exigir la reparación del daño causado surge, en parte, dentro de lo que fue previsto o previsible por las partes desde el origen del contrato.

En consecuencia, la disciplina del resarcimiento del daño contractual está presente en el contrato que ha dado origen a la obligación originaria (Trimarchi, 1984, pp. 4 y ss.). Podrá decirse que con el incumplimiento se convierte o se transforma la obligación originaria en una por reparar, pero lo cierto es que siempre existió potencialmente esta obligación, precisamente, para lograr el efecto de que ellas se respeten, se eviten los enriquecimientos injustificados, se tutelen los beneficios legítimamente esperados, y, sobre todo, se proteja la confianza de haber concebido al contrato como el instrumento de mayor trascendencia en el intercambio de intereses entre las partes, sin lo cual la vida en sociedad no sería posible.

ANEXO: 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 la falta sea excusable.
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.

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.*
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.*
3. Si el deudor de una *prestación profesional* ha actuado, para cumplirla 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.
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 a terceros*, dejando a salvo el derecho de repetir, si procede, contra estos últimos.
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:

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.

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 considerarán 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, de 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
 - 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

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;
 - 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.

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.

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.
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 y los usos y costumbres.

Ello salvo que el incumplimiento sea deliberado o gravemente negligente, en cuyo caso se deberán aun los daños imprevisibles e indirectos.
2. *Se responde solo del daño directamente causado* a menos que se haya incurrido en culpa grave o dolo.

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.

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.

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.
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.

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.

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.

Artículo 11. Incidencia de la conducta del acreedor

Cuando el daño se deba parcialmente a un acto u omisión de la parte perjudicada o a otro acontecimiento por el que esta parte asume el riesgo, la cuantía del resarcimiento se reducirá en la medida en que tales factores hayan contribuido al daño, considerando 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 perjudicada, en tanto que este pudo haber sido reducido si esa parte hubiera adoptado medidas razonables.

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

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alpa, Guido (1989). Rischio contrattuale (dir. vig.). En *Enciclopedia del diritto*. Vol. XL. Milán: Giuffrè.
- Amézaga, Juan José (1949). *Culpa contractual: lecciones de derecho civil*. Montevideo: s/e.
- Bianca, Massimo (1991). *Dell'inadempimento delle obbligazioni*. Roma: Foro italiano.
- Bianca, Massimo (1994). *Diritto civile*. Vol. V. Milán: Giuffrè.
- Breccia, Umberto (1991). *Le obbligazioni*. Milán: Giuffrè.
- Carnelli, Santiago (1970). Desde cuando se devengan los intereses en la responsabilidad extracontractual (NJ). *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, 68, 8-12.
- Cattaneo, Giovanni (1967). Il concorso di colpa del danneggiato. I. Il fondamento dell'autoresponsabilità per colpa. *Rivista di diritto civile*, XIII, 406-515.
- Chartier, Yves (1983). *La réparation du préjudice*. Paris: Dalloz.
- Corradi, Elisabetta & Pinori, Alessandra (1999). Il principio della riparazione integrale dei danni. En Visintini, G. (dir.), *Il risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale* (pp. 41-72). Milán: Giuffrè.
- Coviello, Leonardo (1931) *L'obbligazione negativa*. Nápoles: SIEM.
- Criscuoli, Giovanni (1972). Il dovere di mitigare il danno subito. *Rivista di diritto civile*, I, 553-606.
- De Cupis, Adriano (1975). *El daño*. Barcelona: Bosch.
- Derrida, Fernand (1951). L'évaluation du préjudice au jour de la réparation. *JCP*, I.
- Di Gravio, Valerio (1999). *Prevedibilità del danno e inadempimento doloso*. Milán: Giuffrè.
- Di Majo, Adolfo (1997). *Responsabilità contrattuale*. Turín: UTET.
- Di Prisco, Nicola (1973). *Concorso di colpa e responsabilità civile*. Nápoles: Jovene.
- Forchielli, Paolo (1960). *Il rapporto de causalità nell'illecito civile*. Padua: CEDAM.

- Franzoni, Massimo (1982). Prevenzione e risarcimento del danno da prodotti industriali. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, XXXVI, 79 y ss.
- Franzoni, Massimo (1996). *Il danno al patrimonio*. Milán: Giuffrè.
- Fuller, Lon & Perdue, William (1957). *Indemnización de daños contractuales y protección de la confianza*. Barcelona: Bosch.
- Gamarra, Jorge (1977). *Tratado de derecho civil uruguayo*. Tomos XVII y XVIII. Montevideo: MBA.
- Gamarra, Jorge (2012). *Responsabilidad contractual*. Tomo I. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Gambino, Agostino (1960). Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell'alea normale del contratto. *Rivista del diritto commerciale*, I, 416 y ss.
- Gorfinkiel, Isaac José (2000). *Los intereses de mora en las obligaciones civiles y comerciales*. Montevideo: Del Foro.
- Lagostea Bassi, Augusta & Rubini, Lucio (1974). *La liquidazione del danno*. Milán: Giuffrè.
- Le Tourneau, Philippe (1982). *La responsabilité civile*. París: Dalloz.
- Mazeaud, Henri, Mazeaud, León & Tunc, André (1963). *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Ordoqui Castilla, Gustavo (1978). Derecho judicial y la evaluación del daño extracontractual. *Anuario de derecho civil uruguayo: Jurisprudencia 1977*, 8, 251 y ss.
- Ordoqui Castilla, Gustavo (1986). *Teoría de la imprevisión*. Montevideo: Jurídicas.
- Ordoqui Castilla, Gustavo (1992). La desvalorización monetaria no es un daño: a propósito de un comentario efectuado por Gamarra. *Anales del Foro*, 117-118, 253-263.
- Ordoqui Castilla, Gustavo (2000). *La cláusula penal y otros medios compulsivos*. Montevideo: Del Foro.
- Ordoqui Castilla, Gustavo (2001). *Lecciones de derecho de las obligaciones*. Tomo IV, vol. II. Montevideo: Del Foro.
- Peirano Facio, Jorge (1960). *Curso de obligaciones*. Tomo III. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Peirano Facio, Jorge (1995). La mora en el derecho uruguayo. En *La mora en el MERCOSUR*. Montevideo: Bibliográfica Uruguaya Carlos Álvarez.
- Peretti Griva, Domenico Riccardo (1957). Sulla compensatio lucri cum damno. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*.

- Pinori, Alessandra (1992). La prevedibilità del danno. *Rivista di diritto civile*, II.
- Pinori, Alessandra (1998). *Il danno contrattuale*. Padua: CEDAM.
- Polacco, Vittorio (1915). *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*. Roma: Athenaeum.
- Pothier, Robert Joseph (1978). *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Heliasta.
- Pugliatti, Salvatore (1989). Autoresponsabilità. En *Enciclopedia del diritto*. Vol. IV. Milán: Giuffrè.
- Puig-Brutau, José (1982). *Fundamentos de derecho civil*. Tomo II, vol. II. Barcelona: Bosch.
- Puleo, Salvatore (1961). Compensatio lucri cum damno. En *Enciclopedia del diritto*. Vol. VII. Milán: Giuffrè.
- Rodotà, Stefano (1964). *Il problema de la responsabilidad civile*. Milán: Giuffrè.
- Rossello, Carlo (1990). *Il danno evitabile. La misura della responsabilidad tra diligenza ed efficienza*. Padua: CEDAM.
- Roujou de Boubéé, Marie-Evè (1974). *Essai sur la notion de réparation*. París: Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- Salvi, Cesare (1989). Risarcimento del danno. En *Enciclopedia de diritto*. Vol. XL. Milán: Giuffrè.
- Savatier, René (1951). *Traité de la responsabilité civile en droit français*. Tomo II. París: Librairie générale de Droit et de Jurisprudence.
- Segalerba, Antonio (1999). Il criterio dell'evitabilità delle conseguenze dannose de parte del creditore danneggiato. En Visintini, G. (ed.), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*. Milán: Giuffrè.
- Soler Presas, Ana (1998). *La valoración del daño en el contrato de compraventa*. Pamplona: Aranzadi.
- Trigo Represas, Félix (1998). Extensión de la responsabilidad por incumplimiento contractual. *Revista de derecho privado y comunitario*, 17, Responsabilidad contractual-I, 9 y ss.
- Trimarchi, Pietro (1966). *Causalità e danno*. Milán: Giuffrè.
- Trimarchi, Pietro (1984). Causalità giuridica e danno. En Visintini, G. (dir.), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale* (pp. 1 y ss.) Milán: Giuffrè.
- Viney, Geneviève (1988). Les obligations. La responsabilité: effets. En Viney, G. & Ghestin, J., *Traité de droit civil*. Vol. V. París: LGDJ.
- Visintini, Giovanna (1996). *Trattato breve della responsabilidad civile*. Padua: CEDAM.

- Visintini, Giovanna (1999). Il risarcimento del danno. En Rescigno, P. (ed.), *Trattato di diritto privato*. Tomo IX. Turín: UTET.
- Visintini, Giovanna & Pinori, Alessandra (1999). La nozione di danno en la tecniche risarcitorie. En Visintini, G. (dir.), *Il risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale* (pp. 1-39). Milán: Giuffrè.
- Weill, Alex & Terré François (1986). *Droit civil: les obligations*. París: Dalloz.