

# El sistema de responsabilidad contractual

## (Materiales para un debate) (\*)

FERNANDO PANTALEON

Catedrático de Derecho Civil. Universidad Carlos III de Madrid

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Función de la responsabilidad contractual. 3. ¿Función preventivo-punitiva? 4. ¿Función reintegradora del derecho de crédito lesionado?: responsabilidad contractual, pretensión de cumplimiento y resolución por incumplimiento. 5. Los criterios de imputación del incumplimiento al deudor. *Apendice:* Evolución histórica y análisis comparado de los criterios de imputación objetiva del daño contractual.

### 1. INTRODUCCION

Las reflexiones que siguen versarán sobre la responsabilidad contractual en sentido estricto, esto es, la derivada del incumplimiento de obligaciones *nacidas de contrato*; no hablaremos, por tanto, de la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones legales. A mi juicio, el efecto más negativo de la elaboración de la Teoría General de las Obligaciones por parte de los juristas del *civil law* consiste en que ha generado la equivocada idea, difícil de entender para un jurista del *common law*, de que los principios que vertebran la responsabilidad del deudor que incumple son los mismos, con independencia de que la obligación incumplida hayan nacido o no de contrato. Así parecieron

---

(\*) La mayor parte de las mejores ideas que puedan encontrarse en las páginas que siguen son fruto de las largas conversaciones que, sobre el tema objeto de este trabajo, he mantenido con el profesor Díez-Picazo. Se ha tratado de una colaboración entre maestro y discípulo en el sentido clásico de la palabra: donde el maestro demuestra su generosidad intelectual (el profesor Díez-Picazo está en estos momentos terminando de reelaborar el tomo I de sus Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial) y el discípulo aprende mucho, toma notas y, en ocasiones, se atreve a discrepar. Precisamente por esto último, los errores que pueda haber a continuación son sólo míos.

Los profesores Paz-Ares y Salvador Coderch leyeron el original y me hicieron valiosas sugerencias.

pensarlo, en efecto nuestros codificadores, cuando menos a partir del Anteproyecto de 1882-1888 (comp. sus arts. 1118-1125 con los arts. 993-1010 del Proyecto de 1836, y los arts. 1011-1016 Proyecto de 1851); pero en lo que sigue probaremos que tal pensamiento debe ser rectificado por el intérprete, en ocasiones reduciendo teleológicamente el tenor literal de alguno de los preceptos claves: en concreto, el de la proposición primera del artículo 1107.I CC, sin duda sólo aplicable al incumplimiento de obligaciones contractuales. Cabe anticipar ya que nos parece evidente que esa *específica distribución de riesgos entre las partes, imputable a su autonomía privada, que todo contrato supone*, ha de reflejarse en el régimen jurídico de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones nacidas de contrato; lo que, por hipótesis, no cabe predicar respecto de las obligaciones legales.

La base 19 de la Ley de 11 de mayo de 1888 comienza con las palabras «la naturaleza y efectos de las obligaciones serán explicados *con aquella generalidad que corresponda a una relación jurídica cuyos orígenes pueden ser muy diversos*». Casi con las mismas palabras comenzaba la base XVIII del Proyecto de Ley de 7 de enero de 1885; siendo curioso señalar que, al comienzo de su base XXII, se leía: «En armonía con los principios establecidos en la *teoría general de las obligaciones [...]*».

Pero lo cierto es que la construcción legislativa de dicha teoría general de las obligaciones por parte de los redactores del libro IV del Anteproyecto de 1882-1888 consistió en buena medida en sustituir acríticamente las referencias al «contrato» o a «lo pactado» que aparecían en varios artículos del Proyecto de 1851 por la palabra «obligación» (compárese, p. ej., los arts. 1115.II, 1117, 1119, 1120, 1122, 1133.I, 1141, 1144 y 1188.I del Anteproyecto de 1882-1888 precedentes de los arts. 1098.II, 1100, 1102, 1103, 1105, 1116.I, 1124, 1127 y 1171.I del vigente Código Civil, con los arts. 1108.II 1107, 1012, 1013, 1014, 1033.I, 1042, 1047, 1091.I del Proyecto de 1851, respectivamente) (1).

## 2. FUNCION DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

La función de la responsabilidad contractual es puramente indemnizatoria. No tiene una función preventivo-punitiva: no trata de castigar los incumplimientos para así desincentivarlos. Tampoco tiene, ni siquiera en los casos de imposibilidad sobrevenida de la prestación, una función de «reintegración, por equivalente, del derecho de crédito lesionado» (*rechtsverfolgende Funktion*): la indemnización a pagar por

---

(1) Un inspirado apunte sobre la idea del texto den Díez-PICAZO, «El derecho de obligaciones en la Codificación Civil española», *Centenario del Código Civil* (1990), I, p. 715

el deudor responsable no es, ni en todo (*id quod interest*) ni en parte (*aestimatio rei*), un subrogado de la prestación devenida imposible; el pago de aquélla al acreedor no es un «cumplimiento por equivalente» de la obligación originaria (2) —a la que la lógica (¿y el art. 1.156.III CC?) exige considerar extinguida—, sino cumplimiento, sin más, de la obligación de resarcir (en su caso, *in natura*) (3) los daños causados al acreedor, nacida *ex novo* del supuesto de hecho de la responsabilidad contractual. Desaparecido por completo el sistema procesal romano, no existe ninguna razón de peso para seguir conservando ese artificio inútil en que se ha convertido la *perpetuatio obligationis* (4).

La única lectura a *contrario* del artículo 1182 CC que me parece razonable es la de que, en caso de que la cosa debida se pierda por culpa del deudor, éste *no quedará liberado* (v. art. 1184 CC), pese a la natural extinción de la obligación originaria, *puesto que nacerá a su cargo, frente al acreedor, la obligación indemnizadora regulada por los artículos 1101 a 1107 CC* (5). Y no me cabe duda de que

---

(2) Frente a lo que pensar nuestra doctrina dominante: Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, I, 2.ª ed. (1983), p. 748; DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho Civil*, II-1, 2.ª ed. (1985), pp. 225 y 259; BADO-SA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil* (1987), pp. 661 s., 863, s., 887 s., 984 ss.; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, II, 6.ª ed. (1989), pp. 226-227. En Díez-Picazo y Badosa la idea aquí rechazada se restringe al valor del objeto de la prestación, aunque el primero, apartándose de la tradición, le denomine *id quod interest* en vez de *aestimatio rei*.

La opinión contraria a la del texto es también dominante en la doctrina italiana: paradigmáticas, las exposiciones de MENGONI, «Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi (studio critico)», *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 283, nt. 13; y SCOGNAMIGLIO, «Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale», en *Noviss. Dig. It.*, VIII (1968), p. 672.

(3) Vid. DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ y otros, *Elementos...*, II-1 cit., p. 280; CAPILLA, *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito* (Fund. Univ. de Jerez, s.d.), pp. 54 ss. En la doctrina alemana, por todos, EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 2.ª ed. (1986), § 11.II.2, pp. 113 ss.

(4) Un autorizado sector de la doctrina alemana viene sosteniendo las ideas del texto: MEINCKE, «Rechtsfolgen nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung beim gegenseitigen Vertrag», *AcP* 171 (1971), pp. 27 ss.; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, 13.ª ed. (1982), § 22 I, p. 306; EMMERICH, en *Münchener Kommentar zum BGB*, II, 2.ª ed., (1985), § 280, RdNr. 3 ss.

(5) En el artículo 1160 del Proyecto de 1851, tras disponerse que «cuando la deuda consistiere en una cosa cierta y determinada, y se perdiere sin culpa del deudor y antes de constituirse éste en mora, la obligación queda extinguida», se precisaba que «habiendo culpa o mora por parte del deudor estará éste obligado a la indemnización con arreglo a lo que se prescribe en la sección 3.ª del capítulo II de este título [los hoy arts. 1101 a 1109 CC]», y que «lo mismo sucederá cuando se hubiere obligado a la prestación del caso fortuito, aunque no haya culpa ni mora por parte del deudor». Me parece indudable que éstos párrafos fueron suprimidos, ya en el artículo 1191 del Anteproyecto de 1882-1888, por considerarlos superfluos, y no para permitir una interpretación a *contrario* del anterior, en el sentido de una perpetuación «por equivalente» de la obligación originaria.

también en caso de que la imposibilidad sobrevenida de la prestación de entregar cosa determinada sea imputable al deudor, podrá el acreedor que no haya optado por la resolución del contrato exigir al amparo del artículo 1186 CC, en vez de la indemnización del daño en la medida de su íntegro interés en el cumplimiento, el (en ocasiones, más valioso) *commodum representationis* (y si menos valioso, la cantidad, además, que falte para alcanzar aquella indemnización) (6).

Ni que decir tiene que tampoco es función de la responsabilidad contractual la de evitar que el deudor se enriquezca por efecto de su incumplimiento. Parece equivocado, en cambio, afirmar que «no existe principio alguno en virtud del cual el deudor deba el beneficio que obtiene el incumplimiento» (7). El artículo 1186 CC ha de considerarse aplicable, no sólo al *commodum ex re* (8), sino también al *commodum ex negotiatione*. Lo que significa, en esencia, que si el deudor enajena a un tercero la cosa debida, el acreedor podrá optar por exigir de aquél, con apoyo en el mencionado precepto, la cesión de la pretensión a la contraprestación debida por el tercero, o la entrega de lo ya satisfecho por éste; alternativa que interesará especialmente al acreedor, cuando, con ella, pueda obtener una suma mayor que la que conseguiría, como indemnización de daños y perjuicios, por la vía de la responsabilidad contractual: si la contraprestación del tercero tiene un valor superior al valor de mercado de la cosa debida, y si no cabía razonablemente prever que, de haber cumplido el deudor, el acreedor hubiera logrado celebrar con un tercero un contrato tan ventajoso como el conseguido por el deudor (9). Las pala-

---

(6) Así, sobre el § 281 BGB, por todos, EMMERICH, *Leistungsstörungen*, §§ 7.III.2.a) y 7.III.b), pp. 84 y 88; HEINRICH, en *Palandt BGB*, 50.<sup>a</sup> ed., (1991), § 281, Rn. 5 y 9.

(7) Como afirma CARRASCO, *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales* EDERSA, XV-1 (1989), p. 668.

(8) Justiprecio de la expropiación de la cosa debida, cantidad a pagar por el asegurador de daños de la misma... No, en cambio, frente a lo que sostiene un sector mayoritario de nuestra doctrina, la indemnización debida por el tercero culpable de la pérdida de la cosa: dado que el supuesto de hecho de las normas de responsabilidad extracontractual no requiere, en nuestro Derecho, la lesión de un derecho subjetivo absoluto —a diferencia de lo que ocurre, p. ej., en el Derecho alemán (§ 823.I BGB)—, la pretensión indemnizatoria contra el tercero culpable de a pérdida de la cosa debida nacerá directamente en cabeza del acreedor, que es el verdadero dañado (Vid. PANTALEÓN, *Comentario al Código Civil M. Justicia*, art. 1902, I.4 y V.1, y allí otras referencias).

(9) Desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, se podría argüir que, como demuestra el ejemplo del texto, la tesis que aquí se defiende sobre el ámbito de aplicaciones del art. 1186 CC resulta criticable, puesto que conduce a desincentivar incumplimientos (dolosos, pero) eficientes [vid. SCHÄFER y OTT, *Manual de análisis económico del Derecho Civil* (1986, trad. 1991), pp. 276 ss.] Pero, por un lado, el argumento parece olvidar los efectos desincentivadores que, sobre la contratación en general, provocará probablemente un sistema jurídico que fomente los incumplimientos dolosos, aun si cada uno en concreto eficiente. Y por otro lado, no hay ningún motivo para preferir los argumentos de eficiencia económica (criterio Kaldor-Hicks) a los de justicia conmutativa (o si se prefiere, a los de eficiencia económica, criterio Pareto).

bras «por razón de ésta [la cosa]» con las que finaliza el artículo 1186 no parecen argumento bastante para limitar el ámbito de aplicación del precepto al *commodum ex re*: las palabras «für den geschuldeten Gegenstand» del § 281.I BGB no han impedido a la jurisprudencia y a la doctrina dominante en Alemania mantener la opinión aquí defendida (10). Y en el artículo 1683 CC, para una hipótesis análoga, nuestro legislador ha dejado muy clara su valoración de los intereses en conflicto (11).

### 3. ¿FUNCION PREVENTIVO-PUNITIVA?

La afirmación de que la responsabilidad contractual no tiene función preventivo-punitiva requiere —además de recordar que dicha responsabilidad es asegurable, y que la obligación indemnizatoria que nace de ella no es personalísima, sino transmisible *mortis causa* a los herederos del responsable— dejar muy claro que tal responsabilidad no se gradúa en atención a la mayor o menor gravedad de la conducta del deudor incumplidor, sino conforme a la entidad del daño causado al acreedor, objetivamente imputable a la falta de cumplimiento. Para ello, es necesario ocuparse del artículo 1107 y de la proposición final del artículo 1103 CC.

Pero quizás convenga recordar antes algo tan obvio como que, por reprochable al deudor que haya sido una falta de cumplimiento, no existirá responsabilidad contractual, si el incumplimiento, como a veces sucederá, no causa daño alguno al acreedor. Quizás convenga recordarlo, al mismo tiempo que se critican algunas aseveraciones de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1984, que han tenido eco en la jurisprudencia posterior (SSTS 27 de junio 1984, 17 de enero de 1985, 5 junio de 1985, 24 de septiembre de 1986, 30 de septiembre de 1989). En dicha sentencia puede leerse, con referencia a «la restrictiva y reiterada doctrina de esta Sala relativa a la necesidad de probar la producción efectiva de los daños y perjuicios cuya indemnización se postula, de acuerdo con la formulación jurisprudencial, también reiterada, de que el sólo incumplimiento contractual no es suficiente para sancionar el deber de indemnizar», que «si bien es cierta la constante cita y apli-

---

(10) Vid. por todos, EMMERICH, *Leistungsstörungen*, cit., § 7.III.2.d), p. 85; PALANDT/HEINRICH, § 281, Rn. 6.

(11) No argumentaré con los artículos 1778 y 1897 *in fine* CC, puesto que el depositante o el *solvens* serán, típicamente, *propietarios* de la cosa enajenada por el depositario o el *accipiens de buena fe*. Pero sí podría traerse a colación la proposición primera del artículo 1095 CC, en cuanto demuestra, en parangón con el artículo 353 CC, que se atribuye ya al acreedor de la cosa del monopolio de las utilidades de la misma.

cación (no siempre adecuada) de la doctrina aludida incluso con el mero y simple alegato de su fórmula estereotipada («el solo incumplimiento no genera el deber de indemnizar»), más lo es que, en buena técnica de realización del Derecho, ha de matizarse el encaje de los hechos a esa abstracta formulación en exceso generalizada, y, con la vista puesta en los casos decididos a su amparo, de determinar su verdadero alcance y sentido circunstancial, no otro que el de evitar un injusto provecho en el contratante al socaire del incumplimiento del otro que no haya producido real y efectivo perjuicio o daño, en especial —y muchas de las sentencias que al efecto sientan la doctrina la precisan así— el de negar el resarcimiento de los perjuicios o ventajas dejadas de obtener con el incumplimiento, meramente contingentes o de puras expectativas no contrastadas, o bien, en los casos de petición conjunta del cumplimiento específico e indemnización, acceder sólo a lo primero, negando lo segundo por entender que la satisfacción del acreedor contratante ya ha de considerarse satisfecha, sin aumentar el resarcimiento o restauración del derecho con repercusión económica de perjuicios no acreditados, lo cual, en definitiva, no excluye la idea de que el incumplimiento (impago de una renta, de un precio, de un hacer o prestar un servicio una gestión por ejemplo) no constituya *per se* un perjuicio, un daño, una frustración en la economía de la otra parte, en su interés material o moral, pues lo contrario equivaldría a sostener que el contrato opera en el vacío y que sus vicisitudes, en concreto las contravenciones de las partes, no habrán de tener ninguna repercusión, contradiciendo así, además, la realidad normativa de la fuerza vinculante del contrato y de sus consecuencias, perfectamente señaladas en el artículo 1258 del Código Civil [...]; lo que evidencia que la falta de prestación no ha de quedar impune por constituir *in re ipsa* el propio daño o perjuicio, en cuanto frustración fácticamente valorable, sin más prueba que la propia omisión, naturalmente según casos y circunstancias, a lo que la propia jurisprudencia citada como restrictiva da pie al decir que “no siempre” el incumplimiento produce el deber de resarcir».

Afirmaciones éstas últimas, quizás comprensibles como reacción frente a la muy restrictiva doctrina jurisprudencial que, en materia de indemnización por ganancias dejadas de obtener por el acreedor, sentaron sentencias como las de 24 de octubre de 1953, 10 de abril de 1954, 2 de abril de 1960, 6 de mayo de 1960, 30 de noviembre de 1961 o 10 de junio de 1976; pero que no pueden compartirse: ni es verdad que todo incumplimiento suponga *per se* un daño —baste pensar en el incumplimiento por parte de un comprador de su obligación de pagar el precio, que permite el vendedor resolver la venta de un bien cuyo valor de mercado se haya incrementado extraordinariamente entre el momento de la celebración del contrato y el de la resolución—, ni la función de la responsabilidad contractual es la de prevenir o castigar el incumplimiento de los deberes contractuales.

3.1. La proposición primera del artículo 1107.I CC dispone que «los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación».

Que «deudor de buena fe» en esta norma es todo deudor que tenga que responder del incumplimiento, sin que quepa reprocharle haber actuado con dolo —lo que incluye también, aunque no sólo, al deudor negligente—, lo tengo seguro, pese a una muy autorizada opinión en contrario (12), desde la elaboración de mi tesis doctoral (13). Con estos argumentos:

a) Si se acepta la hipótesis de que la expresión «deudor de buena fe» no incluye al deudor negligente, ¿donde estaría regulando nuestro Código Civil la extensión de la obligación de indemnizar del deudor negligente? ¿Qué norma debería aplicarse análogicamente para cubrir la pretendida laguna: una de tenor tan disparatado como la del párrafo segundo del artículo 1107 CC, chocando además frontalmente con toda la tradición de los Derechos latinos en la materia (14), o el párrafo primero de dicho artículo, con lo que se acabaría incluyendo por analogía en el ámbito de aplicación del artículo 1107.I lo que la hipótesis de partida trataba de excluir?

b) En nuestra codificación civil, la expresión «deudor de buena fe» aparece por primera vez en el artículo 1124.I de Anteproyecto de 1882-1888, tomada, con seguridad, del artículo 1151 del Anteproyecto de revisión Código Civil belga de Laurent: *Quand le débiteur est de bonne foi, il n'est tenu que des dommages et intérêts dont la cause a été prévue ou qu'on a pu prévoir lors du contrat* (15). El modelo que dicho jurista utilizó al efecto fue, evidentemente, el artículo 1150 CC francés: «*Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est pas exécutée*». Pues bien, el propio Laurent explicó la sustitución

---

(12) Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, I, cit., p. 713, indudablemente en su deseo de proporcionar soportes normativos a una «objetivación» de la responsabilidad contractual que, frente a la opinión todavía dominante, intuía, con razón, necesaria en términos de justicia y eficiencia económica.

(13) *Del concepto de daño. Hacia una teoría general del Derecho de daños*, (leída en 1981), pp. 707 ss., nt. 64. De acuerdo, DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ y otros, *Elementos...*, II-1, cit., pp. 286 ss.; BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor...*, cit., pp. 711 ss.; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual* (1987), p. 237, nt. 266; CARRASCO, *Comentarios...*, cit., p. 724. De distinta opinión, CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento de las obligaciones* (1989), pp. 286 ss.

(14) Vid. el apartado I del Apéndice a este trabajo.

(15) Vid. por todos, SALVADOR CODERCH y SANTIDIUMENGE, «La influencia del *Avant-Projet de Révision du Code civil* belga de François Laurent en el Código Civil español de 1889», en *Centenario del Código Civil*, II, pp. 1937 ss.

de la frase final de este precepto por las palabras «cuando el deudor sea de buena fe» como un simple cambio de redacción (16). Lo que se confirma, trayendo a colación otros pasajes del mismo jurista, relativos al Código Napoleón: «El artículo 1147 —escribió— añade que el deudor es condenado a indemnizar daños y perjuicios, cuando el incumplimiento le es imputable, aunque no haya mala fe por su parte. *También cuando sea de buena fe, será responsable, si está en mora o tiene culpa.* Este rigor choca a las personas ajenas a la ciencia del Derecho. Pero difícilmente pueden hablarse aquí de rigor sino de aplicación de los principios que rigen la culpa y la mora, que también implica culpa. El deudor no promete sólo su buena fe, responde más allá del dolo». Y añadía un poco más adelante: «El artículo 1150 dice [...] Esta regla procede de Pothier. Supone que el deudor ha incumplido su obligación por simple culpa, sin que pueda reprochársele dolo alguno. *en este sentido se dice que el deudor es de buena fe; lo que no excluye la culpa,* como hemos dicho más arriba» (17).

La regla de proposición primera del artículo 1107.I CC no es sino la manifestación típica, en el campo de la responsabilidad contractual, del criterio de imputación objetiva del «fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad», de una vez se acepta que dicha norma fundamentadora es *el contrato mismo*, ley entre las partes (18).

---

(16) LAURENT, *Avant-Projet de révision du Code Civil*, IV (1884), p. 147.

(17) LAURENT, *Principes de droit civil*, 3.<sup>a</sup> ed. (1878), XVI, núms. 256 y 286, pp. 319 y 345. Los subrayados son míos.

(18) RABEL, *Das Recht des Warenkaufs*, I (1936, reimpr. 1964), pp. 495 ss.; vid. asimismo WEITNAUER, en DÖLLE, *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht* (1979), Vor Artt. 82-89 EKG, Rdnr. 25, 46. Sobre el concepto y los diferentes criterios de imputación objetiva del daño, PANTALEON, «Casualidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en *Centenario del Código Civil*, II, pp. 1.561 ss., según ideas que ya expuse en mi obra *Del concepto de daño...*, cit., p. 39 ss. y 77 ss., y que comparte ahora CARRASCO, *Comentarios...*, cit., pp. 725 ss.

En atención a la finalidad protectora del específico deber contractual infringido por el deudor en el caso concreto, el criterio del «fin de protección de la norma» puede tener otras aplicaciones excluyentes de la imputación objetiva del daño en el ámbito de la responsabilidad contractual, cuyo encaje normativo residiría, en nuestro Derecho, en el requisito de que los daños y perjuicios han de ser «consecuencia necesaria» de la falta de cumplimiento, que exigen las palabras finales del artículo 1107.II CC.

El caso de la jurisprudencia inglesa *Gorris v. Scott* (1874) nos proporciona un excelente ejemplo (otros en CARRASCO, *Comentarios...*, cit., pp. 726 ss.). La parte demandada, propietaria del barco en el que se comprometió a transportar el ganado propiedad de la parte demandante, estaba obligada reglamentariamente a instalar en establos separados a cada uno de los animales que viajasen a bordo. No lo hizo así, y una noche una tormenta barrió de la cubierta a las bestias, que perecieron ahogadas. La parte demandante fundó su pretensión indemnizatoria en el hecho probado de que, si los animales hubiesen sido instalados en establos, como ordenaban los reglamentos, el resultado se

Fue común entre los exégetas franceses justificar la regla del artículo 1150 del *Code Napoléon* mediante la idea de un «convenio tácito» o acuerdo implícito entre las partes al tiempo de contratar. Ello no es sino otra de las ficciones características de una época en que imperaba el «dogma de la voluntad» —i.e., no cabe concebir ninguna consecuencia jurídica del contrato que no encuentre un punto de apoyo en el consentimiento explícito o implícito de los contratantes—, por más que también resulte frecuentemente contradicha por la realidad la afirmación, tan cara a la doctrina anglosajona, de que, al tiempo de contratar, las partes no contemplan el incumplimiento del contrato, sino su cumplimiento. Con mayor acierto, se ha recurrido a la idea de «lo que hipotéticamente hubieran acordado personas razonables del mismo sector del tráfico, en el lugar de los contratantes», si hubiesen considerado al tiempo de contratar las cuestiones de *quantum respondatur*. Pero hay que ser conscientes de que, con palabras como esas, no se está ofreciendo más que una «explicación antropomórfica» de lo que el Derecho considera una adecuada distribución de los riesgos de incumplimiento, a la luz del principio de autonomía de la voluntad.

La explicación jurídico-económica de que el «fin de protección del contrato» se limite a los daños previstos o previsibles al contratar, es fácil de comprender. La decisión de celebrar un contrato —la decisión, por ejemplo, de vender y comprar algo por un determinado precio— descansa en un cálculo de costes-beneficios, más o menos consciente, de cada una de las partes contratantes, siendo uno de los costes a tener en cuenta el relativo al riesgo de que se produzcan una serie de daños a consecuencia de un eventual incumplimiento. No tendría buen sentido que el contratante que resulta incumplidor debiera responder de aquellos resultados dañosos que, ni contempló como posibles en el momento de celebrar el contrato, ni una persona razonable, al tiempo de contratar, y contando, en su caso, con los especiales conocimientos de aquél, habría previsto que podrían producirse a consecuencia de tal incumplimiento. No tendría buen sentido, habida cuenta de que:

Por una parte, el contratante incumplidor no pudo tener el riesgo de producción de dichos resultados dañosos en cuenta al tiempo de realizar el cálculo de costes-beneficios que le llevó a contratar. Y si lo hubiera contemplado, no habría, por ejemplo, ofrecido vender al pre-

---

habría evitado. La demanda fue desestimada, argumentando el Tribunal que el daño, «que asumimos aquí que ha sido causado por la infracción del deber cometida por la parte demandada, es de tal naturaleza que no estaba en modo alguno contemplado por el reglamento», el cual «no tenía como finalidad directa ni indirecta proteger frente a tal daño [...], ya que la norma está dirigida contra el riesgo de que el ganado éste expuesto a enfermedades contagiosas».

cio en que lo hizo, sino que habría exigido un precio superior, en la medida del coste para él de administrar dicho riesgo, previniéndolo, asegurándolo o soportándolo (autoasegurándolo). Y de haber estimado el comprador que el incremento de precio exigido por el vendedor excedía del coste para él de administrar, previniéndolo, asegurándolo o soportándolo, el riesgo de daños de que se trata, la compraventa se habría celebrado al mismo precio en que se realizó, pero exonerándose expresamente al vendedor de responsabilidad por los resultados dañosos en cuestión.

Y por otro lado, la parte contratante que sufre el incumplimiento tampoco pudo razonablemente contar, al tiempo de realizar el cálculo de costes-beneficios fundamento de su decisión de contratar, con que la otra parte estaba asumiendo el riesgo de acaecimiento de aquéllos resultados dañosos. Y si, por seguir con nuestro ejemplo, el comprador quería que así hubiera sido, siempre pudo proporcionar al vendedor, al tiempo de contratar, la oportuna información, y aceptar el mayor precio que, por asumir el riesgo de daños puesto así de manifiesto, el vendedor le hubiese exigido. Aceptarlo, claro está, una vez constatado por el comprador, en atención al incremento de precio exigido por el vendedor, que éste podía administrar a menor coste, previniéndolo, asegurándolo o soportándolo, el riesgo de acaecimiento de los resultados dañosos en cuestión.

El Código Civil alemán, que —a diferencia de lo que sucede en los Códigos Civiles francés (art. 1150) e italiano (art. 1225), en los ordenamientos de *common law* (a partir del caso *Hadley v. Baxendale* [1854]), y en el Derecho uniforme sobre compraventa internacional de mercaderías (arts. 82, 86 y 87 de la Convención relativa a una Ley uniforme sobre la venta internacional de mercaderías, hecha en La Haya el 1 de julio de 1964, y arts. 74, 75, 76.1 y 78 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980) (19)— carece de una norma como la contenida en la proposición primera de nuestro artículo 1107.I CC, incluye en el § 254.II, entre las hipótesis de culpa concurrente del acreedor perjudicado, la de haber «omitido poner de manifiesto al deudor el riesgo de un daño extraordinariamente alto». Norma ésta, que permite, en mi opinión injustamente, que el deudor responsable del incumplimiento pueda tener que pechar con ese daño extraordinariamente alto, a causa de una información proporcionada *con posteridad a la celebración del contrato*, sin derecho a exigir del acreedor un adecuado incremento de la contraprestación pactada.

---

(19) Vid. el apartado 2 del Apéndice a este trabajo.

«Una ventaja más práctica de considerar el contrato como la asunción de un riesgo —escribió O.W. Holmes (20)— consiste en la luz que arroja sobre la cuestión de la cuantía de la indemnización. Si un incumplimiento de contrato fuese contemplado de la misma manera que un ilícito extracontractual, resultaría que, si en el curso de la ejecución del contrato se notificase al deudor alguna consecuencia especial que se produciría si él no cumple, debería ser considerado responsable de dicha consecuencia en caso de incumplimiento. Se ha hecho una sugerencia como ésta [por Bramwell B. en el caso *Gee v. Lancashire & Yorkshire Railway. Co.* (1860)]. Pero no ha sido aceptada como Derecho».

La explicación jurídico-económica que acaba de ofrecerse impone completar el tenor de la norma que venimos analizando, en el sentido siguiente: para que un concreto resultado dañoso, vinculado a ciertas circunstancias especiales, entre dentro del «ámbito de protección del contrato», no es suficiente que, al tiempo de contratar, el contratante incumplidor haya previsto o pudiera razonablemente haber previsto la posibilidad de que dicho resultado acaeciese, sino que es necesario, además, que la información sobre las circunstancias especiales le haya sido proporcionada *precisamente por la otra parte, y de tal modo que personas razonables del mismo sector del tráfico, situadas en el lugar de los contratantes, hubiesen considerado asumido, salvo inmediata protesta, el correspondiente riesgo de daños (21)*. Lo que, sensatamente, habrá que entender que no es el caso, cuando se constate que lo que le habría costado al incumplidor administrar el riesgo cuya realización ha causado los daños de cuya indemnización se trata, es una cuantía sensiblemente más elevada que la del beneficio que esperaba obtener del contrato incumplido.

El caso *Hooks Smelting Co. v. Planter's Compress Co.*, decidido en 1904 por el Tribunal Supremo de Arkansas, nos suministra un buen ejemplo sobre esta importante precisión.

La compañía demandante reclamó 520,87 dólares como precio de dos tornillos sin fin de bronce que había fabricado para la compañía demandada. Ésta se opuso, alegando, entre otras cosas: que la entidad demandante había sido informada de que los tornillos se necesitaban el día 1 de septiembre y de que, sin ellos, el compresor para el que estaban destinados no podría funcionar, con enormes perjui-

---

(20) *The Common Law* (1881, reimpr. 1963), p. 236.

(21) Así, con gran precisión, D. R. HARRIS, en *Chitty on Contracts*, 26.ª ed., I (1989), §§ 1797 ss.; también, TREITEL, *The Law of Contract*, 7.ª ed. (1987), p. 749; MCGREGOR, *On Damages*, 15.ª ed. (1988), §§ 262 ss.; STOLL, en VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht* (1990). Art. 74, Rn. 28; vid. en cambio, BEALE, *Remedies for Breach of Contract* (1980), pp. 183 ss.; BURROWS, *Remedies for Tort and Breach of Contract* (1987), pp. 51 ss.

cios para la demandada; que la demandante no envió los tornillos hasta el día 30 de septiembre, y que, cuando se recibieron, se comprobó que eran demasiado grandes y, por ello, inútiles para la finalidad prevista, por lo que hubo que encargar otros nuevos; que por no haber realizado la demandante los tornillos según las instrucciones que se le dieron, y no haberlos entregado en el tiempo convenido, el compresor hubo de permanecer parado varios meses; y que ello causó a la demandada daños por valor de 7.322,50 dólares que reclamó en reconvencción.

El tribunal de instancia estimó parcialmente la reconvencción, y condenó a la demandante a pagar a la demandada una indemnización de 5.540 dólares. Pero el citado Tribunal Supremo revocó la sentencia y ordenó la celebración de un nuevo proceso, en una decisión en la que leemos: «[...] considerando que la cuantía de la indemnización reclamada a la parte demandante por haber incumplido su contrato excede en mucho de la contraprestación que se acordó pagar por la fabricación de los tornillos, estamos seguros de que, si se hubiera dicho a la demandante que cualquier error por su parte, o por parte del realizador del molde o del mecánico empleados por ella, podría hacerla responsable del valor de uso del compresor durante el tiempo de cualquier retraso causado por tal error, nunca habría acertado el trabajo sin una contraprestación adicional por la asunción de un riesgo así» (22).

Además, nuestra explicación jurídico-económica concurre con los antecedentes históricos y el ejemplo del Derecho comparado (23)

---

(22) Esta decisión se apoyó en el precedente constituido por la sentencia del Tribunal Supremo Federal en *Globe Refining Co. v. Landa Oil Co.* (1903), en la que O.W. Holmes consagró las ideas que ya había defendido en su obra *The Common Law*, cit., pp. 236 ss. Pero la doctrina sentada en estas y otras decisiones jurisprudenciales norteamericanas de principios de siglo, que también juzgara con favor MCCORMICK, *Handbook on the Law of Damages* (1935), §141, ha sido abandonada, tras su rechazo por los redactores del *Uniform Commercial Code* (vid. § 2-715, Com. 5), por la generalidad de las jurisdicciones estatales. Y con el aplauso de los autores, que la consideran un error subproducto de la idea de que la regla *Hadley v. Baxendale* se fundamenta en un acuerdo implícito de las partes (vid. DOBBS, *Handbook on the Law of Remedies* [1973], § 12.3 p. 805, §12.6, p. 874; CALAMARI y PERILLO, *The Law of Contracts*, 3.<sup>a</sup> ed. [1987] § 14-5, pp. 595 ss.; WHITE y SUMMERS, *Uniform Commercial Code*, 3.<sup>a</sup> ed. [1988], § 10-4, pp. 444 ss.). Nos parece claro, sin embargo, que no es necesario suscribir esa falsa idea para justificar una decisión como la del Tribunal Supremo de Arkansas en *Hooks Smelting Co. v. Planter's Compress Co.*

(23) Elocuente es la no remisión al artículo 1225 del artículo 2056 del vigente Código Civil italiano, que sí se remite a los 1223, 1226 y 1227. Es un claro rechazo legislativo de las tesis de un influyente, aunque minoritario sector doctrinal que, bajo el imperio del Código civil de 1865, sostuvo la aplicación analógica de su artículo 1228, traducción literal del artículo 1150 del Código Civil francés, al campo de la responsabilidad extracontractual (CARNELUTTI, «Appunti sulle obbligazioni», *Riv. dir. comm.* 1915, I, pp. 627 ss.; y especialmente VERGA, «Colpa aquiliana e prevedibilità del danno», *Riv. dir. priv.* 1938, pp. 237 ss.).

para no permitir duda alguna sobre lo acertado de negar que la proposición primera del artículo 1107.I CC pueda ser aplicada por analogía en el ámbito de la responsabilidad extracontractual (24). Y el tenor literal de dicha proposición también ayuda: un juicio de previsibilidad sólo es realizable, lógicamente, situándose en un momento temporal anterior al del acaecimiento de aquello de cuya previsibilidad se trata. Pues bien, de querer aplicar a la responsabilidad extracontractual la norma en cuestión, el momento en el que efectuar el juicio de previsibilidad tendría que ser, cabalmente, el de la producción del daño, que es el momento de constitución de la obligación de indemnizar; y el daño es, precisamente, aquello de cuya previsibilidad se trata.

La defensa, por parte de un muy autorizado sector doctrinal, de la aplicación de la proposición primera del artículo 1107.II CC en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, puede entenderse por el deseo de proporcionar un soporte normativo para el criterio de la «adecuación» (para la mal llamada «teoría de la causalidad adecuada», a la que se cree, equivocadamente, necesaria superación de la teoría de la equivalencia de las condiciones), según el cual, no cabrá imputar objetivamente un concreto resultado dañoso a la conducta causante del mismo, cuando su acaecimiento habría sido juzgado imprevisible, cuando su producción se habría descartado como extraordinariamente improbable, por un observador experimentado que, contando además, si tal es el caso, con los especiales conocimientos del dañante, hubiese considerado la cuestión *ex ante*, al tiempo de realizarse la conducta que desembocó en el resultado dañoso de cuya imputación se trata.

Parece claro, sin embargo, que nunca cabría encontrar apoyo normativo para el criterio de la «adecuación» en una regla que sitúa temporalmente el juicio de previsibilidad «al tiempo de constituirse la obligación», en vez de en el momento de producirse el incumplimiento (25).

---

Para el Derecho francés, por todos, H., L. y J. MAZEAUD y F. CHABAS, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6.ª, ed., III-1 (1978), núm. 2.370, pp. 721 s.

(24) En contra, DE COSSIO, *El dolo en el Derecho Civil* (1955), pp. 138 ss., al que siguieron DE CASTRO, «La indemnización por causa de muerte», ADC 1956, p. 478, nt. 108; GULLON, *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual* (1968), p. 488. Como en el texto LACRUZ, en LACRUZ y otros, *Elementos...*, II-1, cit., p. 543 ss. nt. 2. Véase también, DE ANGEL, *La responsabilidad civil*, 2.ª ed. (1988), pp. 262 ss.

(25) Vid. RABEL, *Das Recht des Warenkaufs*, cit., p. 494; y asumiendo una idea que expuse en mi tesis doctoral, CARRASCO, *Comentarios...*, cit., pp. 722, 740.

Y no debería caber tampoco duda alguna sobre la necesidad de restringir el ámbito de aplicación de proposición primera del artículo 1107.I CC al campo de las obligaciones *nacidas de contrato*, mediante una reducción teleológica semejante a la que, para el artículo 1137 CC (presunción de no solidaridad), ha venido realizando desde hace años la jurisprudencia de la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo. Un rasgo característico de las obligaciones legales, es, por lo demás, que el deudor puede no tener conocimiento de la realización del supuesto de hecho constitutivo de su obligación, e ignorar, por tanto, su condición de tal: ¿qué daños prevé o puede prever, al tiempo de constituirse la obligación, como posibles consecuencias de la falta de incumplimiento de la misma, alguien que en dicho momento ni siquiera sabe que está obligado?

3.2. Más difícil es justificar, sin recurrir a la idea de «castigo» o a una vaga noción de «equidad», que el criterio de imputación objetiva «previsibilidad del daño al tiempo de contratar» no resulte aplicable en caso de incumplimiento doloso (26); restricción que no conoce, ni el *common law*, ni el Derecho Uniforme sobre compraventa internacional de mercaderías (27). Estimo satisfactoria la explicación que sigue, ajena a cualquier idea punitiva.

En los casos de incumplimiento doloso, la parte contratante que se plantea incumplir, dado que hacerlo o no depende inmediatamente de su voluntad, puede realizar y realiza un segundo cálculo de costes-beneficios, relativo ahora a su decisión de incumplir. Si el criterio de imputación objetiva del daño que nos ocupa fuera también aplicable aquí, estaríamos permitiendo que aquélla parte realizase ese segundo cálculo estimando como coste la misma cuantía indemnizatoria — igual al daño previsible al tiempo de la celebración del contrato— que utilizó, o debió razonablemente utilizar, cuando realizó el cálculo de costes-beneficios que fundamentó su decisión de contratar. Lo que, jurídico-económicamente, no tendría buen sentido. Pues, si resulta que aquélla cuantía es menor que la de los daños previstos o previsibles al tiempo de tomar la decisión de cumplir o no, y los beneficios

---

(26) Son muy poco satisfactorias las explicaciones avanzadas por los juristas franceses e italianos: vid. H., L. y J. MAZEAUD y F. CHABAS, *Traité...*, cit., núm. 2376, pp. 731 ss.; CHARTIER, *La réparation du préjudice* (1983), núm. 76, pp. 101 ss.; BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, 2.<sup>a</sup> ed. (1979), en el «Commentario del codice civile Scialoja-Branca», p. 374 ss.

(27) Aunque en la Ley Uniforme de Venta de La Haya se incluyó un artículo 89 del siguiente tenor: «En caso de dolo o fraude, la indemnización de daños se calculará conforme a las reglas aplicables a los contratos no regidos por la presente Ley». Vid. sobre esta norma, RIESE, «Der Entwurf zur internationalen Vereinheitlichung des Kaufrechts», *RabelsZ* 22 (1957) pp. 101 ss.; WEITNAUER, en DÖLLE, *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht*, Art. 89 EKG, Rdnr. 1 ss.

previsibles del incumplimiento para la parte que se plantea incumplir alcanzan una cantidad situada entre una y otra cuantía de daños, el incumplimiento doloso tendrá lugar, pese a ser, como en este caso, económicamente ineficiente (28). O dicho con mayor precisión, el incumplimiento doloso ineficiente podrá tener lugar, cuando los costes de transacción hagan inviable la alternativa de que el acreedor lo evite, pagando al deudor que se propone incumplir, al menos una suma igual al beneficio que a éste le reportaría hacerlo; alternativa ésta, por lo demás, repugnante en términos de justicia (29).

---

(28) Tras indicar que la regla *Hadley v. Baxendale* limita la indemnización a los daños que fueran previsibles como probables al tiempo de contratar, y que posterior información sobre un riesgo inusual no incrementará la cuantía de la responsabilidad de la parte que incumple, aun cuando le fuera proporcionada antes del incumplimiento, ha escrito BEALE, *Remedies for Breach...*, cit., pp. 180 ss.: «En algunos casos, esto es perfectamente sensato. Si una parte está estimando las precauciones que debe tomar (y, por tanto, el precio que debe cobrar) para precaver la entrega tardía de los bienes o los daños a los mismos, tendrá que tomar su decisión sobre la base de la información disponible cuando se celebra el contrato. No sería justo hacerle responsable de los riesgos que salen a la luz posteriormente, sin pagarle una cantidad extra, ya que él no ha incluido entre su costes el de las precauciones que dichos riesgos reclaman. Es más eficiente tener una regla que requiera el desvelamiento [de los riesgos] desde el primer momento».

Añadiendo a continuación: «La regla no funciona tan bien cuando se trata de un incumplimiento doloso. *A* puede negarse a entregar las mercancías *B* porque ha encontrado un uso más valioso para ellas que el que ordinariamente supuso que *B* haría de las mismas, aun cuando sabe ahora que el uso que en verdad pretende *B* sería el más valioso. En este tipo de casos, puede verse la fuerza de la propuesta de Bramwell B. en *Ge v. Lancas. & Yorks. Railway* (1860) de que una parte que persiste en incumplir el contrato, tras ser informada del daño probable, habría de ser responsable del mismo. Sin embargo, cabe pensar que el Derecho acierta al mantenerse en el conocimiento en el momento de celebración del contrato, porque es más sencillo tener una única regla, y porque sería muy difícil encontrar otro momento adecuado, incluso en el caso de incumplimiento doloso. La fecha del incumplimiento mismo no serviría, porque, en la práctica, a menudo *A* se habrá decidido irrevocablemente a dedicar las cosas a su uso alternativo mucho antes de que llegue la fecha de la entrega a *B*».

Ya que las razones del citado jurista no resultan demasiado convincentes —ni es tan complicado tener una regla especial para los casos de incumplimiento doloso, ni la decisión de *A* podrá generalmente considerarse irrevocable hasta el momento en que llegue la fecha de la entrega a *B* (podrá, p. ej., recomprar a *C* la cosa que le vendió y entregó, pese habersela vendido antes a *B*; y le convendrá hacerlo así si, como supo tras la venta y entrega a *C*, el interés de *B* en la cosa, medida de la indemnización que habrá de abonarle, es muy superior al de *C*)— habrá que aplaudir la solución de los Códigos Civiles francés, italiano y español de excluir los casos de incumplimiento doloso del campo de juego del criterio de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar.

(29) Aunque indiferente en términos de eficiencia: COASE, «The Problem of Social Cost», *The Journal of Law and Economics*, 3 (1960), pp. 1 ss. Sobre el llamado «teorema de Coase», por todos, PAZ-ARES, «La economía política como jurisprudencia racional», ADC 1981, pp. 632 ss., POLINSKY, *Introducción al análisis económico del Derecho* (1983, trad. 1985); SCHÄFER y OTT, *Manual de análisis económico...*, cit., pp. 84 ss.

Un ejemplo numérico parece conveniente aquí. Supongamos que el daño previsible al tiempo de contratar sea 20; y el daño previsible por la parte que se plantea incumplir, al tiempo de tomar la decisión de cumplir o no, sea 50 (entre uno y otro momento, la otra parte le ha desvelado la oportuna información sobre un excelente negocio cuya realización depende del correcto cumplimiento). Si el criterio de imputación objetiva analizado fuera también aplicable al incumplimiento doloso, y el beneficio previsible del incumplimiento para quien se plantea no cumplir fuera superior a 20 e inferior a 50, digamos 48, el incumplimiento tendría lugar —pues el incumplidor ganaría 28 (la diferencia entre 48 y 20) con él—, pese a ser, como es, un incumplimiento ineficiente. Salvo que, siendo los costes de la renegociación entre ambas partes menores que 2 (la diferencia entre 50 y 48), el acreedor se avenga a pagar al deudor una suma igual o un poco superior a 28; a fin de que éste no incumpla dolosamente. Pero si aquellos costes de transacción son mayores que 2, el incumplimiento ineficiente tendrá lugar, al no haber espacio para una renegociación entre las partes que lo evite.

De esta explicación se deducen dos importantes consecuencias:

a) Los incumplimientos a los que puede aplicarse lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1107 CC son sólo los incumplimientos dolosos *en sentido estricto* (conscientes y voluntarios), sin que quepa incluir los provocados por culpa lata del deudor (30).

Conviene advertir que el artículo 1107.II CC es también aplicable a los casos de dolo, engaño o fraude por parte del deudor en la *fase de formación del contrato* (v. arts. 1270.II, 1478.5.º, 1486.II, 1487, 1529.III CC).

A este respecto, la diferencia con el *common law* —que, como indicamos, no distingue entre incumplimientos dolosos y no dolosos en la aplicación de la regla *Hadley v. Baxendale*— desaparece.

---

(30) Así la jurisprudencia y doctrina dominante en Italia: CIAN, «*Lata culpa dolo aequiparatur*», *Riv. dir. civ.* 1963, I, pp. 155 s.; BIANCA, *Inadempimento...*, cit., p. 377; en contra, DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, 3.ª ed. (1979), I p. 288, nt. 149. En Francia, por el contrario, se ha consagrado de modo aparentemente definitivo la equiparación entre dolo y culpa lata en la aplicación del artículo 1150 del *Code*: CHARTIER, *La réparation...*, cit., núms. 77 ss., pp. 103 ss.

Entre nosotros, coincide en la conclusión, aunque con una argumentación que no podemos compartir, MORALES, «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa». ADC 1982, pp. 599 s. La tesis de reducir radicalmente el ámbito de aplicación del artículo 1107.II CC a los casos de dolo delictivo (art. 1185 CC) y dolo-fraude (art. 1298 CC), sostenida por CARRASCO, *Comentarios...*, cit., pp. 750 s., aunque pueda comprenderse ante el absurdo tenor literal del precepto, no puede compartirse: también en los casos de dolo-incumplimiento es jurídico-económicamente sensato, como hemos visto, prescindir de la limitación del *quantum respondatur* a los daños previsible al tiempo de contratar. Lo que procede es realizar una interpretación correctora del artículo 1107.II, en el sentido que luego indicaremos.

En *Doyle v. Olby (Ironmongers) Ltd.* (1969), uno de los *leading cases* en la materia de *fraudulent misrepresentation*, la compañía demandada indujo dolosamente al demandante, por medio de balances engañosos, a adquirir un negocio de ferretería propiedad de aquélla. La pretensión indemnizatoria fue íntegramente estimada, incluyendo el dinero que el demandante había perdido tratando de sacar a flote el ruinoso negocio durante tres años. Planteándose el problema de si, en casos como éste, la indemnización debía o no calcularse de la misma forma que en los casos de incumplimiento de contrato, escribió Lord Denning M.R.: «En principio, la distinción parece ser la siguiente: en materia de contrato, la parte demandada ha hecho una promesa y la ha roto. El objeto de la indemnización es colocar a la parte demandante, en la medida en que el dinero pueda hacerlo, en una situación tan buena como si la promesa hubiese sido cumplida. En materia de fraude, el demandado ha sido culpable de un ilícito doloso, induciendo al demandante a actuar en su propio perjuicio. La finalidad de la indemnización es compensar al demandante de todo el perjuicio que ha sufrido, en la medida, de nuevo, en que el dinero pueda hacerlo. En materia de contrato, la indemnización está limitada a lo que puede razonablemente suponerse que ha sido contemplado por las partes. En materia de fraude, tal limitación no existe. El demandado está obligado a resarcir todos los daños efectivos que se deriven directamente de la inducción fraudulenta [...]. Cabe obtener la indemnización de todos esos daños, y no es digno de la boca de quien obró fraudulentamente decir que no pudieron haber sido razonablemente previstos».

Precedente del anterior fue el caso *Mullett v. Mason* (1866), en el que se condenó al vendedor de una vaca, que la sabía infectada de una enfermedad contagiosa, a indemnizar al comprador el valor de otras vacas de su propiedad que habían muerto a causa de la enfermedad transmitida por la res comprada al demandado, pese a no ser en modo alguno claro que el demandado conociera, o pudiera razonablemente conocer, que el comprador era un granjero, que iba a colocar la vaca infectada junto a otras.

Quien recuerde que Pothier, en el texto del *Traité des Obligations* en que se consagró definitivamente la idea de que el criterio de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar no juega en favor del deudor doloso, utilizó, tomándolo de D. 19, 1, 13 pr., un ejemplo igual al caso *Mullett v. Mason*, argumentando al respecto que, en un supuesto así, «*c'est le dol de ce marchand qui m'a causé tout ce dommage*» (31), puede que se pregunte si el ámbito de aplicación del artículo 1107.II CC no tendrá que restringirse, precisamente, a los casos de dolo en la fase de formación del contrato, en los que es patente lo razonable de excluir el juego del criterio de la previsibilidad del daño al tiempo de

---

(31) Vid. el núm. 166 del citado *Traité*, transcrito en el apartado 3 del Apéndice a de este trabajo.

contratar: la pretensión indemnizatoria del contratante perjudicado no se fundamenta en el contrato mismo, sino en la conducta engañosa de la otra parte (la responsabilidad, si se me permite decirlo así, no es estrictamente contractual), ya que lo que el uno reprocha a la otra no es que no haya cumplido lo pactado, sino cabalmente, que le indujera dolosamente a celebrar un contrato en su propio perjuicio (32).

La respuesta, empero, ha de ser negativa. La norma analizada es también aplicable en los casos de dolo en la fase de cumplimiento del contrato: la letra del artículo 1107.II CC no distingue y, como creemos haber demostrado, tiene buen sentido jurídico-económico no aplicar a los incumplimientos estrictamente dolosos el criterio de imputación objetiva del daño contenido en la proposición primera del artículo 1107.I CC.

b) En materia de imputación objetiva del daño, el contratante que incumple dolosamente no debe ser tratado de distinta manera que un extraño que, sin relación contractual previa con el dañado, ocasionase intencionadamente un evento dañoso análogo. O dicho de otra forma: en la hipótesis de dolo del responsable, las soluciones a los problemas de imputación objetiva del daño han de ser las mismas en materia de responsabilidad contractual y extracontractual.

Aunque con cierto apoyo en los antecedentes legislativos (33) y en la letra de la ley, es, pues, inaceptable una interpretación del artículo 1107.II CC en el sentido de que el deudor doloso responderá de todos los daños que se prueben conectados causalmente, según la teoría de la equivalencia de las condiciones, con la falta de cumplimiento. Dicho deudor no debe responder de los daños cuya imputación objetiva al incumplimiento resulte excluida conforme a los criterios del «riesgo general de la vida», la «prohibición de regreso», la «provocación», el «incremento del riesgo» o la «adecuación» (34).

---

(32) Respecto del artículo 1151 del Código Civil francés, escribió LAURENT, *Principes...*, cit., XVI, núm. 305, pág 354: «El deudor de la mala fe es responsable del daño, aun imprevisto, que sufre el acreedor, siempre que sea consecuencia inmediata y directa del incumplimiento del contrato. Este es el principio formulado en el texto legal. Incluso así formulado, no muestra a las claras del pensamiento de la ley. Pothier es más preciso: el deudor, dice, es responsable de los daños y perjuicios a que el dolo da lugar. Es, pues, el dolo la causa de su responsabilidad, mientras que en el caso del deudor de buena fe lo es la voluntad de las partes contratantes. He aquí por qué, si el deudor es de buena fe, no se tiene en cuenta más que lo que ha sido previsto o lo que las partes han podido prever, mientras que, en el caso del dolo, importa poco lo que haya sido previsto, y el deudor responde de los daños y perjuicios, incluso imprevistos, que sean consecuencia de dolo».

(33) Especialmente en la glosa de García Goyena el artículo 1016 del Proyecto de 1851. Vid. el apartado 3 del Apéndice a este trabajo.

(34) Sobre estos criterios, PANTALEÓN, «Causalidad e imputación objetiva...», cit., pp. 1566 ss. Se podría haber añadido el criterio del «fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad», pero no en el sentido del «fin de protección del contrato» (previsibilidad del daño al tiempo de contratar), sino en el señalado en la nota 18: finalidad protectora del específico deber infringido, en su caso dolosamente.

Y si se tiene en cuenta que estos criterios de imputación objetiva han de jugar también, obviamente, en el ámbito de la responsabilidad contractual no dolosa, y que constituyen el más sensato contenido que cabe dar al requisito, establecido al final del artículo 1107.I, de que, para ser resarcibles, los daños y perjuicios han de ser «consecuencia necesaria» de la falta de cumplimiento (35), parece lo más lógico concluir que éste requisito —que debe emparentarse con el de que los daños han de ser «consecuencia inmediata y directa» del incumplimiento, de los arts. 1151 CC francés y 1223 CC italiano— es aplicable, no sólo en el ámbito de la responsabilidad contractual no dolosa, sino también en el de la responsabilidad contractual por dolo; sosteniendo que el tenor del artículo 1107.II CC únicamente pretende dejar claro que el límite de la previsibilidad de daño al tiempo de constituirse la obligación no juega en favor del deudor doloso (36).

Nada más habrá que añadir en favor de la procedencia de aplicar analógicamente el requisito de la «consecuencia necesaria» del artículo 1107.I *in fine* en el ámbito de la responsabilidad extracontractual (37).

3.3 En las páginas precedentes creemos haber demostrado que nada de lo dispuesto en el artículo 1107 CC puede justificar el atribuir a las normas de responsabilidad contractual una función preventivo-punitiva: nada hay en dicho precepto que respalde la tesis de que la responsabilidad contractual se gradúa, en su cuantía, con arreglo a la gravedad de la culpa del deudor. Lo mismo cabe afirmar respecto de la proposición final de artículo 1103 CC.

Si no me equivoco, la acogida por el legislador español (desde el art. 1120 del Anteproyecto de 1882-1888) de la facultad judicial de moderación de la responsabilidad contractual no dolosa, no tuvo otra finalidad que la de solucionar en nuestro ordenamiento, por una vía intermedia, la polémica existente entre los exégetas franceses sobre si la previsibilidad al tiempo de contratar del artículo 1150 del Code se refería únicamente a la «causa» de los daños, o también a su cuan-

---

(35) Así, de acuerdo con las ideas que expuse al respecto en mi tesis doctoral, CARRASCO, *Comentarios...*, cit., pp. 725 ss.

(36) De acuerdo, CRISTOBAL MONTES, *El incumplimiento...*, cit., pp. 292 ss., que responde adecuadamente a la objeción de DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ y otros, *Elementos...*, II-1, cit., p. 288, a las ideas, iguales a las del texto, que expuse en mi tesis *Del concepto de daño...*, cit., pp. 438 ss.

(37) PANTALEON, *Del concepto de daño...*, pp. 573 s.; de acuerdo CARRASCO, *Comentarios...*, p. 725. El artículo 2056 del Código Civil italiano sí que se remite a su artículo 1223.

tía (38). Nuestro Código Civil se habría decidido por una solución intermedia, ya preconizada por Pothier (39): se exige únicamente la previsibilidad, en el momento de la celebración del contrato, de las «causas» de daño o, dicho con más precisión, de los *tipos* o *clases* de eventos dañosos de cuya indemnización se trate. Un daño de una clase que, al tiempo de contratar, aparezca como previsible consecuencia del incumplimiento, será indemnizable, aunque la cuantía del mismo sobrepase en mucho la suma que razonalmente pudieron prever las partes al tiempo de contratar. Ahora bien, cuando esto ocurra, el Tribunal podrá moderar *quantum respondatur* al amparo de lo dispuesto en la proposición final del artículo 1103 CC (40).

La postura que finalmente ha triunfado en Francia es la de que, en principio, no basta la previsibilidad al tiempo de contra-

---

(38) En favor de la primera solución, por ejemplo, DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon. Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, 3.<sup>a</sup> ed., I (s. d.), núms. 591 ss., pp. 591 ss.; LAURENT, *Principes...*, cit., XVI, núms. 289 ss., pp. 348 ss. Favorables a la segunda, AUBRY y RAU, *Cours de droit civil français*, 6.<sup>a</sup> ed. (por BARTIN), § 308, p. 159 nt. 41.

Esta explicación del origen de la norma no ha convencido a DÍAZ ALABART, *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales EDERSA*, XV-1 (1989), pp. 485 ss. Pero para terminar escribiendo: «Opto pues, finalmente, por la idea de que probablemente el artículo 1103 procede de una suma de influencias del Código civil francés y los Códigos civiles portugués y argentino. Esta tesis, aunque tampoco se puede probar, tiene la ventaja frente a otras de que no hay argumentos en contra y que además no condena al precepto de una práctica ineficacia».

Ahora bien, en ninguno de los citados Códigos existe nada parecido a una facultad judicial de moderación de la responsabilidad contractual no dolosa. No existe tampoco, por cierto, en el BGB, del que se excluyó al confesado efecto de no contaminar la responsabilidad contractual de ideas punitivas extrañadas a ella: *Motive zu dem Entwurf eines BGB für das deutsche Reich* (1888), II, pp. 17 ss.

En fin, cuando Díaz Alabart achaca a mi interpretación de la proposición final del artículo 1103 CC «lo muy reducido de su campo de aplicación, pues el supuesto presuntamente contemplado se dará en muy pocas ocasiones», y que «evidentemente, ley para un caso que no se presenta a menudo no es una ley útil», parece desconocer la existencia de jurisprudencia y doctrina como la que se cita a continuación en el texto. Por lo demás, juzgue el lector si el dar «mayor utilidad» a la norma que nos ocupa puede justificar su empleo para solucionar problemas de *compensatio lucri cum damno*, de responsabilidad de los padres o tutores por los hechos dañosos de sus hijos o pupilos, cuando éstos pertenezcan a la categoría de los «grandes menores», etc. (vid. DÍAZ ALABART, *Comentarios...*, cit., p. 575 s.).

(39) En los núms. 164 y 165 de su *Traite des Obligations*: vid. el apartado 1 del Apéndice a este trabajo.

(40) Esta idea, defendida en mi tesis *Del concepto de daño...*, cit., p. 713, ha sido aceptada, aunque sólo como una de las posibles aplicaciones de la norma en cuestión, por DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ y otros, *Elementos...*, II-1, cit., pp. 237 y 288, y DÍAZ ALABART, *Comentarios...*, cit., p. 576. Parece en contra, desde la idea de que la proposición primera del artículo 1107.I CC exige también la previsibilidad de la cuantía de los daños, BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor...*, cit., p. 731 (pero vid. p. 75, nt. 30).

tar del tipo o clase de daño, sino que la cuantía de la indemnización a cargo del contratante incumplidor no doloso no debe exceder de la cuantía de daños previsible al tiempo de contratar. Pero dejando muy claro que la regla de la irremediabilidad del daño imprevisible en su cuantía no es de aplicación en aquellos supuestos en que el valor del perjuicio causado es mayor del que podía razonablemente esperarse, a causa de un alza anormal de precios. Y que, en caso de daños de tipo previsible, pero imprevisibles en su cuantía, el contratante incumplidor no queda exonerado, sino que ha de indemnizar en la cuantía de daños previsible (41).

En el caso *Cory v. Thames Ironworks and Shipbuilding Co. Ltd* (1868), la compañía demandada, que se comprometió a proporcionar al demandante el casco de una determinada embarcación (una grúa flotante), lo hizo con seis meses de retraso. En atención a la actividad profesional del demandante, un comerciante de carbón, la demandada esperaba que utilizase el casco para almacenar carbón. De haber sido así, la ganancia dejada de obtener por aquél a causa del retraso en la entrega habría sido de 420 libras. Pero lo cierto es que el demandante proyectaba usarlo en un método revolucionario de transferir carbón desde los barcos carboneros a las gabarras, y las ganancias que dejó de obtener a causa del retraso se elevaron a 4.000 libras. Se condenó a la demanda a pagar una indemnización de sólo 420 libras.

De casos como éste, y como *Victoria Laundry (Windsor) Ltd. v. Newman Industries Ltd.* (42), al que aquél sirvió de precedente, parece deducirse que, según la jurisprudencia inglesa, lo que ha de poder ser razonablemente contemplado por las partes el tiempo de contratar no es sólo el tipo o clase de daño, sino también su cuantía. Pero fue lo contrario lo que mantuvo Megarry J. en el caso *Wroth v. Tyler* (1974). El demandado vendió a la pareja demandante por 6.000 libras un inmueble de su exclusiva propiedad, pero que constituía su vivienda familiar. La venta tenía que consumarse en octubre de 1971, cuando el valor de mercado de la casa había ascendido a 7.500 libras; pero ya en julio, el demandado comunicó ya a los demandantes que no podía cumplir, a causa del derecho de su cónyuge a permanecer en la vivienda familiar según la *Matrimonial Homes Act* de 1967. La pareja reclamó el cumplimiento en forma específica;

---

(41) Vid. H., L. y J. MAZEAUD, *Traité.*, cit., núms. 2379, 2389 s. y 2420-25, pp. 734 ss., 742 ss. y 807 s.; CHARTIER, *La réparation.*, cit., núm. 63, pp. 87 ss.; WEILL y TERRE, *Droit civil. Les obligations*, 4.º ed. (1986), núm. 393, pp. 396 s.

En Italia, doctrina y jurisprudencia mantienen posiciones discrepantes: vid. por todos, BIANCA, *Inadempimento.*, cit., pp. 384 ss., pero también pp. 383 s.; DE CUPIS, *Il danno.*, cit., I, págs 384 ss.

(42) Narrado en el apartado 2 del Apéndice este trabajo.

pero no se estimó esta pretensión, y les fue concedida una indemnización en su lugar. La sentencia se dictó en enero de 1973, cuando la casa valía ya 11.500 libras. La indemnización fue fijada en 5.500 libras (11.500 - 6.000 del precio no pagado). Megarry J. hizo notar que los demandantes eran una pareja joven a punto de casarse, que compraban su primera casa, y que, como el vendedor sabía bien, no tenía otros recursos que las 6.000 libras del precio pactado; de manera que no pudieron actuar, al conocer que el demandado se negaba a cumplir, adquiriendo otra vivienda en un mercado en que los precios subían con gran rapidez. El demandado arguyó que no debía responder de la entera diferencia entre el precio actual de mercado y el precio pactado, porque si bien podía haber contemplado, al tiempo de contratar, algún alza en los precios de las casas, nunca una tan fuerte como la que tuvo lugar entre 1971 y 1973. Argumento que rechazó Megarry J. afirmando que el demandado únicamente podía eludir la responsabilidad respecto de un «*type or kind of loss*» que no pudiera haber contemplado al tiempo de contratar; y que «ningún precedente se me ha presentado que parezca proporcionar apoyo al alegado requisito de que el *quantum* había de ser contemplado» (43).

La doctrina inglesa acepta también el principio de que sólo es precisa la previsibilidad del tipo o clase de daño; pero para indicar de inmediato que la diferenciación entre «tipo» y «*quantum*» carece de contornos precisos —porque los tipos de daños puede definirse con mayor o menor detalle—, y que existen casos, como los antes citados, en que, tratándose de ganancias dejadas de obtener, la jurisprudencia parecen haber seguido la tesis opuesta (44). Es cierto que las sentencias inglesas citadas hasta aquí son también perfectamente compatibles con las posiciones de la doctrina francesa, aunque parte del principio opuesto a la inglesa. Pero no parece posible decir lo mismo de otro grupo de decisiones representadas por el caso *Vacwell Engineering Co. Ltd. v. B.D.H. Chemicals Ltd.* (1971), en el cual la compañía demandada, al suministrar a la entidad demandante un determinado producto químico, no le advirtió, incumpliendo su deber contractual de información, del riesgo de explosión que existía, si el compuesto entraba en contacto con agua. Así ocurrió, sufriendo la propiedad de la entidad demandante muy graves daños por efecto de una violenta explosión, pese a que lo razonablemente

---

(43) A efectos comparativos pueden consultarse las sentencias de la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo de *16 de junio de 1953*, *5 de diciembre de 1959*, *14 de febrero de 1985*, *3 de octubre de 1985*, *15 de julio de 1987* y la verdaderamente pasmosa de *3 de noviembre de 1988*.

(44) BEALE, *Remedies for Breach...*, págs 181 ss.; BURROWS *Remedies for Tort and Breach...*, cit., pp. 46 s. TREITEL, *The Law of Contract...*, cit., pp. 751 ss. MC GREGOR, *On Damages*, cit. § 254, HARRIS, *Chitty on Contracts*, cit., §§ 1794 y 1797.

previsible era una pequeña explosión con daños de escasa consideración. Rees J. mantuvo que, cuando algún daño a la propiedad es razonablemente previsible como un resultado que no es improbable que se derive del incumplimiento de un contrato, el contratante incumplidor es responsable de toda la cuantía del efectivo daño a la propiedad, aun cuando dicha cuantía no fuera razonablemente previsible (45).

Seguramente queda ahora más claro el buen sentido del sistema adoptado por el Código Civil español (46): la proposición primera del artículo 1107.I CC exige sólo la previsibilidad, al tiempo de contratar del tipo o clase de daño de cuya indemnización se trate; pero, cuando la cuantía del daño en cuestión sobrepase de modo sustancial la suma que razonablemente pudo prever el responsable no doloso en aquél momento, el Tribunal *podrá* moderar la cuantía de la indemnización *según el caso*. Debiendo añadirse aquí que sólo en supuestos muy excepcionales cabrá dicha moderación cuando la imprevisibilidad de la cuantía obedezca a una alza anormal de los precios (47).

Si mi tesis es correcta, la facultad judicial de moderación prevista en la proposición final del artículo 1103 podrá ser ejercitada por los Tribunales en aquellos casos de responsabilidad contractual no dolosa en que la cuantía de los daños derivados del incumplimiento, de tipos o clases que, en el momento de contratar, aparecían como previsible consecuencia de la falta de cumplimiento, resulte significativamente superior a la cuantía de daño prevista o previsible en aquel momento. *Y sólo en tales casos*: atribuir a aquella facultad de moderación un mayor ámbito de aplicación (48) supondría dejar el arbitrio judicial la posibilidad de hacer injustificada «equidad» en contra de los legiti-

---

(45) Conviene advertir, empero, que la jurisprudencia francesa, en materia de responsabilidad por vicios ocultos de la cosa vendida, equipara al vendedor profesional y al fabricante al vendedor doloso (vid. CHARTIER, *La réparation...*, cit., núm. 82, p. 109). Y que, a nuestro juicio, el criterio de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar no juega, en materia de responsabilidad por productos defectuosos, dentro del ámbito de aplicación a la Directiva del Consejo de la CEE de 25 de julio de 1985, a la que aún no se ha adaptado el ordenamiento jurídico español.

(46) Sobre el tema estudiado, respecto del artículo 74 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos compraventa internacional de mercancías, KNAPP, en BIANCA/BONELL, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention* (1987), p. 541; STOLL, en VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, Art. 74, Rn. 30.

(47) Aunque véase la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 10 de diciembre 1986, a comparar con la más correcta, en mi opinión, de 17 de enero de 1986.

(48) Como parecen preconizar, sin llegar a los extremos de DÍAZ ALABART, DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ y otros, *Elementos...*, II-1, cit., p. 237; BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor...*, cit., p. 74 s.

mos intereses de los acreedores, cuya causa no tiene por qué ser mirada con disfavor en un ordenamiento como el nuestro, en el que ni siquiera puede afirmarse la existencia de un principio general de *favor debitoris* (cfr. arts. 1127 ó 1289 CC).

Desde mis premisas, resulta indudable que la facultad judicial de moderación que nos ocupa —al igual que sucede con el criterio de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar del artículo 1107.I CC, con el que comparte identidad de razón— no es aplicable en el ámbito de la responsabilidad extracontractual: sostener lo contrario con base en las palabras «en toda clase de obligaciones» del artículo 1103 CC (49), implica confundir la responsabilidad extracontractual y la obligación resarcitoria que nace de ella. Y que tampoco es aplicable en el ámbito de la responsabilidad por incumplimiento de una obligación no nacida de contrato. De ahí, entre otras cosas, que en el artículo 1889.II CC no pueda considerarse una norma superflua (50). Ni el artículo 1726 CC, relativo a un problema, no de *quantum respondatur*, sino de *an respondatur* exclusivamente: si el mandato es gratuito, el Tribunal *deberá* (no se trata ahora de una facultad) requerir, para considerar responsable al mandatario, una culpa o negligencia más grave que la requerida para hacer responsable al mandatario retribuido (51).

Evidentemente, nada de lo anterior obsta a la procedencia de reducir la cuantía indemnizatoria en los casos, ya de responsabilidad contractual ya de responsabilidad extracontractual, en que concurra culpa del perjudicado en la causación de los daños. Sí, en cambio, a la utilización al efecto, por la jurisprudencia mayoritaria, del artículo 1103 *in fine* CC. Porque este precepto, como demuestran su historia y tenor literal, es por completo ajeno al problema de la concurrencia de culpas, que, por otra parte, no hay por qué reducir a los supuestos de responsabilidad culposa (52).

Fuera del ámbito de la concurrencia de culpas, es especialmente criticable la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1989, en la que, no sólo se ha afirmado que la facultad de moderación judicial de la responsabilidad no dolosa prevista en el artículo 1103 es también aplicable en el ámbito de la responsabilidad extracontractual (en contra, STS 1.ª de 5 de diciembre de 1983), sino que además, y contra el criterio, entre otras, de la sentencia de la misma Sala de 6 de abril de 1987, se llega a sostener

---

(49) Como lo han hecho DÍAZ ALABART, *Comentarios...*, cit., p. 510, y la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1989.

(50) Vid. en cambio DÍAZ ALABART, *Comentarios...*, cit., pp. 571 s.

(51) Vid. en cambio DÍAZ ALABART, *Comentarios...*, cit., pp. 568 s.; y comp. BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor...*, cit., pp. 641 ss.

(52) Información abundante sobre el artículo 1103 CC y la concurrencia de culpas en DÍAZ ALABART, *Comentarios...*, cit., págs. 512 ss.

que la facultad moderadora podrá entrar en juego en dicho ámbito siempre que el Juez lo considere equitativo; y más concretamente, cuando se estime «que los cuantiosos daños producidos superan ostensiblemente lo que sería previsible para el grado de negligencia observada», o, en los casos en que se admita una responsabilidad objetiva, siempre que así lo requieran «las circunstancias que matizan y configuran el caso concreto» (53).

#### 4. ¿FUNCION REINTEGRADORA DEL DERECHO DE CREDITO LESIONADO?: RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL, PRETENSION DE CUMPLIMIENTO Y RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO

La afirmación de que la responsabilidad contractual no tiene, ni siquiera en los casos de imposibilidad sobrevenida de la prestación, una función de «reintegración de derecho de crédito lesionado» está ligada a las tesis siguientes:

4.1. Es preciso distinguir con toda claridad, entre los medios de defensa del acreedor frente al incumplimiento o lesión del derecho de crédito por parte del deudor, el remedio *responsabilidad contractual* de los remedios *pretensión de cumplimiento* (arts. 1096.I-II, 1098 y 1099 CC; y 924.I y 926 LEC) (54); y *resolución por incumplimiento* (art. 1124 CC).

Los supuestos de hecho de los tres remedios citados, aunque con el elemento común del incumplimiento o lesión del derecho de crédito, son radicalmente diferentes:

a) El de la responsabilidad contractual requiere, primero, que el acreedor haya sufrido un daño objetivamente imputable a la falta de cumplimiento, y segundo, que el incumplimiento sea subjetivamente imputable al deudor, esto es, que el suceso generador del mismo haya de ser puesto a cargo del deudor, conforme a la distribución de los riesgos de incumplimiento expresamente pactada o deducible de las reglas contractuales, o a la supletoriamente prevista por el legislador, ya de modo especial, ya en las normas generales de los artículos 1102 a 1105 CC (55).

---

(53) El ponente, señor López Vilas, ha seguido claramente la opinión de Díaz ALABART, *Comentarios...*, cit., p. 576.

(54) No decimos pretensión de cumplimiento «en forma específica» porque, para nosotros, no hay otra pretensión de cumplimiento que esa.

(55) Espero que no será necesario insistir en que «imputación objetiva» no tiene nada que ver con «responsabilidad objetiva», ni «imputación subjetiva» es igual a «responsabilidad subjetiva»: la imputación subjetiva del incumplimiento al deudor puede fundarse en criterios diferentes de la culpa-negligencia, como lo prueba, por ejemplo, en la generalidad de los ordenamientos el régimen de la responsabilidad por los hechos de los auxiliares en el cumplimiento.

Ya que, en nuestro Derecho, nada nos obliga a englobar bajo las palabras «responsabilidad contractual» todos los medios de tutela del acreedor ante una lesión del derecho de crédito por parte del deudor, no vemos ninguna razón de peso para sostener, con Jordano Fraga (56), que el supuesto de hecho de la responsabilidad contractual consiste en el incumplimiento, sin más, de una obligación posible de cumplir, en cuanto no extinguida ni suspendida por imposibilidad sobrevenida de la prestación, definitiva o transitoria, no imputable al deudor.

Para fundamentar su importación de las ideas que procedentes de Osti, ha acogido el Código Civil italiano de 1942, Jordano Fraga ha repetido insistentemente que existe una conexión sistemática entre los artículos 1105 y 1182-1184 CC, que obliga a identificar plenamente el hecho liberatorio de la obligación de indemnizar el daño derivado de la falta de cumplimiento con el hecho extintivo de la obligación originaria. Pero no ha llegado a demostrarlo. No hay, en mi opinión, base alguna para sostener que los artículos 1182 y 1184 CC agotan los supuestos en que el deudor no responde del daño derivado de la falta de cumplimiento: se limitan a indicar, *contrario sensu*, los casos en que el deudor (no queda liberado porque) ha de responder del daño provocado por la imposibilidad sobrevenida de la prestación. Y con el artículo 1105 CC en la mano —cuyo tenor, a diferencia del de art. 1218 CC italiano, en modo alguno condiciona la exoneración del deudor a la imposibilidad de la prestación—, creo obvio que, en nuestro Derecho, el deudor no responderá del daño causado por un incumplimiento que no le sea imputable, aunque, en el momento de tal incumplimiento, la prestación siga siendo objetivamente posible (57). Quien condicione la irresponsabilidad del deudor a la imposibilidad de la prestación, se verá abocado, para evitar soluciones absurdas, a «ampliar el concepto de imposibilidad según la buena fe», o más sinceramente, a deformar el concepto de imposibilidad hasta hacerlo irreconocible (58); que es lo que sistemática-

---

(56) A lo largo y ancho de su ya citada obra *La responsabilidad contractual*.

(57) Teniendo en cuenta que es el BGB el modelo de Código que ha construido el sistema de responsabilidad contractual sobre la base de la imposibilidad de la prestación, es de enorme interés hacer notar que la afirmación del texto es hoy moneda corriente en la más atenta doctrina alemana: vid. por todos, EMMERICH, *Leistungsstörungen*, cit., § 2.IV.3 p. 15 § 6.II.2, p. 65 y § 28.II.2, pp. 299 s.

(58) Véase JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., pp. 145 ss., 181 ss.

Tan indudable me parece que no tiene que responder del daño causado a su acreedor el obligado a prestar un determinado servicio que incumple por tener que atender a su hijo moribundo, como que, en tal caso, la prestación del servicio sigue siendo objetivamente posible. Podríamos considerar desalmado al deudor y padre que, en una hipótesis así, prefiere cumplir a atender a su hijo; pero nadie dudaría de que su conducta es verdadero cumplimiento, y no pago de lo indebido. Y de no tratarse de un servicio personalísimo, el acreedor tendrá derecho a exigir de inmediato la ejecución del mismo a costa del deudor que opta por atender a su hijo (art. 1098.I CC).

mente ha venido haciendo la jurisprudencia italiana en la aplicación del artículo 1218 del *codice civile* (59).

Además, y respecto del que el citado autor considera el terreno idóneo para comprobar lo atinado de sus tesis (60), el artículo 1183 CC demuestra cabalmente que, en nuestro Derecho, la culpa del deudor (*rectius*, que el incumplimiento resulte subjetivamente imputable al deudor) es elemento constitutivo de la pretensión de responsabilidad contractual. En dicho artículo se establece una inversión de la carga de la prueba para aquéllos casos de imposibilidad sobrevenida de la prestación de dar, en los que, por haberse perdido la cosa «en poder del deudor», es éste quien se halla en mejor situación para aclarar las circunstancias causantes de la pérdida (61). Del artículo 1183 CC (del que son aplicaciones concretas, p. ej., los arts. 1563, 1602, 1769.II CC, y el art. 361.III CCom) no puede extraerse la regla de que, en todo caso, corresponderá al deudor que quiera no responder la prueba del caso fortuito (porque se trata —nos diría Jordano Fraga— de un hecho extintivo o suspensivo de la obligación), sino sólo que normalmente será así, porque normalmente será el deudor quien estará en mejor situación para aclarar las causas del incumplimiento (62).

En fin, ¿es razonable esforzarse por encajar en nuestro Derecho las tesis de Jordano Fraga, hoy que que autorizadas voces en la doctrina alemana han postulado la completa sustitución del régimen jurídico de la responsabilidad contractual en el BGB por uno como el acogido en las Convenciones de la Haya y de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías —muy semejante, por otra parte, al del Código Civil español, en la interpretación que del mismo se defiende en estas páginas—, en buena medida, ante los graves problemas que, por haber hecho de la imposibilidad su concepto central, el régimen del BGB plantea? (63). En materia de responsabilidad contractual, como, según se verá más adelante, en materia de resolución del contrato por incumplimiento, la idea de imposibilidad, fundamental en materia de extinción de la obligación y de la pretensión

---

(59) Para la crítica desde estos puntos de vista de las tesis de Jordano Fraga, vid. también CARRASCO, *Comentarios...*, cit., pp. 383 s., 592, 611 s., 650 ss.

(60) Véase JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., pp. 243 ss.

(61) Así DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ y otros, *Elementos...*, II-1 cit., p. 238.

(62) Pero si, por ejemplo, *A* vende a *B* la cosa que el primero tiene dada en arrendamiento al segundo, para que, al finalizar el arrendamiento, *B* adquiera la propiedad *brevi manu*, y la cosa se pierde en poder de *B* durante la vigencia del arrendamiento, no será *A* quien deba probar que la cosa se perdió por causa a él no imputable para evitar tener que responder contractualmente frente a *B*. Será *B* quien tendrá que probar, bien que la cosa se perdió por causa a él no imputable (si quiere liberarse de pagar, o recuperar el precio convenido para la venta), bien que la cosa se perdió por causa imputable a *A*, si pretende que éste le responda del daño derivado de la pérdida.

(63) Nos referimos, sobre todo, a la exhaustiva aportación de U. HUBER en los *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts* (1981), I, págs 647 ss.

de cumplimiento, es un concepto inútil —si, por la vía de relativizarlo añadiéndole adjetivos, su función se acaba reduciendo a demostrar algo tan obvio como que deberá responder (por dolo) el deudor que incumpla una obligación que pueda cumplir sin dificultad sobrevenida alguna—, cuando no derechamente perjudicial.

b) Es por completo irrelevante, para que proceda la pretensión de cumplimiento, que el incumplimiento cause o no daño al acreedor, y que pueda o no ser subjetivamente imputado al deudor. El supuesto de hecho de la pretensión de cumplimiento consiste, sencillamente, en que la prestación sea todavía posible, que no resulte física, jurídica o prácticamente imposible para el común de los mortales (64). Ahora bien, como excepción, el deudor podrá oponerse con éxito a esa pretensión cuando, conforme a buena fe (art. 7.º 1 CC), el cumplimiento en las condiciones pactadas no le sea exigible, por concurrir los requisitos de la figura de la «excesiva onerosidad de la prestación» (de la que los arts. 1575 y 1595.III CC y 44 LAR proporcionan ejemplos legales); o cuando el ejercicio de la pretensión de cumplimiento deba considerarse abusivo (art. 7.º 2 CC), porque el coste del cumplimiento resulte absolutamente desproporcionado con la utilidad que proporcionaría al acreedor, en comparación con los otros posibles remedios (65).

El famoso caso de la jurisprudencia norteamericana *Jacobs & Youngs Inc. v. Kent* (1921) constituye un buen ejemplo de esta última hipótesis: la empresa contratista demandada, por un descuido de uno de sus subcontratistas, instaló en la vivienda que construía para el demandante cañerías de una concreta marca, cuando lo convenido en el contrato era instalarlas de otra marca específica. La equivocación se descubrió cuando las paredes ya estaban terminadas, de manera que el coste de sustitución de las cañerías era muy elevado; mientras que el valor de la vivienda con una y otra marca de cañerías era el mismo, porque ambas estaban consideradas en el mercado de igual calidad. El juez Cardozo, expresando el parecer de la mayoría, afirmó que en casos de este tipo, en los que el coste de corrección del defecto es exagerada e inequitativamente mayor que la ventaja que al dueño de la obra le reporta el arreglo (y no ha existido dolo por parte del contratista), lo que ha de concederse al dueño de la obra no es aquel coste, sino el menor valor de lo construido a causa del defecto.

A soluciones análogas han llegado también nuestros Tribunales, pese a no disponer de normas como, por ejemplo, las contenidas en

---

(64) Parece en contra, sorprendentemente, BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor...*, cit., pp. 257 ss.

(65) Esta es una matización que yo añadiría a las afirmaciones de DELGADO ECHEVERRÍA en LACRUZ y otros, *Elementos...*, II-1 cit., pp. 262 s.

los §§ 633.II *in fine* y 251.II BGB. En el caso decidido por sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1987, una comunidad de propietarios demandó a una sociedad promotora, a un arquitecto y a unos aparejadores, solicitando que se declarase la responsabilidad solidaria de todos ellos por determinados defectos de construcción de un edificio, y que les condenase, en tal concepto, a realizar las obras pertinentes en orden a la reparación de los mismos o, alternativamente, a satisfacer el coste que importasen tales obras. En lo que aquí interesa, el Juzgado de Primera Instancia condenó a la promotora demandada a efectuar las obras precisas para reparar un defecto que afectaba a la colocación de los ladrillos «caravista» de las paredes del patio interior. La Audiencia Territorial de Zaragoza, en cambio, decidió que dicho defecto, en cuanto de imposible reparación, debía ser objeto de una indemnización en la cuantía que desmereciese o infravalorase el inmueble. Y la Sala Primera del Tribunal Supremo confirmó la sentencia en este punto.

Aunque el supuesto de hecho de la pretensión de cumplimiento sea por completo distinto al de la responsabilidad contractual, aunque la función o finalidad de una y otra sean radicalmente diferentes —la de la primera, reintegradora del derecho de crédito lesionado; la de la segunda, resarcitoria—, no cabe duda de que también la obligación de indemnizar en que ésta última consiste tiene su fuente en el contrato (art. 1089 CC). Por esta razón, las garantías de la obligación originaria aseguran también la indemnizatoria, y el plazo de prescripción de la pretensión de responsabilidad contractual es de igual duración que el de la pretensión de cumplimiento. Pero el plazo de prescripción de la pretensión de responsabilidad contractual es un plazo independiente, que no empieza a correr sino desde que, con la producción del evento dañoso (p. ej., al tiempo de devenir imposible la prestación, hallándose el deudor en mora), nace la obligación de indemnizar; no se trata del mismo plazo de prescripción de la pretensión de cumplimiento de la obligación originaria, que comenzó a correr el día en que legalmente pudo ésta ejercitarse (66).

c) Que el incumplimiento del contrato sinalagmático cause daño a la otra parte, o sea subjetivamente imputable a la parte incumplidora, no son tampoco elementos del supuesto de hecho de la resolución

---

(66) MEINCKE, AcP 171 (1971), p. 29; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, cit., § 22.1, p. 306; EMMERICH, *Leistungsstörungen*, cit., § 11.1, pág 113; PALANDT/HEINRICH, § 198, Rn. 9.

Me sorprende que el profesor Carrasco, que ha manejado cuidadosamente mi tesis doctoral, donde insistí con reiteración en la idea de que era necesario distinguir radicalmente entre la pretensión de cumplimiento y la pretensión indemnizatoria del daño contractual (como entre la pretensión reivindicatoria y la pretensión indemnizatoria del daño extracontractual), dado su diferente supuesto de hecho y función, así como en la idea de que en

por incumplimiento (v. art. 1124 CC), que requiere sólo que la entidad y circunstancias del incumplimiento sean tales que razonablemente, de acuerdo con las exigencias de la buena fe contractual, no quepa seguir exigiendo a la parte cumplidora, o dispuesta a cumplir, que continúe vinculada por el contrato (y que no haya una norma específica, como la del art. 1452 CC, que atribuya el riesgo al acreedor).

En concreto, y dejando la *emptio perfecta* al margen, me parece indiscutible que la facultad de resolución prevista en el artículo 1124 CC, aunque no el resarcimiento de daños y perjuicios de que habla su párrafo segundo, también procede en caso imposibilidad sobrevenida fortuita de cualquiera de las prestaciones (67). Desde las posiciones de Jordano Fraga, esta afirmación es imposible porque, en tal hipótesis no podría hablarse de incumplimiento. Se ve por ello en la necesidad de construir al efecto, con pretendido apoyo en los artículos 1274-1275 y 1460 CC, la figura de la «resolución *ipso iure*» de los contratos sinalagmáticos (68). Olvidando entre otras cosas que, en ocasiones, al acreedor de la prestación devenida imposible le interesará más no resolver el contrato y, a cambio de su prestación, ejercitar, al amparo del artículo 1186 CC, su pretensión al *commodum representationis* (69).

Lo criticable de las posiciones de Jordano Fraga, por lo que a la resolución por incumplimiento respecta, queda asimismo patente al comprobarse que, desde ellas, el retraso en el cumplimiento de una de las obligaciones sinalagmáticas, no imputable a su deudor, nunca podrá servir a causa a la otra parte, mientras objetivamente conser-

---

modo alguno cabía calificar a la indemnización por responsabilidad contractual de «cumplimiento por equivalente», ideas una y otra que el citado profesor en principio comparte (CARRASCO, *Comentarios...*, cit., pp. 397 ss.; pero vid. luego pp. 407 ss.), reproche mi afirmación de que la responsabilidad contractual tiene su fundamento o fuente de contrato, con el argumento de que «la responsabilidad contractual ni es efecto, ni contenido de la obligación preexistente, ni se desvuelve como una “garantía” de está» (idea con la que, por supuesto, estoy de acuerdo, o mejor dicho, Carrasco está de acuerdo conmigo), situándome al lado de autores, como Scognamiglio, Torralba o Badosa, que sostienen posiciones totalmente distintas de las mías (CARRASCO, *Comentarios...*, cit., pp. 403 s.).

Cuando yo he afirmado que el contrato es la fuente o el fundamento de la responsabilidad contractual, no he pretendido más que, por un lado, ofrecer la única justificación que considero razonable de la extensión de las garantías y la identidad del plazo de prescripción; y por otro, dejar claro que todo el régimen de la responsabilidad contractual, tanto del *an* como del *quantum respondatur*, refleja la distribución de riesgos operada por las partes al tiempo de contratar.

(67) Así, por todos, DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ y otros, *Elementos...*, II-1, cit., pp. 272 s.; Díez PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, II, cit., p. 271.

(68) JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., pp. 313 ss.

(69) Muy claro al respecto, por ejemplo, el § 323.III BGB [sobre el cual, vid. EMMERICH, *Leistungsstörungen*, cit., § 8.II.2.a), pp. 93 s.]. Y en nuestro Derecho no hay razón alguna para limitar el ámbito de aplicación del artículo 1186 CC a las obligaciones unilaterales.

ve interés en la prestación retrasada, para liberarse de su obligación, o recuperar prestación ya efectuada; ni *ipso iure*, ni mediante el ejercicio de la facultad de resolución (70). Pero véase, por ejemplo, la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1983.

Tanto la pretensión de cumplimiento como la resolución por incumplimiento, remedios incompatibles entre sí entre los que, en su caso, el acreedor puede optar, son perfectamente compatibles con la responsabilidad contractual (arts. 1096.I y 1124.II CC) (71). El acreedor que tenga a su disposición la pretensión de cumplimiento, en el

---

(70) Vid. JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., p. 153, nt. 123. De que el autor citado se ha dado cuenta de la fuerza de este argumento en contra sus tesis, da fe el hecho de que sugiera *in extremis* la solución de una novedosa resolución por excesiva onerosidad de la prestación (¿también si ya realizada?), en caso de «contraprestación no retributiva del permanecer ligado por tiempo incierto a la espera de la posibilidad o imposibilidad definitiva —o a ella equiparada— de la prestación».

(71) Me permito reenviar a mi trabajo «Resolución por incumplimiento e indemnización», ADC 1989, págs 1143 ss. La tesis en él sostenida queda claramente reforzada por el hecho de que la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercadería sea ya Derecho vigente en España.

El profesor JORDANO FRAGA ha vuelto sobre el tema en su comentario a la STS de 23 de octubre de 1990, en el núm. 24 de los *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, pp. 1102 ss. Quiero únicamente precisar lo siguiente:

a) Puesto que el citado profesor define, muy personalmente, el interés contractual positivo como «la prestación, o su valor, inicialmente debida por la contraparte incumplidora», ha de advertirse que, quienes hemos sostenido que el contratante que resuelve por incumplimiento de la otra parte puede reclamar indemnización en la medida de interés contractual positivo, nunca hemos defendido que pueda seguir reclamando a la otra parte el cumplimiento de la prestación por ésta prometida, o su valor, sino, sencillamente, una indemnización por el daño emergente y el lucro cesante que le haya causado el no-cumplimiento de la otra parte; daño que, obviamente, será menor que el que habría sufrido de no optar por la resolución, por cuanto retendrá o recuperará el bien objeto de la prestación que le incumbía; y daño cuya cuantía puede, sin duda, ser inferior (o superior) al valor objetivo de la prestación prometida por la parte incumplidora. Frente a la tesis de quienes, como el autor citado, opinan que el contratante que resuelve sólo puede reclamar indemnización en la medida del interés contractual negativo: por los gastos (y por la renuncia a beneficiosos contratos alternativos) provocados por la celebración del contrato resuelto.

Es evidente que el contratante que resuelve no puede pedir la misma cuantía indemnizatoria que si no hubiera resuelto; pero no porque no pueda pedir en ambos casos indemnización en la medida de su interés contractual positivo (que sí puede es lo que, a mi juicio con toda claridad, dispone el art. 1124.II CC), sino sencillamente, porque el daño en que la lesión de dicho interés consiste es menor en el primer caso que en el segundo.

b) Me parece obvio que, sosteniendo que el contratante que resuelve puede reclamar a la otra parte indemnización en la medida del interés contractual positivo, no se convierte en superflua para aquél la opción entre resolver o no. Resolverá cuando, por la razón que sea, le interese más conservar el bien objeto de su prestación que obtener el bien objeto de a prestación incumplida o su valor en dinero, y no resolverá en el caso contrario.

caso de que concurra también el supuesto de hecho de la responsabilidad contractual, no podrá optar exclusivamente por ésta, liquidando como daño el valor del objeto de la obligación originaria, cuyo cumplimiento es aún posible, salvo que haya decaído su interés en la prestación (72).

En caso de imposibilidad sobrevenida de la prestación por ella debida imputable a una de las partes, la otra parte podrá optar por resolver o no, siendo menor o mayor la cuantía de la indemnización que podrá exigir en un caso u otro en concepto de responsabilidad contractual (73). Y optando por no resolver, podrá pretender, si existe, el *commodum representationis* (art. 1186 CC), más, en su caso, la indemnización que reste hasta alcanzar el valor de su íntegro interés en el cumplimiento.

d) Algo habrá que decir sobre las acciones de saneamiento, que no pueden despacharse con la escueta afirmación de que la entrega al comprador de cosa ajena, o de cosa con vicios, no es «incumplimiento» en sentido propio. No voy a discutir que esto sea cierto para nuestro Código Civil (74); pero, como bien nos demuestran los artículos 30, 35, 41 y 45 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, conservar un concepto de incumplimiento que no incluya aquellas hipótesis, y un régimen especial para ellas, no responde a ninguna necesidad lógica (75), ni es, en mi opinión, defendible de *lege ferenda*. Además, no hay razones para restringir *a priori* el concepto de responsabilidad contractual a los casos de incumplimiento «en sentido propio».

Se ha escrito que «según el artículo 1484 el saneamiento no es una forma de responsabilidad, ya que no persigue la indemnización de daños sino únicamente pretende compensar al acree-

---

(72) Sobre este asunto existe sustancial acuerdo en la doctrina: ALBALADEJO, *Derecho Civil*, II-1 (1983), p. 193; DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ y otros, *Elementos...*, II-1 cit., p. 224; CAPILLA, *La responsabilidad patrimonial...*, cit., p. 91 ss. CARRASCO, *Comentarios...*, p. 400; DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, II, cit., pp. 226 s.

(73) Vid. por todos, DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ y otros, *Elementos...*, II-1, cit., pp. 274 s.

(74) Respecto de los vicios ocultos, vid. R. BERCOVITZ, «La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa, ADC 1969, pp. 799 s.; MORALES, «El alcance protector de las acciones edilicias», ADC 1980, pp. 662 ss. La cuestión de si entregar al comprador cosa ajena sea o no incumplimiento está ligada a la de sí, en nuestro Derecho, el contrato de compraventa hace nacer o no a cargo del vendedor la obligación de transmitir la propiedad: vid. por todos, RIVERO, en LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho Civil*, II-3, 2.ª ed. (1986), pp. 13 ss., y allí otras referencias. Este autor considera los que nos ocupan casos de cumplimiento defectuoso (*op. cit.*, p. 56).

(75) Cfr. HUBER y STOLL en VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, Art. 45, Rn 5 ss., el primero y Art. 79, Rn. 12, el segundo.

dor a título oneroso de la cosa viciada por la falta de utilidad de la misma. Puede consistir en una rebaja proporcional de la contraprestación (acción *quanti minoris*) o en la resolución del contrato, con la consiguiente extinción retroactiva de ambas obligaciones (acción redhibitoria)». Y que «el saneamiento es totalmente ajeno a cualquier examen de la posición psicológica del deudor (art. 1485.I “aunque los ignorase” tanto si debía conocerlos como si por sus características y profesión no debía conocerlos) y se funda exclusivamente en la causa onerosa de la obligación que tiene por objeto a la cosa viciada (art. 1274)» (76). La única objeción que cabe plantear a esta autorizada opinión es la que se deriva de las palabras «abonándosele los gastos que pagó» que, respecto de la acción redhibitoria, contiene el 1486.I CC, ya que hacen pensar en una verdadera responsabilidad por daños (objetiva), bien que limitada al interés contractual negativo (77).

Es difícil negar, por otra parte, que el saneamiento por evicción sea en nuestro Derecho una forma de responsabilidad contractual, objetiva, y no limitada al interés contractual negativo, cuando se constata que, siguiendo la pauta del Proyecto de 1851, que se separó en este punto del modelo francés, el número 1.º del artículo 1478 CC menciona, no la restitución del precio pagado, sino «la restitución del precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción, ya sea mayor o menor que el de la venta».

Pero quizá no tiene demasiado sentido tratar de racionalizar en términos dogmáticos esa mezcla de arrastres históricos adogmáticos y originalidades de García Goyena, que son los artículos 1475 a 1499 CC. Insisto en que lo único que me parece razonable de *lege ferenda* es someter los supuestos de entrega al comprador de cosa ajena o de cosa con vicios ocultos al régimen general del incumplimiento de contrato (lo que, por lo que al segundo grupo de casos respecta, no haría otra cosa que legalizar la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo) (78), y conservar la acción *quanti minoris* como uno de los medios —no de carácter indemnizatorio, sino reinstaurador de la equivalencia de las prestaciones— de tutela del acreedor frente al incumplimiento (79).

---

(76) BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor...*, cit., p. 227. Pero véanse, en contraposición, las sugerencias reflexiones de MORALES, ADC 1980, págs 667 ss.; y «El “propósito práctico” y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro», ADC 1983, pp. 1539 ss.

(77) Conviene releer en este punto a MORALES, ADC 1982, pp. 613 ss.

(78) Vid. MORALES, ADC 1982, pp. 672 ss.; CARRASCO, *Comentarios...*, cit., p. 386.

(79) Cfr. los artículos 50 y 51.I de la Convención de las Naciones Unidas; y sobre la naturaleza del remedio, HUBER, en VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, Art. 50, Rn. 2. También, WILL, en BIANCA/BONELLI, *Comentary on the International Sales Law*, pp. 372 ss.

4.2. El hecho de que en algunos preceptos del Código Civil (p. ej., arts. 1136.II, 1147.II, 1150 y 1185) se mencione el «precio» de la cosa o del servicio, no es argumento suficiente para defender el ámbito de la responsabilidad contractual un concepto «articulado» de daño (80) que, en los supuestos de imposibilidad sobrevenida de la prestación, distinga, por un lado, el daño consistente en la pérdida, en sí, del bien objeto de la prestación —que sería un daño «objetivo», un equivalente pecuniario de la prestación devenida imposible, *en todo caso* igual al valor de mercado del bien, aunque el «interés subjetivo» del acreedor en el mismo fuese menor o nulo—, y por otra parte, los demás daños y perjuicios sufridos por el acreedor, valorables conforme a su interés subjetivo en la prestación devenida imposible.

Ordinariamente, el acreedor tendrá un interés subjetivo en la prestación devenida imposible no evaluable en menos que el valor de mercado del bien objeto de la misma: puede por ello sostenerse que, *salvo prueba en contrario del deudor*, dicho valor de mercado habrá de considerarse «daño mínimo» sufrido por el acreedor a causa de la imposibilidad sobrevenida. Pero puede haber excepciones (acreedor que se propone destruir la cosa debida; acreedor que, a su vez, debe la cosa a un tercero a quien ya se ha transmitido el riesgo; acreedor de restitución, no propietario de la cosa a restituir), que no es razonable ignorar en aras de una indemostrada función «reintegradora» de la responsabilidad contractual, o de una tardío homenaje a la *perpetuatio obligationis* (81).

---

(80) Por utilizar la plástica denominación que diera LARENZ. En su trabajo «Die Notwendigkeit eines gegliederten Schadensbegriff» VersR 1963 pp. 1 ss., a la concepción del daño patrimonial propuesta por NEUNER en su famoso artículo «Interesse und Vermögensschaden», AcP 133 (1931), pp. 277 ss. Una exposición detallada de las ideas de Neuner, junto a un detenido intento de demostración de lo criticable de aceptarlas en nuestro Derecho —otra cosa es el Derecho alemán o el austriaco, donde han tenido autorizados seguidores—, tanto en el ámbito de la responsabilidad extracontractual como en el de la contractual, constituye buena parte de mi tesis doctoral sobre el concepto de daño, a la que me permito remitir al lector interesado. Véase también PANTALEÓN, *Comentario al Código Civil M. Justicia*, art. 1902, I.4 y V.1.

(81) La opinión combatida en el texto tiene su origen entre nosotros en las sugerentes anotaciones de PUIG BRUTAU a la traducción de la obra de FULLER y PERDUE, *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza* (1957), pp. 150 ss. La acogió PINTO RUIZ en sus artículos «La jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la indemnización de daños y perjuicios durante el año 1957», RJC. 1958, p. 205, e «Incumplimiento de las obligaciones civiles», RJC. 1964 pp. 964 ss. Y ha sido sostenida recientemente por DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ y otros, *Elementos...*, II-1 cit., p. 260; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., p. 238 s., nt. 266 y BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor...*, cit. p. 986.

En contra, a lo que parece (ya que la argumentación de ambos se desvía del núcleo de la cuestión), CAPILLA, *La responsabilidad patrimonial...*, cit., 28, nt. 2; CARRASCO, *Comentarios...*, cit., p. 674.

Cuando el legislador ha querido establecer un cálculo del daño «abstracto», ajeno a las circunstancias del caso concreto, lo ha hecho claramente: p. ej. en el artículo 1108 CC.

Y no encontramos base normativa alguna que exija desmembrar la responsabilidad contractual por imposibilidad sobrevenida de la prestación en dos obligaciones autónomas, con diferente supuesto de hecho, función y régimen jurídico, distinguiendo:

a) La pretensión para exigir la *aestimatio rei*, como subrogado de la prestación originaria devenida imposible, que sería una verdadera pretensión de cumplimiento —de cumplimiento por equivalente de la perpetuada obligación originaria—, cuyo régimen jurídico se hallaría en los artículos 1096.III y 1182-1186 CC, y frente a la que el deudor sólo podría defenderse con éxito, y no siempre, demostrando que la imposibilidad ocurrió por caso fortuito; expresión ésta, de significado más restrictivo y riguroso para con el deudor que la mera ausencia de culpa-negligencia por su parte. Y

b) La pretensión para exigir la indemnización de los demás daños y perjuicios objetivamente imputables al incumplimiento (del íntegro *id quod interest*), cuyo supuesto de hecho exigiría la culpa-negligencia del deudor, que debería ser probada por el acreedor, y cuyo régimen jurídico se encontraría en los artículos 1094 y 1101-1107 CC (82).

Por lo que a los argumentos normativos se refiere, no veo por qué, a la hora de construir el sistema de responsabilidad contractual, haya de darse más importancia a las referencias al «precio de la cosa de los artículos 1136.II y 1185 CC —la primera de las cuales bien puede justificarse en conexión con la proposición primera del art.

---

(82) La primera versión acabada de la construcción criticada aquí se debió a Díez-PICAZO. *Fundamentos...*, I, cit., pp. 714 ss., 726 ss., 745 ss.; quien seguramente se inspiró en las páginas de Puig Brutau y Pintó Ruiz citadas en la nota anterior (no parece casual que, al igual que éste último, y abandonado la terminología históricamente correcta, el profesor Díez-Picazo denomine *id quod interest* a lo que aquí se ha llamado *aestimatio rei*). Le siguió TORRALBA, «La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones», ADC 1971, pp. 1155 s. Recibí luego el espaldarazo, especialmente por lo que a los antecedentes históricos se refiere, de la impresionante obra de BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor...*, cit., pp. 661 s., 830 ss., 863 ss., 984 ss., en la que se identifica, con la categoría de la «culpa-hecho propio», el contrario del caso fortuito, que da lugar a la *perpetuatio obligationis*. Y ha recibido finalmente la adhesión de CARRASCO, *Comentarios...*, pp. 407 ss., 604 ss.

En mi trabajo *Del concepto de daño...*, cit., pp. 595 ss. expuse y critiqué con detenimiento las posiciones de Puig Brutau, Pintó Ruiz y Díez-Picazo. Añadiendo las de Badosa, han sido después rechazadas también por DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ y otros *Elementos...*, II-1 cit., págs 257 ss., 280; desde sus personales premisas, por JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., pp. 236 ss., nt. 266; y últimamente, por CAPILLA, *La responsabilidad patrimonial...*, cit., pp. 106 s., nt. 9.

1107.I CC: correspondiendo al acreedor la facultad de elección, parece justo no considerar previsto o previsible en el momento de contratar más que el daño consistente en el precio de cada una de cosas que el acreedor puede elegir—, que a las referencias a la «indemnización de daños y perjuicios» de los artículos 1122 y 1135 CC (83).

Y el artículo 1147.II CC supone, comparado con sus antecedentes, un fuerte argumento en contra de la construcción que acabamos de esquematizar (84):

El artículo 1065.I del Proyecto de 1851 rezaba así: «Si la cosa se ha perdido por culpa de uno o más de los deudores mancomunados (85) o hallándose éstos constituidos en mora, los otros codeudores quedan obligados a pagar el precio de la cosa, pero no el resarcimiento de daños e intereses». Si éste precepto hubiera sido incorporado en sus términos al Código Civil, hubiera constituido un poderoso argumento en favor de la construcción combatida, sobre todo teniendo en cuenta que se deriva, a través del artículo 1205 del Código Civil francés, del siguiente texto del *Traité des Obligations*, núm. 273, de Pothier:

«Obsérvese que el hecho propio [*le fait*], la culpa o la mora de uno de los deudores solidarios perjudica, sin duda, a sus codeudores *ad conservandam et perpetuandam obligationem*, es decir, al efecto de que no sean liberados de su obligación por la pérdida de la cosa, y queden obligados a pagar su precio [...]. En cambio, la culpa, el hecho propio o la mora de uno de ellos no perjudica a los otros *ad augendam ipsorum obligationem*, es decir que sólo el que ha cometido la culpa o se encuentra en mora debe responder de los daños y perjuicios que puedan resultar del incumplimiento de la obligación por encima del valor de la cosa».

Pues bien, en el artículo 1147.II CC se ha abandonado de manera clara y, sin duda, consciente, la diversidad de régimen que

---

(83) El propio Badosa reconoce que el artículo 1185 CC, dada la peculiaridad de la fuente de la obligación, no proporciona un argumento determinante, y desde las premisas de dicho autor, los artículos 1122 y 1135 CC se convierten en una auténtica «comedia de errores» (BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor...*, cit., pp. 891 s., 972 ss.).

Sobre el pretendido diferente ámbito de aplicación de los artículos 1096.III y 1182-1186 CC, por un lado y 1101-1107 CC, por otro, adviértase, como ha hecho notar DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ y otros, *Elementos...*, II-1, cit., p. 258, lo que dejamos escrito *supra*, en la nota 5.

Y en cuanto a los antecedentes históricos, el propio Badosa reconoce que las ideas de los juristas del Derecho Común en las que su construcción podría encontrar respaldo, fueron abandonadas o enturbiadas por Pothier (BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor...*, cit., pp. 879 ss., 889).

(84) Sobre antecedentes del artículo 1147.II CC, CAFFARENA, *Solidaridad de deudores* (1980), pp. 335 ss.; BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor...*, cit., pp. 959 s., 981 ss.

(85) Como es bien conocido, así se denominaba a los deudores solidarios en el Proyecto de 1851.

pretendía explicarse con la distinción «*ad conservandam et perpetuandam/ad augendam obligationem*». Lo que consideramos un fuerte argumento en contra de la relevancia jurídica de dicha distinción.

Llevada a sus lógicas consecuencias, la construcción «articulada» de la responsabilidad contractual por imposibilidad sobrevenida de la prestación que aquí se rechaza, obligaría a sostener que las garantías de la obligación originaria asegurarían sólo la pretensión que tuviera por objeto la *aestimatio rei*, y no la que tuviera por objeto los demás daños y perjuicios de que el deudor tuviera que responder. Así como que el plazo de prescripción de la primera de tales pretensiones sería el mismo que el de la pretensión de cumplimiento en forma específica de la obligación originaria, que habría comenzado a correr desde el día en que esta pretensión pudo legalmente ejercitarse; mientras que el plazo de prescripción de la pretensión dirigida al resto del *id quod interest* no comenzaría a correr sino desde el acaecimiento del evento dañoso «imposibilidad sobrevenida de la prestación». Consecuencias ambas que, hasta ahora (86), nadie se ha atrevido a sostener.

Pero sería injusto no poner aquí de manifiesto la muy pausable intención que impulsó a algunos de nuestros mejores juristas a defender la que aquí hemos denominado «construcción articulada de la responsabilidad contractual»: frente a la opinión, hasta entonces indiscutida, que, salvo en casos excepcionales, hacía de la culpa-negligencia el único criterio de imputación subjetiva del incumplimiento al deudor, trataron de proporcionar un soporte normativo-dogmático a una «objetivación» más general de la responsabilidad contractual, que se intuía necesaria en términos de justicia y de eficiencia económica (87). Sucede, sin embargo, que no hay motivo para limitar dicha «objetivación» al ámbito de la *aestimatio rei* y a los casos de la imposibilidad sobrevenida de la prestación: podrá estar igualmente justificada en hipótesis de mora o de cumplimiento defectuoso, y cuando lo esté, habrá de extenderse a todos los daños y perjuicios previstos o previsibles al tiempo de contratar, y que sean consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento (art. 1107.I CC); a todo daño, esto es, objetivamente imputable al incumplimiento.

---

(86) Porqué véase CARRASCO, *Comentarios...*, cit., p. 409.

(87) Algo semejante puede decirse de Jordano Fraga, lamentando que optara por centrar su valiosa monografía en la «objetividad en la imposibilidad» en vez de en la «objetividad en la imputación», sobre la que, con todo, de la mano de la doctrina italiana más atenta, aporta suficiente información: *La responsabilidad contractual*, cit., pp. 40 ss., 57 ss., 203 ss., 240 s., 298 ss.

## 5. LOS CRITERIOS DE IMPUTACION DE INCUMPLIMIENTO AL DEUDOR

No puede darse fin a este trabajo sin profundizar algo más en el problema de la imputación subjetiva del incumplimiento al deudor; en el problema, si quiere decirse así, del «subjetivismo» u «objetivismo» del sistema español de responsabilidad contractual.

5.1. Es indudable, y plenamente congruente con nuestro rechazo de una función preventivo-punitiva de la responsabilidad contractual, que no es requisito de ésta la «culpabilidad» del deudor, en el sentido (penalista) de que el incumplimiento sea subjetivamente reprochable al mismo. Hay general acuerdo, apoyado en el tenor del artículo 1104 CC, sobre que la culpa-negligencia, como criterio de imputación subjetiva del incumplimiento al deudor, ha de apreciarse conforme a patrones objetivos (modelo del buen padre de familia; v. también art. 1094 CC), bien que concretados en atención a la naturaleza del contrato, y a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (88). Aquí podría añadirse que la expresión «culpa objetiva», salvo que se admita que la palabra «culpa» se emplea sólo como homenaje a la tradición histórica, tiene mucho de contradicción en los términos.

Pero además:

a) Cabe sostener que el «hecho propio» —entendiendo por tal la conducta del deudor que provoca el incumplimiento, y que habría de calificarse de «dolo», si no fuera porque, en el momento de realizarla, era incapaz de entender y querer (no tratándose de una incapacidad transitoria autoprovocada), o desconocía (excusablemente) su condición de deudor— es, en nuestro Derecho, un criterio general de imputación de responsabilidad contractual, si bien sólo aplicable en el ámbito de los contratos onerosos, o de los contratos lucrativos para el deudor de cuya responsabilidad se trate (no jugará, esto es, contra los deudores a título gratuito; arg. art. 1778 CC).

Ya en mi tesis doctoral sostuve esta opinión (89), habida cuenta de los precedentes del Derecho romano y común y de las opiniones

---

(88) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, I, cit., pp. 721 ss., DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ y otros, *Elementos...*, II-1, cit., pp. 234-237; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., pp. 42, 118 ss.; CARRASCO, *Comentarios...*, cit., pp. 594, 607 ss. Como la lectura de las páginas reseñadas revela, para un estudio profundo de la materia, es imprescindible la consulta detenida de la monografía de BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor...*, tantas veces citada.

(89) PANTALEÓN, *Del concepto del daño...*, cit. pp. 710 ss.; 722. Entonces en contra, LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, II-1 (1977), p. 107.

de los exégetas franceses (90), de la glosa de García Goyena al artículo 1013 del Proyecto de 1851 [«Puede haber negligencia, y de consiguiente culpa en hacer lo que no hace un buen padre de familia, o en no hacer lo que aquél haría; de todos modos *Factum cuique suum, non adversario nocere debet*»], y del argumento a contrario que puede deducirse de lo dispuesto en el artículo 1778 CC sobre el heredero del depositario que de buena fe ha vendido la cosa que ignoraba ser depositada: pese a haber incumplido por hecho propio, no tiene que responder del daño causado, sino que «sólo está obligado a restituir el precio que hubiese recibido o a ceder sus acciones contra el comprador en caso de que el precio no se le haya pagado». En fin, me pareció que el hecho propio del deudor no podía considerarse «suceso», en el sentido del artículo 1105 CC.

En el mismo lugar explicaba, a la luz los precedentes del citado artículo 1778, que la justificación histórica de tal excepción a la regla general de la responsabilidad por hecho propio se encontraba en el carácter esencialmente gratuito del contrato de depósito. Y por ello, y dado que, apartándose de todos sus precedentes (v. todavía el art. 3.º del Título «Del Depósito» del Anteproyecto de 1882-1888), nuestro Código Civil configuró el depósito como contrato sólo naturalmente gratuito (art. 1760 CC), defendí una reducción teleológica del tenor del artículo 1778 CC, negando su aplicabilidad a los casos de depósito oneroso.

La aplicación analógica de este precepto nos conduce a negar el juego del riguroso criterio de imputación del hecho propio contra los deudores a título gratuito (91).

El deudor responsable por hecho propio es, obviamente, «deudor de fuera fe» a los efectos de lo dispuesto en el artículo 1107.I CC (92).

---

(90) Un excelente resumen de los mismos, ahora, en BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor...*, cit., p. 877 ss.

(91) Quien quiera sostener que el hecho propio es también criterio general de imputación de responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones no contractuales, deberá explicar la *ratio* de la excepción que entonces supondría lo dispuesto en la proposición final del artículo 1897 CC. La gran complejidad del tema, que exigiría plantear una vez más la cuestión de si el pago de lo indebido de cosa cierta y determinada transmite o (como yo pienso) no la propiedad de la misma al *accipiens*, y el alcance que me he propuesto dar a estas reflexiones, aconsejan detenerme aquí.

(92) PANTALEON, *Del concepto de daño...*, cit., p. 710. En lo esencial, coincide plenamente con mis opiniones CARRASCO, *Comentarios...*, cit., pp. 463, 629 s.

Radicalmente distintas son las opiniones de Badosa. Para él, la culpa-hecho propio únicamente obliga al deudor a pagar el precio de la cosa debida, objeto de la perpetuada obligación originaria, y no indemnización de ninguna clase. Y a su juicio, de los artículos 1778 y 1897 CC cabe extraer una excepción general en el sentido de que no produce la *perpetuatio obligationis* la culpa-hecho propio del deudor que ignora con justa causa su condición de tal (BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor...*, cit., pp. 863 ss., 949 ss.).

b) El deudor que encomienda a otras personas el cumplimiento total o parcial de sus obligaciones responderá de todo incumplimiento provocado por ellas, que le hubiera sido subjetivamente imputable de haber actuado como sus auxiliares en el cumplimiento lo han hecho, aunque el deudor no haya incurrido en culpa-negligencia alguna en la elección, la dirección e instrucciones, o la vigilancia de los mismos. Y lo mismo cabe decir del deudor que legitima el acceso de otras personas a una situación respecto del bien objeto del programa de prestación, que incrementa sensiblemente el riesgo de que tales personas puedan frustrar o alterar en daño del acreedor dicho programa (arg. arts. 498, 1550, 1564, 1596, 1721, 1601, 1784, 1890 CC; arts. 587, 618.2.º CCom; arts. 16, 111 LAU; art. 79.2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías) (93).

c) Independiente de la culpa-negligencia del deudor es también la responsabilidad del deudor moroso de una cosa determinada por la pérdida de la misma hasta que se realice la entrega (v. arts. 1096.III, 1182, 1744 CC), ya que sólo podrá exonerarse probando que, de haber sido entregada tempestivamente, la cosa se hubiese perdido también el poder de acreedor por efecto del mismo caso fortuito: de la misma forma, y en iguales circunstancias de tiempo y lugar (arg. art. 1896.II *in fine* CC) (94).

---

(93) Los tratamientos más completos del tema entre nosotros, coincidentes y compartibles en lo fundamental, son hoy los de BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor.*, cit., pp. 769 ss.; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., 561 ss.; y CARRASCO, *Comentarios.*, cit., págs 435 ss. Los defectos del pionero y sólido trabajo de TORRALBA, ADC, 1971, pp. 1143 ss., provienen de haber acogido la construcción de la responsabilidad contractual esquematizada más arriba, en el texto correlativo a la nota 82 (pp. 1163 s.); crítica ésta, que procede extender a Díez-PICAZO, *Fundamentos.*, I, cit., p. 726. Puede consultarse, en fin, CRISTOBAL MONTES, *El incumplimiento.*, cit., págs 135 ss.

(94) La generalidad de la doctrina defiende la aplicación analógica al deudor moroso de lo dispuesto en la proposición final del art. 1896.II CC: ALBALADEJO, *Derecho Civil*, II-1, cit., pp. 188 s.; *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales EDERSA*, XV-1 (1989) pp. 372 s.; DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ y otros, *Elementos.*, cit., II-1, p. 244; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., p. 219, nt. 240; CARRASCO, *Comentarios.*, pp. 665 s.; CRISTOBAL MONTES, *El incumplimiento.*, cit., pp. 194 ss.; Díez PICAZO y GULLÓN, *Sistema.*, cit., p. 207. En contra, BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor.*, cit., pp. 925 ss. si bien limitando el efecto contra el deudor moroso a la *perpetuatio obligationis*, en congruencia con sus planteamientos generales.

Que la excepción prevista al final del artículo 1896. II CC exige que el caso fortuito que habría destruido la cosa en poder de quien pago por error sea *el mismo caso fortuito* que la destruyó en poder del *accipiens* mala fe, resulta del tenor literal de la norma —«No se presentará el caso fortuito cuando hubiese [éste, el caso fortuito] podido afectar *del mismo modo* a las cosas [...]—, en conexión con los antecedentes legislativos reseñados en PANTALEÓN, *Del concepto de daño.*, cit. p. 638 ss., en el seno de análisis

No puede objetarse que, en tales supuestos, la responsabilidad sí depende de la culpa-negligencia del deudor, ya que, sin ella, no existe mora (95). Dejando aparte la precisión, meramente conceptual, de que la culpa-negligencia del deudor no es un requisito de la mora (v. art. 1100 CC), sino, en todo caso, de la responsabilidad por mora (art. 1105 CC), es obvio, porque de otro modo los artículos 1096.III, 1182 y 1744 CC serían superfluos, que el deudor moroso responderá del hecho dañoso «pérdida fortuita de la cosa» siempre que la mora haya incrementado el riesgo de que ese evento, en su configuración totalmente concreta, se produzca: responderá, por tanto, de la pérdida fortuita de la cosa debida, aunque este evento dañoso no sea objetivamente imputable a la mora de acuerdo con los criterios del riesgo general de la vida, la prohibición de regreso o la adecuación; aunque dicho evento no sea «consecuencia necesaria» de la mora, en el sentido del art. 1107 CC (96).

Lo mismo cabe afirmar del deudor de cosa determinada que se halla comprometido a entregarla a dos o más personas diversas (art. 1096.III CC); y del comodatario que destina la cosa a un uso distinto de aquél para que se prestó (art. 1744 CC), quien podrá exonerarse demostrando que, aun respetando el uso convenido, la cosa prestada se habría perdido también por efecto del mismo caso fortuito (97).

Sobre si este elenco de responsabilidades contractuales objetivas podría ampliarse con el régimen del saneamiento por evicción o por vicios ocultos, recuérdese lo dicho al final del apartado 4.2 de este trabajo.

5.2. En la versión oficial aparecida en el B.O.E. de 30 de enero de 1991, el artículo 79.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los

---

global sobre la eficacia exoneradora o no, en nuestro Derecho, de las causas hipotéticas de daño (p. 626 ss.; sobre el tema, después, LACRUZ, en LACRUZ y otros, *Elementos...*, II-1, cit., p. 545 s; CARRASCO, *Comentarios...*, cit., pp. 731 ss.). Respecto del § 287 BGB, en cambio, la opinión unánime de los juristas alemanes es que resulta indiferente que se trate del mismo caso fortuito o de otro diferente: que estamos ante un supuesto legalmente previsto de relevancia exoneradora de las causas hipotéticas; vid. por todos, EMMERICH, *Leistungsstörungen*, cit., § 17.V.2.b), p. 166, donde explica, empero, que fue la contraria la primera intención de los redactores del BGB; PALANDT/HEINRICHS, § 287, Rn. 3..

(95) Esta parece ser la opinión de CARRASCO, *Comentarios...*, cit., p. 664, que sigue seguramente un apunte de BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor...*, cit., pp. 840 ss.

(96) En el mismo sentido sobre § 287 BGB, por todos, PALANDT/HEINRICHS, § 287, Rn. 2.

(97) A favor de la aplicación analógica de la proposición final el artículo 1896.II CC en esta sede, BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor...*, cit. pp. 860 s.; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., pp. 589 s.; CARRASCO, *Comentarios...*, cit., p. 665.

contratos de compraventa internacional de mercaderías, hoy Derecho vigente en España, dispone: «Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase, o que evitase o superase sus consecuencias». Más correcto hubiera sido escribir «ajeno a su ámbito de control», en lugar de «ajeno a su voluntad» [*beyond his control*], se lee en la versión inglesa] (98). Y debería existir una conjunción «o» antes de las palabras «que lo evitase o superase» [la versión inglesa reza «*or to have avoided or overcame it or its consequences*»].

Cuando el apartado 5 del mismo artículo 79 dice que «nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una y otra de las partes ejercer cualquier derecho distinto del derecho a exigir la indemnización de daños y perjuicios conforme a la presente Convención», deja muy claro que el supuesto de hecho de la responsabilidad contractual es diferente tanto al de la pretensión de cumplimiento, como al de la resolución por incumplimiento (99).

Conforme a dicha norma, pues, para que la parte incumplidora no tenga que responder de los daños objetivamente imputables a la falta de cumplimiento, es necesario que demuestre tres extremos: i) que el incumplimiento se ha debido a un *impedimento ajeno a su ámbito de control*; ii) que *no cabía razonablemente esperar que ella tuviera en cuenta tal impedimento en el momento de la celebración del contrato*; y iii) que *no cabía razonablemente esperar que ella evitase o superase el impedimento, o que evitase o superase sus consecuencias* (100).

---

(98) Como se indica al final de la Convención que nos ocupa, hay seis textos de la misma, en árabe, chino, inglés, español, francés y ruso, igualmente auténticos. Según el artículo 33.4 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho de Tratados, cuando la comparación entre distintos textos auténticos descubre una diferencia de significado que la aplicación de las reglas de interpretación no elimina, habrá de adoptarse el significado que mejor reconcilia los textos, habida cuenta del objeto y finalidad del tratado. Y parece claro que, por lo que al transcrito artículo 79.1 se refiere, la expresión «*beyond his control*» de la versión inglesa es más fiel a la finalidad perseguida por los redactores de la Convención que las expresiones «*indépendant de sa volonté*» y «ajeno a su voluntad» de las versiones francesa y española (TALLON, en BIANCA/BONELL, *Commentary on the International Sales Law*, pp. 579 s.). En versión no oficial acordada por los Gobiernos de Austria, Alemania y Suiza se lee «*außerhalb ihres Einflusbereichs*».

(99) Vid. por todos, STOLL, en VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, Art. 79, Rn. 9, 57 ss.

(100) HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under de 1980 United Nations Convention (1982)*, § 423; TALLON, en BIANCA/BONELL, *Commentary on the International Sales Law*, p. 578; y comp. GUEST, en *Chitty on Contracts*, cit. §§ 1035 ss.. 1042.

El precedente fundamental del artículo 79.1 de la Convención de Naciones Unidas es el artículo 74.1 de la Convención relativa a una Ley Uniforme sobre la venta internacional de mercaderías (101), de la que España nunca fue parte; artículo que dice así: «Cuando una de las partes no haya cumplido una de sus obligaciones, no será responsable de tal incumplimiento si prueba que fue debido a circunstancias que, conforme a las intenciones de las partes al tiempo de contratar, no estaba obligado a tener en cuenta, o a evitar o superar; a falta de intención expresa de las partes, deberán tomarse como base las intenciones que tienen normalmente personas razonables en la misma situación».

El origen de esta norma se encuentra en las opiniones de Rabel, quien, tras examinar las distintas soluciones del Derecho comparado escribió:

«Una solución de compromiso global es, sin embargo, difícil, y tanto más cuanto las opiniones sobre lo razonable de los concretos principios no sólo divergen según hábitos nacionales. Al tiempo de la promulgación del Código Civil alemán fue sostenida la llamada «teoría de las esferas» [*Sphärentheorie*]. Tenía un núcleo excelente. Según la misma [...], se podrían imputar a cada parte contractual los eventos que se originasen en su esfera —en su casa, en su empresa, por sus dependientes— culpable o inculpablemente; de los eventos, en fin, que proceden del exterior, el deudor habría de pechar con aquéllos con los que estaba obligado a contar. Porque ésta última se presenta como la regla natural, cuando examinamos la atormentada práctica alemana sobre los periodos de huelga, la secularmente evolucionada jurisprudencia inglesa, o los variados formularios con sus cláusulas de lugar de entrega y de exoneración. En la vida de los negocios, a diferencia de en la vida cotidiana, decide el cálculo, que presupone una clara distribución de los riesgos de un decurso comercial anómalo y de unos mayores costes. La distribución del riesgo entre las partes según el concreto contrato y la situación típica ha de ser también decisiva para la norma jurídica de distribución. Una buen punto de partida legal precisa, por tanto, de la idea de que el deudor sólo se libera por impedimentos con los que no tenía que contar —en la más frecuente manera de hablar extranjera: que no tenía que prever— al tiempo de contratar. Pero los ordenamientos en vigor, desafortunadamente, no acojen la «teoría de las esferas». Recientemente, tampoco en Francia ha encontrado hasta ahora ningún eco una propuesta análoga de Jossierand, según la cual, incluso de *lege lata*, el deudor debe responder de todos los sucesos que actúan en la esfera del deudor no desde el exterior. Según el estado de los actuales ordenamientos, se llega, cuando más, a la síntesis de que liberan al vendedor aquellos suce-

---

(101) Sobre el proceso de derivación de uno a otro precepto, véase STOLL, en VON CAEMMERER/SLECHTRIEM, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, art. 79, Rn. 1 ss.

sos con los que, *en el momento de contratar, no tenía que contar, y no podía evitar con las medidas a él exigibles*» (102).

Ya sobre el artículo 74 de la Convención de la Haya, ha escrito su mejor comentarista (103):

«Fundamental para la comprensión del artículo 74 es el punto de partida en el contrato: en lugar de abandonarse a reglas inflexibles, el juzgador debe inferir del contenido y sentido del correspondiente contrato qué circunstancias liberan al deudor de su deber de prestación, o le exoneran de la obligación de indemnizar. El contrato puede incluir disposiciones expresas al respecto. Precisamente en los contratos internacionales es frecuente que el deudor se exonere frente a ciertos riesgos. O puede que el deudor garantice el resultado de la prestación. Mucho más importante, aunque también con más problemas, es, sin embargo, la fórmula heurística de la proposición final del apartado 1, según la cual, a falta de intenciones expresas de las partes, han de tomarse como base las intenciones que tienen personas razonables en la misma situación.

»No hay aquí una remisión a la *hipotética voluntad de las partes*. Se alude, antes bien —como en el idéntico, en esto, art. 9.II y en los parecidos arts. 10 y 13—, a un módulo objetivo. Con su ayuda, ha de determinarse la distribución de riesgos que es inmanente a cada contrato. Toda promesa contractual de prestación encierra en sí una asunción de riesgo. Pero, en la duda, no es el sentido de la promesa que el deudor asuma todos los riesgos imaginables y, así, garantice absolutamente el resultado. Antes bien, el deudor sólo asume, salvo pacto en contrario, aquellos riesgos con los que personas razonables al tiempo de contratar podían y debían contar, o que, conforme a un criterio razonable, pueden ser controlados por el deudor. Esos riesgos son expresión del normal riesgo contractual que debe determinarse atendiendo a los usos en el sentido del artículo 9, y a la naturaleza general del contrato (104).

»[...] En la duda, el deudor asume no sólo los riesgos por él concretamente previstos, sino todos los por él controlables. De ello se sigue, ante todo, que, como regla, el deudor ha de responder de su culpa, porque los incumplimientos provocados culposamente son siempre previsibles y evitables. Más allá, la responsabilidad típica del deudor ha de extenderse a los eventos que tienen su origen en la esfera del deudor —en su casa, en su empresa, por sus dependientes— y que, por tanto, pueden normalmente ser mantenidos bajo control mediante las medidas exigibles (la llamada «teoría de las

---

(102) RABEL, *Das Recht des Warenkaufs*, cit., pp. 342 s.

(103) STOLL, en DÖLLE, *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht*, Art. 74 EKG, Rdnr. 18 s., 54.

(104) Al lector informado le habrá acudido a la mente la idea del «contrato perfecto» y su reconstrucción, utilizada por los juristas-economistas: SCHÄFER y ÖTT, *Manual de análisis económico...*, cit., pp. 261 ss.

esferas»). La controlabilidad de un evento, en el sentido en que aquí hablamos, se manifiesta en que, normalmente, de la producción del evento puede inducirse una culpa del deudor. Que excepcionalmente no exista una culpa en el caso concreto, es indiferente para la valoración típica y la correlativa distribución de riesgos en el sentido del artículo 74 EKG. La regla de interpretación aquí sostenida determina que el ámbito de las circunstancias de las que normalmente responde el deudor se alce ligera, pero preceptiblemente, sobre el umbral de la necesidad de culpa (105)».

Y sobre el artículo 79.1 de la Convención de las Naciones Unidas, ha escrito también Hans Stoll:

«El deudor ya no se exonera con la prueba de que no ha tenido culpa alguna en el incumplimiento. Sólo le permite exonerarse la prueba de que el incumplimiento es imputable a la actuación de un impedimento no controlable, sustraído a la influencia del deudor. El artículo 79 eleva la falta de controlabilidad de un riesgo a principio general de exoneración. Esta idea clave, que ya era fundamental para la comprensión de la correspondiente cláusula de exoneración del artículo 74 EKG, se manifiesta ahora claramente en la redacción del artículo 79 (*Hinderungsgrund* «*außerhalb ihres Einflußbereichs*»; *impediment* «*beyond his control*»; *empêchement* «*independant de sa volonté*»).

»La controlabilidad de un riesgo por el deudor no debe, empero, ser juzgada en abstracto e independizada del contrato. Antes bien, la cláusula de exoneración del artículo 79 descansa en una razonable interpretación de la ordinaria voluntad de las partes: en la duda, corresponde al sentido y finalidad del contrato obligacional que el deudor sólo haya de responder de una promesa de prestación hasta el límite de los riesgos controlables. La controlabilidad de un riesgo es, por tanto, sólo un —refutable— indicio de que el deudor, al celebrar del contrato, ha asumido el responder del riesgo y de su superación. [...Como en el del art. 74 EKG,] también en el ámbito del artículo 79 predominan el sentido y finalidad del contrato, y su interpretación tiene preferencia frente a una aplicación rígida y literalista del precepto. Este ha de entenderse de modo que proporcione al juez un instrumento flexible de distribución del riesgo inmanente al contrato.

»[...] El impedimento debe originarse en el ámbito que no esté bajo control del deudor: la expresión inglesa «*beyond control*» es más clara al respecto que la más genérica expresión alemana «*außerhalb ihres Einflußbereich*». El tenor del artículo 79 parte atinadamente de la base de que existe un ámbito de responsabilidad con el que el deudor, en principio, debe pechar. Quiere decirse con

---

(105) Vid. asimismo VON CAEMMERER, «Probleme des Haager Einheitlichen Kaufrecht», AcP 178 (1978), pp. 143 ss; y comp. EMMERICH, *Leistungsstörungen*, cit., § 6.IV.2, pp. 72 ss.

ello un ámbito en que es objetivamente posible para el deudor, y donde cabe también esperar de él, que, con medidas organizativas y apropiados controles, asegure el curso sin perturbaciones de los procesos necesarios para la preparación y ejecución del contrato [...].

»[...] Incluso de un impedimento ajeno a su ámbito de influencia debe el deudor responder, cuando razonablemente cabía esperar de él que tuviera en cuenta el impedimento en el momento de contratar. Pero la previsibilidad —tal vez lejana— del impedimento no excluye necesariamente la exoneración. Se trata, antes bien, de si, según las circunstancias, la más o menos cercana posibilidad del impedimento, por ejemplo, el cierre de un canal a causa de complicaciones bélicas, había razonablemente de tenerse en cuenta al tiempo de contratar. Quien, ello no obstante, contrata sin reserva, asume de modo implícito el riesgo de que la prestación debida se frustre o se retrase a causa del impedimento.

»Finalmente, un impedimento, aunque tampoco haya de tenerse en cuenta al tiempo de contratar, sólo exonera cuando no puede ser superado por el deudor de una manera a él exigible. Ha de aplicarse al respecto un módulo riguroso. Como regla, al deudor le es exigible la superación de un obstáculo al cumplimiento del contrato, incluso cuando ello le obligue a importantes gastos suplementarios y a sufrir una pérdida de negocio [...]» (106).

Según el tenor literal del artículo 1105 CC, para que el deudor no tenga que responder del daño objetivamente imputable a su falta de cumplimiento, es preciso que el incumplimiento haya sido provocado por un *suceso* que *no hubiera podido preverse*, o que, previsto, *fuera inevitable*.

Resulta obvio que el muy deseable resultado de que lo dispuesto en el artículo 1105 CC coincida con lo dispuesto en el artículo 79.1 de la Convención de las Naciones Unidas, verdadero *ius commune* en la materia que nos ocupa, puede lograrse con sólo: interpretar la palabra «suceso» de aquél artículo como «impedimento ajeno al ámbito control del deudor», sostener que la imprevisibilidad del suceso causante del incumplimiento es un requisito autónomo del caso fortuito (no el mero presupuesto lógico de su inevitabilidad), y referir la previsibilidad o imprevisibilidad al momento de celebración del contrario. Bastará leer así el artículo 1105 CC: «Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare el contrato, nadie responderá de los *impedimentos ajenos a su ámbito de control* que no hubieran podido preverse *al tiempo de contratar* [y evitarse, así pues, no contratando], o que [previstos *posteriormente*] fueran inevitables».

---

(106) STOLL, en VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, Art. 79, Rn. 6.s, 22, 26 s.

Pues bien:

Interpretar que la palabra «suceso» del artículo 1105 CC significa «impedimento ajeno al ámbito de control del deudor», como ya lo ha hecho un autorizado sector doctrinal (107), es lo único valorativamente congruente con lo antes sostenido en las letras *a*) y *b*) del apartado 5.1 de este trabajo. A las hipótesis contempladas en la letra *c*) del mismo apartado se refiere el artículo 1105 cuando comienza diciendo «fuera de los casos expresamente mencionados en la ley».

Aunque no de modo explícito, también se ha mantenido ya entre nosotros, acertadamente, que la imprevisibilidad es un requisito autónomo del caso fortuito (108), y no un mero presupuesto lógico de su inevitabilidad, lo que, obviamente, haría superfluas las palabras «que no hubieran podido preverse» del artículo 1105 CC (109).

Y parece perfectamente lógico que, si la previsibilidad relevante para la determinación del *quantum respondatur* es la previsibilidad al tiempo de contratar (art. 1107.I CC), lo mismo suceda con la relevante en el ámbito del *an respondatur*: para la determinación de los sucesos causantes de incumplimiento, de los que el deudor debe responder.

Comentando el artículo 74 de la Convención de la Haya, antes transcrito, escribió Hans Stoll:

«La idea fundamental de la asunción contractual del riesgo, en la que el artículo 74 se basa, ilumina también la limitación de la indemnización al daño previsible al tiempo de contratar, establecida en los artículos 82-2.<sup>a</sup>, 86 y 87. La responsabilidad del deudor, no sólo en cuanto a la materia, sino también en cuanto al contenido, ha de permanecer dentro de los límites de lo que las personas razonables pueden y deben prever al tiempo de contratar. Existe, a la vez, una conexión de valoración entre la estricta, hasta el límite del artículo 74, responsabilidad por el resultado del deudor, y la significativa limitación de la responsabilidad al daño previsible; porque aquella responsabilidad únicamente es soportable cuando el contenido de la indemnización se limita razonablemente, y no se ponen a cargo del deudor todos los

---

(107) TORRALBA, ADC 1971, pp. 1154 ss.; Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, I, cit., p. 725; Vid. también BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor...*, cit., p. 415.

(108) Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ y otros, *Elementos...*, II-1 cit., p. 241; CARRASCO, *Comentarios...*, cit. pp. 662 s.

(109) Esta parece ser la conclusión de JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit. pp. 217 s.

daños que sean consecuencia adecuada de la falta de cumplimiento» (110).

Y el mismo autor ha escrito, sobre la Convención de las Naciones Unidas, que «la responsabilidad objetiva del deudor hasta el límite de los impedimentos no controlables según el artículo 79, y la regla de la previsibilidad en el sentido de la proposición segunda del artículo 74 son facetas correlativas de un principio unitario, dominante en el Derecho uniforme de compraventa, de limitación de responsabilidad en la medida del riesgo inmanente al contrato, asumido por las partes al contratar» (111). Parafraseando al autor citado, podríamos escribir aquí que la responsabilidad objetiva del deudor hasta el límite del artículo 1105 CC, y la regla de la previsibilidad en el sentido de la proposición primera del artículo 1107.I CC son facetas correlativas de un principio unitario, dominante en el Derecho español de contratos, de demarcación de la responsabilidad por los daños derivados de la falta de cumplimiento en la medida del riesgo inmanente al contrato, asumido por las partes al contratar.

¿No es, acaso, el momento de celebración de contrato, y según los datos y perspectivas que entonces tuvieran, aquél en que las partes, de haber querido regular expresamente el tema, habrían distribuido entre ellas los riesgos de incumplimiento, fijando los sucesos de que habría, o no, de responderse y, correspondientemente, la cuantía de la contraprestación? ¿Por qué entonces la ley, a la hora de establecer la regla dispositiva de distribución de los riesgos de incumplimiento, va a hacer referencia a un momento distinto? ¿Es lógico que el acreedor, manteniéndose invariada la contraprestación que él se comprometió pagar, haya de pechar con el hecho de que un suceso razonablemente previsible (con el que razonablemente había de contarse) al tiempo de contratar — y que, por ende, personas razonables en la situación de las partes habrían entendido, salvo inmediata protesta del deudor, que el riesgo de acaecimiento del suceso en cuestión quedaba a cargo de éste— se haya presentado luego como inevitable para el deudor? (112).

---

(110) STOLL, en DÖLLE, *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrechts*, Art. 74 EKG, Rdnr. 20. Vid. también TILING «Haftungsbefreiung, Haftungsbegrenzung und Freizeichnung im Einheitlichen Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen», *RabelsZ* 32 (1968), p. 271.

(111) STOLL, en VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, Art. 74, Rn. 4.

Ya el genial RABEL (*Das Recht des Warenkaufs*, cit., p. 495) había escrito: «Partimos de que el sentido y la finalidad del contrato dominan la total regulación del incumplimiento, de forma que no sólo repercuten en la cuestión de cuáles son las faltas de cumplimiento de que responde el deudor, sino también en la cuestión de en qué medida responde el deudor del incumplimiento».

(112) Así, PANTALEÓN, *Del concepto de daño...*, cit., pp. 578 ss.; explícitamente de acuerdo, CARRASCO, *Comentarios...*, cit., pp. 597, 660. Pero vid. también, DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos...*, II-1, cit., p. 241.

En el caso decidido por sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1989, los litigantes suscribieron un contrato en virtud del cual el actor cedió un negocio de hostelería al demandado, asumiendo éste la obligación de reparar el tejado del complejo y realizar las obras necesarias para completar la reparación de todas las habitaciones, terrazas, pasillos y comedores en un cierto plazo, y estipulándose que, de no finalizarse las obras a tiempo, el arrendador habría de pagar el valor del precio de las habitaciones del hotel, según la categoría de éstas. El demandado, que incurrió en un retraso de varios meses en la realización de las obras y reparaciones, alegó que debía quedar exonerado de responsabilidad, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1105 CC, atribuyendo la causa del retraso a intensos temporales de lluvia y nieve que impidieron el desarrollo normal de los trabajos. Pero fue condenado en las distintas instancias, con el exacto argumento de que la posibilidad de los temporales *«pudo ser fácilmente prevista por el arrendador, al celebrar el contrato, teniendo en cuenta el lugar en que se encontraba el establecimiento y la fecha en que se concluyó»* (113).

En suma, cabe afirmar que, para que el deudor quede exonerado de la obligación de indemnizar los daños objetivamente imputables a una falta de cumplimiento, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1105 CC, han de concurrir estos tres requisitos, definitivos de caso fortuito:

i) La falta de cumplimiento tiene que haber sido provocada por un *impedimento ajeno al ámbito de control del deudor*.

Lo que parece plenamente congruente con las enseñanzas del análisis económico del Derecho de que procede asignar a cada parte los riesgos que puede administrar a un menor coste, previniéndolos, asegurándolos o soportándolos (autoasegurándolos) (114): cada

---

(113) En la sentencia de 10 de marzo de 1949, la Sala Primera del Tribunal Supremo casó la de instancia, que había considerado que el fallo del vendedor al compromiso contraído de comparecer en la notaría para otorgar en la fecha convenida la escritura de venta estaba justificado por dificultades de preparación de los títulos a causa de la desaparición de un archivo durante la guerra civil, argumentando que «tales causas de pretendida justificación no son jurídicamente constitutivas de fuerza mayor en su modalidad extintiva de la obligación contraída, por la sencilla razón de que los sucesos de guerra civil y desaparición del archivo ya habían acaecido y eran conocidos por el vendedor al tiempo de la celebración del contrato, carentes, por tanto, de la nota de imprevisibles que exige el artículo 1105 del Código Civil para eximir de las responsabilidades de otorgar las escrituras de venta».

(114) TRIMARCHI, «Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale», *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1970, pp. 512 ss.; POSNER y ROSENFELD, «Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis», *Journal of Legal Studies* 6 (1977), pp. 83 ss.; SCHÄFER y OTT, *Manual de análisis económico...*, cit., pp. 264 ss.

parte es la que más barato puede prevenir, cuando evitables eficientemente, los impedimentos procedentes de su ámbito de control, y, en otro caso, quien mejor puede estimar la probabilidad de que tales impedimentos se produzcan y, en consecuencia, el *cheapest insurer* del riesgo de su acaecimiento, habida cuenta de que, como la proposición primera del artículo 1107.I CC excluye la resarcibilidad de los daños imprevisibles al tiempo de contratar, puede estimar la magnitud del eventual perjuicio indemnizable cuando menos igual de bien que la otra parte.

ii) Tiene que tratarse de un *suceso cuyo acaecimiento durante la vida de la relación contractual no fuera razonablemente previsible al tiempo de contratar*.

Quizá cabría matizar, análogamente a como lo hicimos respecto del *quantum respondatur* en el apartado 3.1 de este trabajo, que no siempre bastará la previsibilidad del suceso al tiempo de contratar para excluir la exoneración: no será así cuando las circunstancias del caso revelen con claridad que la otra parte, al tiempo de contratar, no pudo contar razonablemente con que la parte incumplidora asumía el riesgo de que se trata. También a este respecto las aportaciones del análisis económico del Derecho podrán mostrarse útiles: en la duda, deberá concluirse que la otra parte no pudo contar con que la parte incumplidora asumió un riesgo que era obvio; al tiempo de contratar, que la otra parte podía administrar a menor coste.

iii) Y ha de ser un *suceso inevitable, en sí y en sus consecuencias, empleando la diligencia que, atendida la naturaleza del contrato y las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, correspondería a un buen padre de familia*.

Las enseñanzas del análisis económico del Derecho sólo abogan a este respecto porque, aplicando la conocida fórmula *Learned Hand* (115), no se consideren exigidas por el patrón de diligencia medidas cuyo coste sea superior a su beneficio en términos de prevención de daños.

Se notará que sólo cuando falte, únicamente o también, el tercero de los requisitos citados podrá afirmarse, y aún entonces no con

---

(115) Vid. por todos, PAZ-ARÉS, ADC 1981, pp. 658 ss. SCHÄFER y OTT, *Manual de análisis económico...*, cit., pp. 109 s.

toda propiedad (dado el carácter objetivo del modelo de diligencia), que el deudor responde por culpa-negligencia. En las restantes hipótesis en que debe responder, el deudor responderá sin culpa. O si se prefiere decirlo así: en nuestro Derecho de la responsabilidad contractual, la culpa-negligencia no ocupa un lugar ni exclusivo ni de primacía entre los criterios de imputación subjetiva del incumplimiento al deudor, ya que comparte su puesto con los criterios, igualmente generales, de la «*esfera de control del deudor*» (que engloba los subcriterios del «hecho propio» y del «hecho de los auxiliares en el cumplimiento») y del «*riesgo implícitamente asumido al contratar*».

5.3. Con base en estos criterios, no cabe duda alguna de que el deudor responderá, sin necesidad de culpa-negligencia por su parte, no sólo de los hechos propios o de sus dependientes y auxiliares en el cumplimiento, sino también, como regla, del estado de los elementos materiales (maquinaria, utensilios, medios de transporte) utilizados en su actividad empresarial o profesional y, en definitiva, de la correcta organización y buen funcionamiento de la misma (116).

A diferencia de las huelgas generales, especialmente las políticas, las huelgas de sus propios trabajadores o las de los trabajadores de sus auxiliares en el cumplimiento no exonerarán al deudor, aunque se trate de huelgas ilícitas o abusivas (117).

Los proveedores del deudor no pueden ser equiparados, a efectos de la responsabilidad de éste, a sus dependientes o auxiliares en el cumplimiento: exonerará al deudor el fallo, imprevisible al tiempo de contratar, de un proveedor monopolista, aunque obedezca a un suceso insuficiente para exonerar al propio proveedor (p. ej., una huelga de sus trabajadores). Pero, como regla, los fallos, incluso fortuitos, de sus proveedores no monopolistas, aun si elegidos con el máximo cuidado, no servirán para exonerar al deudor: han de considerarse típicamente pertenecientes a su esfera de control, porque,

---

(116) STOLL, en DÖLLE, *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht*, Art. 74 EKG, Rdnr. 68, y en VON CAEMERER/SCHLECHTRIEM, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, Art. 79, Rn. 30.

(117) STOLL, en DÖLLE, *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht*, Art. 74 EKG, Rdnr. 90 ss.; y en VON CAEMERER/SCHLECHTRIEM, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, Art. 79, Rn. 41 ss. De la misma opinión entre nosotros, CARRASCO, *Comentarios...*, cit., p. 649, lo que es sorprendente en un autor que ha escrito (*op. cit.*, pp. 637 s.) que «hay caso fortuito siempre que el deudor no esté en culpa. Caso fortuito es la negación de culpa, como entiende la jurisprudencia y la doctrina». De cualquier forma, cuál sea realmente la opinión de dicho autor al respecto, no es fácil de saber (*op. cit.*, pp. 592, 602 s.).

típicamente, el deudor selecciona con total libertad a sus proveedores (118).

Como regla general, el deudor, y no sólo el deudor de dinero, ha de responder de su capacidad financiera para realizar la prestación. El embargo o la confiscación de todo o la mayor parte del patrimonio del deudor por guerra, represalia política, etc., imprevisibles al tiempo de contratar, serían excepciones a dicha regla; pero no por más que imprevisible e inevitable, la mala marcha de los negocios que proporcionaban liquidez, la quiebra de un importante cliente, etc. (119).

El deudor de cosas genéricas corre con el riesgo de obtenerlas en el mercado: no puede exonerarse probando que su proveedor le falló, los precios subieron y, por ello, suministrar las mercaderías debidas le suponía un sacrificio patrimonial imprevisto; ni que las mercaderías con que había planeado cumplir se perdieron fortuitamente, y carecía de medios financieros para obtener otras sustitutorias. Ciertamente le exonerará la desaparición del mercado de las mercaderías en cuestión por un hecho imprevisible al tiempo de contratar. Pero también, en lo que respecta a la responsabilidad por mora, cualquier otro suceso que, por cumplir los requisitos antes enumerados, pueda considerarse caso fortuito (p. ej., un temporal imprevisible provoca el hundimiento, un día antes de la fecha de cumplimiento, del barco que transportaba al comprador sueco un cargamento de fruta sólo obtenible en países tropicales) (120). No hay un régimen especial de responsabilidad para el incumplimiento de las obligaciones genéricas: «*genus nunquam perit*» no es una regla de responsabilidad por daños (121), sino sobre el alcance del deber de prestación y, quizá, una regla de riesgos (122). Se trata sólo de que, en general, no puede considerarse caso fortuito, como regla, ni la impotencia financiera del deudor, ni los fallos de sus

(118) STOLL, en DÖLLE, *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht*, Art. 74 EKG, Rdnr. 69, 95; y en VON CAEMERER/SCHLECHTRIEM, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, Art. 79, Rn. 38, 44.

(119) STOLL, en DÖLLE, *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht*, Art. 74 EKG, Rdnr. 78 ss.; y en VON CAEMERER/SCHLECHTRIEM, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, Art. 79, Rn. 29. Coinciden en el resultado, entre nosotros, al menos parcialmente, DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, I, cit., pp. 712 s.; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., págs 438 ss.; CARRASCO, *Comentarios...*, cit., págs 601, 649.

(120) STOLL, en DÖLLE, *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht*, Art. 74 EKG, Rdnr. 71 s.; y en VON CAEMERER/SCHLECHTRIEM, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, Art. 79, Rn. 31.

(121) En contra de esta última afirmación —si bien, desde su premisa de que el deudor debe responder hasta el límite de la imposibilidad, ello no significa ningún especial régimen de responsabilidad—, DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, I cit., p. 713; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., pp. 426 ss.

(122) Me remito al riguroso trabajo de CAFFARENA, *Genus nunquam perit*, ADC 1982, pp. 291 ss.

proveedores; pero sí, por poner otro ejemplo, que el deudor no pueda ocuparse de sus negocios porque, habiendo estallado una guerra en el país sede de los mismos, debe abandonarlos para huir del enemigo (123).

El arrendador de obra y el vendedor-fabricante responderán de los defectos de sus obras o productos, incluso de los que provengan de materiales suministrados o partes integrantes fabricadas por terceros (no, si procedentes del dueño de la obra o del comprador) y de los que fueran inevitables con todas las medidas de cuidado económicamente eficientes, a excepción de aquellos defectos cuya existencia no pudiera descubrirse, dado el estado de los conocimientos científicos y técnicos al tiempo de la entrega [los llamados «riesgos de desarrollo»; cfr. art. 7.e) de la Directiva CEE de 25 de julio de 1985, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos], o de los que sean imputables al diseño impuesto o las instrucciones dadas por el dueño de la obra o el comprador, o también, probablemente, de los que sean producto de actos de sabotaje (124).

La responsabilidad del simple vendedor-intermediario no puede llegar tan lejos como la del vendedor-fabricante, porque el defecto no se origina en su ámbito de control. Pero es discutible que baste para exonerarle la demostración de que el proveedor de la cosa defectuosa, libremente elegido por él, es una firma acreditada, y él mismo, por su parte, adoptó las medidas usuales, o razonablemente exigibles en el caso concreto, para la detección de posibles defectos. Cabría sostener que la libertad del vendedor de elección de sus proveedores justifica que soporte, más allá de su culpa, el riesgo de los defectos imputables a aquéllos. No, con certeza, cuando el proveedor de la cosa defectuosa sea una monopolista, o haya sido por impuesto el comprador (125).

---

(123) Aludo al peculiar «Eierfall» (RGZ 99, 1), narrado, al final de su análisis sobre la responsabilidad por mora en las obligaciones genéricas, por LARENZ *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, cit., § 23.I.b), pp. 320 s.

(124) STOLL, en DÖLLE, *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht*, Art. 74 EKG, Rdnr. 68, 102; y en VON CAEMERER/SCHLECHTRIEM, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, Art. 79, Rn. 22, 30, 46. Entre nosotros, MORALES ADC 1982, pp. 656 ss.

(125) Esta es, probablemente, la cuestión más discutible en la interpretación del artículo 79 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos compraventa internacional de mercaderías: por un lado, HONNOLD, *Uniform Law for International Sales...*, cit. § 427; por otro, TALLON, en BIANCA/BONELL, *Commentary on the International Sales Law*, pp. 579 s.; en fin, STOLL, en VON CAEMERER/SCHLECHTRIEM, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, Art. 79, Rn. 38, 45, 47 (vid. también, respecto del art. 74 de la Ley Uniforme de la Haya, STOLL, en DÖLLE, *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht*, Art. 74 EKG, Rdnr. 103). Entre nosotros, comp. por un lado, MORALES, ADC 1982, pp. 654 ss.; y por otro, CARRASCO, *Comentarios...*, cit., p. 625 s.

Los tópicos precedentes precisan de una mayor concrección, que ha de ser producto de su cotejo con la praxis jurisprudencial; pero esta es tarea que debe quedar para otra ocasión.

## APENDICE

### EVOLUCION HISTORICA Y ANALISIS COMPARADO DE LOS CRITERIOS DE IMPUTACION OBJETIVA DEL DAÑO CONTRACTUAL.

1. El criterio de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar, como límite del *quantum respondatur* en materia de responsabilidad contractual, se apunta ya en la parte final de un conocido paso del Digesto:

Paul. D. 19, 1, 43 (5. quaest.): «[...] *de sumptibus vero, quos in erudiendum hominem emptor fecit, videndum est: nam empti iudicium ad eam quoque speciem sufficere existimo: non enim pretium continet tantum, sed omne quod interest emptoris servum non evinci. plane si in tantum pretium excedisse proponas, ut non sit cogitatum a venditore de tanta suma (veluti si ponas agitatorum postea factum vel pantomimum evictum esse meum, qui minime veniit pretio), iniquum videtur in magnam quantitatem obligare venditorem*» (1).

En las fuentes romanas, sin embargo, aquél criterio comparte su puesto con otros también de carácter aparentemente general. En primer lugar, con la distinción entre daños intrínsecos (*circa ipsam rem*) indemnizables y daños extrínsecos no indemnizables, insinuada en otro conocido paso del Digesto, también atribuido al jurista Paulo:

Paul. D. 19, 1, 21, 3 (33. ed): «*Cum per venditorem steterit, quo minus rem tradat, omnis utilitas emptoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit: neque enim si potuit ex vino puta negotiari et lucrum facere, id aestimandum est, non magis quam si triticum emerit et ob ea rem, quod si non sit traditum, familia eius fame laboraverit; nam pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur [...]*» (2).

En segundo lugar, con la limitación de la indemnización al doble del valor o la cuantía en aquellos casos *qui certam habent quantitatem vel naturam*, que, junto a una exhortación a que, en los demás supuestos, se evalúe el *damnum quod re vera inducitur*, y se haga *cum*

---

(1) Sobre este texto y, en general, sobre el criterio de la previsibilidad del daño en el Derecho romano MEDICUS *Id quod interest. Studium zum römischen Recht des Schadensersatzes* (1962), pp. 81 ss., 95, 320 s.; H. HONSELL, *Quod interest im bonae-fidei-iudicium. Studium zum römischen Schadensersatzrecht* (1969), pp. 51 ss.

(2) Análisis de éste paso y del criterio en él sugerido en MEDICUS, *Id quod interest.*, cit., pp. 35 ss., 321 s.; HONSELL, *Quod interest.*, cit., pp. 7 ss.

*competenti moderatione*, se encuentra en la Constitución «*De sententiis quae pro eo quod interest proferuntur*» del emperador Justiniano. Límite aquél del *duplum*, que aparece también en el paso del Digesto inmediatamente subsiguiente al primero de los aquí transcritos.

*Imp. Iustinianus C. 7, 47, I: «Cum pro eo quod interest dubitationes antiquae in infinitum productae sunt, melius nobis visum est huiusmodi proxilitatem prout possibile est in angustum coartare. § 1 Sancimus itaque in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, hoc quod interest dupli quantitatem minime excedere; in aliis autem casibus, qui incerti esse videntur, iudices, qui causas dirimendas suscipiunt, per suam subtilitatem requirere, ut, quod re vera inducitur damnum, hoc reddatur et non ex quibusdam machinationibus et inmodicis perversionibus in circuitus inextricabiles redigatur, ne, dum in infinitum computatio reducitur, pro sua impossibilitate cadat, cum scimus esse naturae congruum eas tantummodo poenas exigi, quae cum competenti moderatione proferuntur vel a legibus certo fine conclusae statuuntur. § 2 Et hoc non solum in damno, vel etiam in lucro nostra amplectitur constitutio, quia et ex eo veteres quod interest statuerunt: et sit omnibus, secundum quod dictum est, finis antiquae proxilitatis huius constitutionis recitacio».*

*Afric. D. 19, 1, 44 (8 quaest.): «(cum et forte idem mediocrium facultatum sit: et non ultra duplum periculum subire eum oportet)» (3).*

En fin, de los varios pasos de Digesto de los que podría deducirse el criterio de que la extensión de la responsabilidad del deudor era más extensa en caso de haber éste actuado con dolo, es, sin duda, el más famoso el relativo a la venta de una res afectada por una enfermedad contagiosa.

*Ulp. D. 19, 1, 13 pr. (32 ed.) «Iulianus libro quinto decimo inter eum, qui sciens quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto: ait enim, qui pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione praestaturum, quanto minoris essem empturus, si id ita esse scissem; si vero sciens reticuit et emptorem decepit, omnia detrómenta, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestaturum ei: sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aestimationem, sive pecora contagiose morborum pecoris perierunt, quod interfuit idonea venisse erit praestandum» (4).*

(3) Sobre ambos textos, MEDICUS, *Id quod interest...*, cit., pp. 89 ss., 288 ss., 339 s.; HONSELL, *Quod interest...*, cit., pp. 83 ss.

(4) Cfr. MEDICUS, *Id quod interest...*, cit., pp. 128 ss.; HONSELL, *Quod interest...*, cit., págs 83 ss.

No es este lugar adecuado, ni yo la persona, para desarrollar las diferentes interpretaciones e intentos de armonización de los textos romanos transcritos por parte de los juristas del Derecho Común; una tarea que, por lo demás, ya ha sido hecha con esmero (5). Bastará aquí mostrar la manera en que Pothier llevó a cabo esta tarea en su *Traité des Obligations*, pues no cabe la menor duda sobre el carácter decisivo de su opiniones en la materia que nos ocupa (6).

Tras afirmar que la indemnización de daños y perjuicios comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante (*núm. 159*), el jurista francés propone el criterio de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar como límite general del *quantum respondatur* del deudor no doloso.

Núm. 160: «No debe, sin embargo, obligarse al deudor a indemnizar al acreedor todas las pérdidas indistintamente que le ha ocasionado el incumplimiento de la obligación, y menos aún, todas las ganancias que el acreedor hubiera podido obtener si el deudor hubiese cumplido su obligación. Es necesario distinguir al respecto diferentes casos y diferentes tipos de daños y perjuicios; y es necesario también, según los distintos casos, emplear una cierta moderación en la tasación y estimación de aquéllos de los que se le hace responder.

»Cuando no se puede reprochar al deudor dolo alguno, y no es sino por simple culpa por lo que no ha cumplido su obligación, sea por que se ha comprometido temerariamente a algo que no podía cumplir, sea porque se ha puesto luego, por su culpa, en situación de no poder cumplir su compromiso, el deudor no responde más que de los daños y perjuicios que se ha podido prever, al tiempo de contratar, que el acreedor podría sufrir a causa del incumplimiento de la obligación; pues se considera que el deudor no se ha obligado más que respecto a ellos».

La tarea inmediata era la de armonizar el criterio de la previsibilidad con el de la distinción entre daños intrínsecos y daños extrínse-

---

(5) Por H. LANGE, *Schadensersatz und Privatstrafe in der mittelalterliche Rechtstheorie* (1955), pp. 17 ss., 56 ss. y *passim*; y DILCHER, *Die Theorie der Leistungsstörungen bei Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten* (1960), pp. 120 ss. Entre nosotros aporta algunos datos CARRASCO, *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales EDERSA*, XV-1 (1989), págs 712 s.

(6) Como veremos de inmediato, Pothier confiesa paladinamente su deuda con el *Tractatus de eo quod interest* de Dumoulin. Pero sin querer negar a éste la paternidad del criterio la previsibilidad del daño al tiempo de contratar, lo cierto es que sus textos son mucho menos claros que los de Pothier en el sentido de consagrarlo como criterio general de imputación objetiva del daño contractual. Sobre el pensamiento de Dumoulin y sus diferencias con el de Pothier, LEONE, «Nesso causale tra colpa e danno», *Riv. dir. civ.* 1913, pp. 595 ss.

cos, en la forma en que Pothier la entendió: traduciendo «*rem*» por «cosa», en el sentido de daños relativos, o no, a la cosa objeto de la obligación (7).

Núm. 161: «Normalmente, se considera que las partes no han previsto más que los daños y perjuicios que el acreedor, a causa del incumplimiento de la obligación, podía sufrir en relación con la cosa misma que ha sido objeto de aquélla, y no los que el incumplimiento de la obligación le ha ocasionado, además, en sus otros bienes. Esta es la razón por la que, en estos casos, el deudor no responde de esos últimos daños, sino sólomente de los sufridos en relación con la cosa que ha sido objeto de la obligación; *damni et interesse, propter ipsam rem non habitam*».

A continuación, el jurista francés ilustra sus anteriores ideas con los ejemplos siguientes. Quien vende un caballo y no lo entrega, deberá indemnizar al comprador el mayor precio que le haya costado adquirir un caballo semejante: se trata de un daño relacionado sólo con la cosa objeto del contrato, y que pudo prever, al estar el precio de los caballos, como el del resto de los bienes, sujeto a variaciones; pero si el comprador fue un canónigo, al que la no entrega del caballo hizo imposible llegar a tiempo a obtener los grandes rendimientos de su canonjía, no responderá al vendedor, en principio, de tales perjuicios. Quien alquila una casa que creía suya por 18 años, si a los 10 ó 12 años el arrendatario es vencido en evicción por el verdadero propietario, deberá indemnizar al arrendatario los gastos de mudanza y el mayor precio que haya que pagar por alquilar otra casa durante el periodo de tiempo restante; pero no, en principio, los que le haya reportado el cierre del negocio que hubiera instalado en la casa tras el arrendamiento, ni mucho menos los derivados de la rotura de algunos muebles preciosos durante la mudanza.

Pero teniendo perfectamente claro cuál de los criterios ha de prevalecer en caso de contradicción.

---

(7) Diferente a la forma en que la entendieron los redactores del Código prusiano, traduciendo «*rem*» por «hecho» generador del daño, al establecer la distinción entre daño inmediato y daño mediato:

I, 6 § 2 A.L.R.: «*Wird ein solcher Nachteil durch eine Handlung oder Unterlassung unmittelbar und zunächst bewirkt, so wird der Schade selbst unmittelbar gennant*».

I, 6 § 3 A.L.R.: «*Entsteht der Nachteil zwar aus der Handlung oder Unterlassung jedoch nur in Verbindung derselben mit einen anderen von ihr verschiedenen Ereignisse oder mit einer nicht gewöhnlichen Beschaffenheit der Person oder der Sache, so ist eine mittelbarer Schaden vorhanden*».

Véanse también I, 6, §§ 15, 18 y 19; I, 15 §§ 362 y 363; y I, 16, § 17, donde se concreta la relevancia normativa de la distinción.

Núm. 162: «A veces, el deudor es responsable de daños y perjuicios sufridos por el acreedor, aunque extrínsecos; a saber, cuando parece que han sido contemplados en el contrato, y que el deudor los ha asumido, expresa o tácitamente, para el caso de incumplimiento de su obligación».

Añade Pothier que el vendedor del caballo habría de indemnizar al canónigo también los rendimientos perdidos, si en el trato existiese una cláusula expresa que contemplara la finalidad de la compra de poder llegar a tiempo a la canonjía. Y que habría que indemnizar al arrendatario los perjuicios derivados del cierre del negocio, si la casa le hubiese sido alquilada en su condición de comerciante, o para hacer una posada.

En el núm. 163, se proponen nuevos ejemplos, siempre tras las huellas de Dumoulin. Quien vende de buena fe unas vigas de madera defectuosas, provocando así la caída del edificio que el comprador apuntaló con aquéllas, no responde de los daños consistentes en la destrucción del edificio, salvo que (se trate de persona a quien, por su profesión de carpintero, no quepa excusar el desconocimiento de los vicios de las vigas, y que) la finalidad de las vigas compradas hubiese quedado clara al contratar. Aún en tal caso, si el comprador las utiliza para apuntalar un edificio diferente y mayor que el contemplado al tiempo de la celebración del contrato, el vendedor responderá, como máximo, hasta una suma igual al valor del edificio más pequeño, que fuera el contemplado. Salvo que otra cosa se pacte expresamente, la responsabilidad del vendedor de las vigas se extenderá sólo al valor del edificio, y no al de los muebles que hubiera en su interior y que resultasen destruidos junto a aquél, porque lo normal es desamueblar las casas que se apuntalan. Por el contrario, cuando una vivienda se derrumba por vicio de construcción, el constructor no sólo habrá de indemnizar al propietario el valor de la casa, sino también el de los muebles que hubiera en su interior y no se hubiesen podido salvar.

El objetivo siguiente del jurista francés es armonizar lo dispuesto en C. 7. 47. 1, modificándolo en lo necesario, con el criterio general de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar.

Núm. 164: «Por lo que respecta a los daños y perjuicios de los que tiene que responder el deudor que no ha cumplido su obligación, caso de no podersele reprochar dolo alguno, nos resta advertir que, cuando los daños y perjuicios son considerables, no deben ser evaluados y liquidados con rigor, sino con una cierta moderación».

«Con base en este principio, ordena Justiniano en la ley única, *Cod. de sentent. quae pro eo quod interest*, que los daños y perjuicios, *in casibus certibus*, es decir, como explica Dumoulin [...], cuando no se relacionan sino con la cosa objeto de la obligación, no puedan ser evaluados en más del doble del valor de esta cosa, comprendido dicho valor».

Aquí propone Pothier el ejemplo de la evicción de un viñedo, comprado en 4.000 libras, pero que valía 16.000 en el momento de la evicción, por haber abierto el Rey, con posterioridad a la venta, un canal que hacía posible la exportación del vino. Conforme a la ley de Justiniano, la indemnización no podría superar las 8.000 libras.

«El principio sobre el que reposa tal decisión —añadía el jurista francés— es el de que las obligaciones que nacen de los contratos no pueden formarse más que con el consentimiento y la voluntad de las partes. Luego se estima que el deudor, al obligarse a la indemnización de los daños y perjuicios que pudieran derivarse del incumplimiento de la obligación, no ha pretendido ni querido obligarse más que hasta la suma a que ha podido razonablemente prever que podría ascender, como máximo, dicha indemnización, y no más allá; por tanto, cuando resulta que esta indemnización asciende a una suma excesiva, en la que el deudor jamás ha podido pensar, debe ser reducida y moderada hasta la suma a la que se podía razonablemente pensar que, como máximo, ascendería, considerando que el deudor no ha consentido en obligarse a más. *Molin. tract. eo quod interest*, núm. 60.

»Esta ley de Justiniano, en tanto en cuanto limita la moderación de las indemnizaciones excesivas *precisamente* al doble del valor de la cosa, es una ley arbitraria, que carece de autoridad de ley en nuestras Provincias. Pero el principio en el que está fundada, que no permite que un deudor al que no pueda reprochársele dolo alguno responda más allá de la suma hasta la que ha podido pensar que podrían como máximo elevarse, al ser un principio fundado en la razón y la equidad natural, debemos seguirlo, y moderar conforme a dicho principio la indemnización de los daños y perjuicios, cuando sea excesiva, dejando esta moderación al arbitrio del juez».

Y en el núm. 165, tras afirmar que el uso de tal moderación de la indemnización será también aplicable a los daños extrínsecos, a los que no cabía aplicar, en cambio, la citada ley de Justiniano, Pothier nos ilustra con los ejemplos siguientes. El tonelero que vende un tonel defectuoso, provocando con ello que se estropee el vino extranjero u otro licor de extraordinario valor introducido en dicho tonel por el comprador, no debe ser condenado a indemnizar todo el daño causado, sino sólo hasta el valor de un tonel del mejor vino del país (aunque valga mucho más del doble que el tonel vendido), porque, al vender el tonel, no ha creído cargar con otro riesgo, al no haber podido prever que se introduciría en él un licor de mayor precio. De igual manera, el constructor que antes veíamos que había de responder también de la pérdida de los muebles que se encontraban en la vivienda derruida por el vicio de construcción, si resultaran ser joyas o manuscritos de inmenso valor, no responderá sino hasta el valor que ordinariamente alcanzan los muebles de una persona de la condición del comprador.

En lo fundamental, las ideas de Pothier fueron recogidas en el artículo 1150 del Código Civil francés: «*Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est pas exécutée*». Ha de destacarse, sin embargo que el que era el artículo 47 del título «*Des obligations*» del Proyecto de Código Civil del año VIII de la Comisión de Gobierno: «*Le juge doit toujours taxer les dommages et intérêts avec une certaine moderation lorsqu'il n'y a point dol de la part du débiteur*» (8), fue finalmente rechazado por los legisladores franceses, muy poco amigos de dejar terrenos de juego al arbitrio judicial (9).

Entre nosotros, criterio de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar fue conscientemente rechazado por los autores del Proyecto de 1851 (tampoco aparecía en el Proyecto de 1836; véase su art. 1008), aunque por razones no demasiado poderosas. En el comentario de García Goyena al artículo 1016 del Proyecto isabelino, podemos leer: «La dificultad de estimar el cuanto del daño está íntimamente enlazada con la de fijar los límites de la responsabilidad; las palabras del artículo francés para el caso de no haber dolo, no dan una idea clara: ¿qué es lo que se previó o pudo preverse? Cada contrayente dirá que él previó los daños de diferente manera».

Aquel criterio volverá a aparecer en el artículo 1124.I del Anteproyecto de 1882-1888: «Los daños y perjuicios de que debe responder el deudor de buena fe, son aquellos que se hayan previsto o podido prever al tiempo de constituirse la obligación»; citándose como fuentes del mismo el artículo 1016 del Proyecto de 1851, el artículo 1128 del Código Civil italiano de 1865 (se trata de una errata; debió citarse el art. 1228, idéntico al art. 1150 CC francés) y el artículo 1154 del Anteproyecto del Código Civil belga de Laurent. Es asimismo en el Anteproyecto de 1882-1888, en concreto al final de su artículo 1120, donde va a aparecer por primera vez en nuestra codificación la facultad de moderación judicial de la responsabilidad contractual no dolosa, prevista hoy al final del artículo 1103 CC.

2. A la hora de trazar un panorama de Derecho comparado (10), cabe afirmar que el criterio de la previsibilidad de daño al tiempo de contratar, como criterio de imputación objetiva del daño contractual,

---

(8) FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil* (1827, reimpr. 1968), II, p. 166.

(9) Véanse las palabras de Bigot-Préameneu en FENET, *Recueil...*, cit., XIII, p. 233, temeroso de que un artículo así condujera a una injustificada equidad contra los intereses del acreedor, cuya causa no hay por qué mirar con disfavor.

(10) Otros datos en TREITEL, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VII (*Contracts in General*), cap. XVI (*Remedies for the Breach of Contract*) (1976), núms. 82 ss., pp. 59 ss.

ha sido acogido por los Códigos latinos más significativos. A los ya mencionados anteriormente, puede añadirse el artículo 1225 del Código Civil italiano de 1942: «*Se l'inadempimento o il ritardo non dipende da dolo del debitore, il risarcimento é limitato al danno che poteva prevedersi al tempo in cui e sorta l'obbligazione*».

Impera también dicho criterio en el Derecho anglosajón desde el famoso caso *Hadley v. Baxendale*, decidido en 1854 por la *Court of Exchequer*.

La parte demandante era propietaria de un molino en Gloucester cuyas operaciones quedaron paralizadas por la rotura de un eje. Entregó el eje roto a la parte demandada, que se había comprometido a transportarlo hasta la fábrica de Greenwich que tenía que construir un eje nuevo, utilizando el roto como modelo. La parte demandada retrasó reglientemente el transporte varios días, y la parte demandante le reclamó 300 libras, en concepto de beneficios dejados de obtener con el molino a causa del retraso. En primera instancia, el juez dejó la cuestión al arbitrio del jurado, que estimó en parte la pretensión; pero los demandados apelaron con éxito, en reclamación de un nuevo juicio por falta de adecuadas instrucciones al jurado. Alderson B. fijó así los principios en los que el juez tendría que instruir al jurado en el nuevo juicio.

«Pensamos que la regla apropiada en un caso como el presente es ésta: cuando dos partes han celebrado un contrato que una de ellas ha incumplido, los daños que deben indemnizarse a la otra parte por razón de un tal incumplimiento han de ser, bien aquellos que pueden ser considerados, equitativa y razonablemente, consecuencia natural —i. e., con arreglo al normal discurrir de las cosas— de un tal incumplimiento de contrato en abstracto, bien aquellos que puede razonablemente suponerse que han sido contemplados por ambas partes, en el momento en que celebraron el contrato, como resultado probable del incumplimiento del mismo. Así pues, si las especiales circunstancias bajo las que el contrato efectivamente fue celebrado fueron comunicadas por la parte demandante a la parte demandada, y conocidas de esa manera por ambas partes, los daños derivados del incumplimiento de tal contrato, que razonablemente contemplarían, sería la cantidad de perjuicio que ordinariamente se derivaría de un incumplimiento de contrato bajo esas especiales circunstancias, así conocidas y comunicadas. Pero, si esas especiales circunstancias fueron, en cambio, completamente desconocidas por la parte que incumplió el contrato, sólo podría suponerse que, como máximo, ha contemplado la cantidad de perjuicio que se derivaría generalmente, y en la gran mayoría de los casos no caracterizados por ninguna circunstancia especial, de un tal incumplimiento de contrato. Porque, si las especiales circunstancias hubieran sido conocidas, las partes podrían haber proveído específicamente para el incumplimiento del contrato, mediante una

cláusula especial relativa a la indemnización en tal caso; y sería muy injusto privarlas de esta oportunidad» (11).

No se trata de una casualidad. El proceso de derivación existente entre el artículo 1150 del Código Civil francés y las reglas establecidas en *Hadley v. Baxendale* ha sido explicado de manera convincente (12). El artículo 1150 francés fue el modelo del apartado primero del artículo 1928 del Código Civil de Luisiana, del siguiente tenor (rev. 1825): «*When the debtor has been guilty of no fraud or bad faith, he is liable only for such damages as were contemplated, or may reasonably be supposed to have entered into contemplation of the parties at the time of the contract*» [«*Lorsque le debiteur n'a été coupable d'aucune fraude ou mauvaise foi, il n'est sujet qu'aux dommages que les parties ont eu ou peuvent raisonnablement être soupçonnées avoir*

---

(11) «Si hemos de aplicar los principios sentados más arriba al presente caso — continúo diciendo Alderson B.— encontramos que las únicas circunstancias comunicadas por la parte demandante a la parte demandada en el momento de contratar fueron que el objeto a transportar era el eje roto de un molino, y que la parte demandante era el molinero de dicho molino. Pero ¿hasta qué punto mostraban razonablemente esas circunstancias que los beneficios del molino iban a resultar impedidos por un retraso irrazonable en la entrega del eje roto por el transportista a un tercero? Supóngase que la parte demandante tuviera otro eje en su poder, instalado ya o instalándose en ese momento, y que sólo deseara reenviar el eje roto al ingeniero que lo fabricó; es claro que ello sería plenamente congruente con las mencionadas circunstancias y, sin embargo, el retraso irrazonable en la entrega no tendría efectos sobre los correspondientes beneficios del molino. O también, supóngase que, en el momento de la entrega al transportista, la maquinaria del molino hubiese fallado en otros extremos, porque, entonces, se seguirían los mismos resultados. Es cierto que, aquí, el eje fue enviado, efectivamente, para servir de modelo de uno nuevo, que la falta de uno nuevo fue la única causa del paro del molino, que la pérdida de beneficios se derivó efectivamente del no envío del nuevo eje en tiempo oportuno, y que esto se derivó del retraso en la entrega del roto para servir como modelo. Pero es obvio que, en la gran multitud de casos de molineros que envían ejes rotos a terceros en circunstancias normales, con toda probabilidad tales consecuencias no se habrían producido. Se sigue, por tanto, que la pérdida de beneficios que nos ocupa no puede ser considerada razonablemente una consecuencia del incumplimiento del contrato que podría haber sido contemplada equitativa y razonablemente por ambas partes, cuando celebraron su contrato. Porque esa pérdida, ni habría derivado naturalmente del incumplimiento de este contrato en la gran multitud de tales casos que ocurren en circunstancias normales, ni las especiales circunstancias que, quizás, la habrían hecho una consecuencia natural y razonable de dicho incumplimiento de contrato fueron comunicadas a la parte demandada o conocidas por ella».

(12) Por KÖNIG, «Voraussehbarkeit des Schadens als Grenze vertraglicher Haftung —zu Art. 82, 86, 87 EKG», en LESER/VON MARSCHALL, *Das Haager Einheitliche Kaufgesetz und das deutsche Schuldrecht. Kolloquium zum 65. Geburtstag von Ernst von Caemmerer* (1973), pp. 80 ss.; vid. también DANZING, «*Hadley v. Baxendale: A Study in the Industrialization of the Law*», *Journal of Legal Studies* 2 (1975), pp. 249 ss.; SIMPSON, «*Innovation in Nineteenth Century Contract Law*» *Law Quarterly Review* 91 (1975), pp. 273 ss.

*eu en vue, au temps du contrat»]. En la página 67 de la segunda edición de la obra de Theodore Sedgwick, *A Treatise on the Measure of Damages* (1852), de extraordinaria influencia en la doctrina y la jurisprudencia del *common law*, puede leerse: «En un reciente caso en Luisiana se dice, reconociendo la autoridad de Pothier y Toullier, que la indemnización que una parte puede obtener a consecuencia del incumplimiento del contrato es la de aquellos daños que [...] puede razonablemente suponerse que han sido contemplados por las partes al tiempo de contratar; y ésta es, quizá, la línea más definida que puede trazarse en la materia». Sin olvidar que en 1806 se publicó en Londres una traducción de Evans del *Traité des Obligations* de Pothier bajo el título *A Treatise on the Law of Obligations and Contracts*; que, desde 1802, existía una traducción de dicho *Traité*, realizada por F. Martin, editada en USA bajo el título *A Treatise on Obligations Considered in a Moral and Legal View*; que, en 1822, Best J. afirmó, en *Cox v. Troy*, que la autoridad del Tratado de Pothier era «lo más elevada posible, cercana a la decisión de un tribunal de justicia en este país»; que, en 1835, fue «encarecidamente recomendado», como manual para estudiantes, en la muy exitosa obra de Samuel Warren, *A Popular and Practical Introduction to Law Studies*; y que fue reiteradamente citado por Blackburn en su clásica monografía sobre la compraventa en 1845. Todo lo cual nos da una buena imagen de los extendido de las opiniones del jurista francés en el mundo anglosajón (13).*

Y tampoco fue causal el momento en que la «importación» por parte de la jurisprudencia anglosajona del criterio de imputación objetiva que nos ocupa tuvo lugar. Un momento en el que la nueva clase dominante precisaba de un Derecho cierto y previsible, que funcionase como un mecanismo de relojería. Un Derecho libre del arbitrio de los jurados, que permitiera a la ascendente clase empresarial calcular con la mayor exactitud posible las consecuencias jurídicas de sus decisiones económicas, y disponer así de una información necesaria para realizar certeramente sus análisis de costes-beneficios. Y un Derecho, también, que subsidiase indirectamente a las nacientes empresas de bienes y servicios, de finanzas todavía poco sólidas, limitando sus costes de responsabilidad contractual (14).

---

(13) Los últimos datos se han tomado de SIMPSON, «The Horwitz Thesis and the History of Contracts», *University of Chicago Law Review* 46 (1979), p. 590; y CHESHIRE, FIFOOT y FURMSTON, *Law of Contract*, 11.ª ed. (1986), p. 17.

(14) Además de los trabajos de Danzing y Simpson que acabamos de citar, vid. PATTERSON, «The Apportionment of Business Risks through Legal Devices» *Columbia Law Review* 24 (1924), p. 324, McCORMICK, *Handbook on the Law of Damages* (1935), § 138, p. 564 ss.; ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (1979), pp. 431 s.

El criterio de imputación objetiva establecido en *Hadley v. Baxendale* ha sido confirmado, precisándolo, por la jurisprudencia posterior. Justamente se considera clásica la reformulación realizada por Asquith L.J. en el caso *Victoria Laundry (Windsor) Ltd. v. Newman Industries Ltd.* (1949) (15).

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

»2. En los casos de incumplimiento de contrato, la parte dañada sólo tiene derecho al resarcimiento de aquélla parte del perjuicio efectivamente causado que era razonablemente previsible, al tiempo de contratar, como susceptible de derivarse del incumplimiento.

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

»4. A estos efectos, la información «poseída» es de dos clases: una, imputada; la otra, efectiva. Se considera que cualquiera, como persona razonable, conoce el «ordinario discurrir de las cosas» y, consecuentemente, qué perjuicio es susceptible de derivarse de un incumplimiento de contrato, conforme a ese ordinario discurrir. Esta es la materia objeto de la «primera regla» de *Hadley v. Baxendale* (16). Pero a esa información, que quien incumple un contrato

---

(15) En este caso, la compañía demandante, titular de una empresa de lavandería y tintorería, decidió extender su negocio. A este efecto, y también al de poder obtener unos contratos extraordinariamente beneficiosos con la Administración, precisaba de una caldera para hervir el agua de dimensiones mayores que las de aquélla que venía utilizando; algo nada fácil de conseguir a consecuencia de la guerra. La compañía demandada, una firma de ingenieros, se comprometió a conseguir para la demanda, y a poner a su disposición el día 5 de junio, una cierta caldera de las dimensiones requeridas, instalada en otro lugar; pero ésta caldera resultó dañada durante el traslado, y la entrega no pudo efectuarse hasta el 8 de noviembre. La demanda conocía la naturaleza de los negocios de la demandante, y que pretendía hacer uso inmediato de la caldera; pero ignoraba que ésta tenía en perspectiva los mencionados contratos con la Administración. Se reclamó una indemnización por las ganancias dejadas de obtener a causa del retraso en la extensión del negocio, y otra por la pérdida de los extraordinarios beneficios que habrían reportado los contratos con la Administración. La primera pretensión fue estimada. La segunda, sólo hasta la cuantía de los beneficios que razonablemente podrían haberse obtenido desde junio a noviembre, de haberse dispuesto de una caldera mayor, por contratos de carácter ordinario.

(16) Se habrá notado que la llamada «primera regla» de *Hadley v. Baxendale* coincide con la afirmación de Pothier (núm. 161 de su *Traité des Obligations*) de que

se entiende que posee, tanto si efectivamente es así como si no, puede tener que añadirse en un caso concreto la información que aquél realmente posea sobre circunstancias especiales fuera del «ordinario ocurrir de las cosas», de tal clase, que un incumplimiento en esas especiales circunstancias sería susceptible de producir un perjuicio mayor. Esa hipótesis hace que entre en juego la «segunda regla», a fin de hacer también indemnizable el perjuicio adicional.

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

»6. Ni, finalmente, para hacer un concreto perjuicio resarcible, necesita ser demostrado que, dado un nivel de información, la parte demandada, actuando como una persona razonable, pudiera prever que un incumplimiento conduciría necesariamente a ese perjuicio. Basta [...] con que el perjuicio (o algún factor sin el cual no habría ocurrido) sea una «seria posibilidad» o un «riesgo real». Por brevedad hemos empleado la palabra «susceptible» [*“liable”*] de producirse. Posiblemente la expresión coloquial “*on the cards*” indica el matiz de significado con alguna proximidad a la precisión».

El criterio de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar ha triunfado también, en fin, en el Derecho uniforme sobre compraventa internacional de mercaderías. El artículo 82 de la *Convención relativa a una Ley uniforme sobre la venta internacional de mercaderías*, hecha en La Haya el 1 de julio de 1964, dispone: «Si el contrato no se resuelve, la indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento de contrato en que haya incurrido una de las partes comprende la pérdida sufrida y la ganancia dejada de obtener por la otra parte. Esa indemnización no excederá de la pérdida sufrida y la ganancia dejada de obtener que la parte que haya incurrido en incumplimiento debiera haber previsto en el momento de celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tenía o debiera haber tenido conocimiento, como posible consecuencia del incumplimiento de contrato» (17).

Y el artículo 74 de la *Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, hecha en

---

los daños intrínsecos, en cuanto ordinariamente previsibles, son, por principio, los indemnizables.

(17) Vid. también los artículos 86 y 87, y WEITNAUER, en DÖLLE, *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht* (1976), Vor Artt. 82-89 EKG, Rdnr. 1ss., esp. 53 ss.

Viena el 11 de abril de 1980, y a la que España se ha adherido por Instrumento de 17 de julio de 1990 (B.O.E. de 30 de enero de 1991), dispone, en la versión oficial en castellano: «La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrario» (18).

3. En el núm. 166 de su *Traité des Obligations*, se ocupó finalmente Pothier de la responsabilidad del deudor doloso:

«Los principios que hemos establecido hasta ahora no son de aplicación cuando es el dolo de mi deudor lo que ha dado origen a mis daños y perjuicios. En esta hipótesis, el deudor es responsable, sin distinción, de todos los daños y perjuicios que he sufrido, a los que su dolo ha dado lugar, no sólo los que he sufrido en relación con la cosa objeto del contrato, *propter rem ipsam*, sino de todos los daños y perjuicios que he sufrido en relación con mis demás bienes, sin que haya lugar a distinguir y discutir en este caso si cabe considerar o no que el deudor los asumió: porque aquél que incurre en dolo se obliga, *velit, nolit*, a la reparación de todo el mal que ese dolo causará, *Molin. Ibid.* núm. 155.

»Por ejemplo, si un tratante me ha vendido una vaca que sabía estaba infectada de una enfermedad contagiosa, y me ha ocultado ese vicio, este ocultamiento constituye dolo por su parte, que le hace responsable del daño que he sufrido, no sólo en la vaca misma, sino también en todos mis otros animales a los que esta vaca ha contagiado; l. 13 ff. *de act. empt.*: porque es el dolo de ese tratante lo que me ha causado todo ese daño».

Pero, tras dejar patente con las citadas palabras que, en los supuestos de incumplimiento doloso, no cabe aplicar la distinción entre daños previsibles al tiempo de contratar (de ordinario, sólo

---

(18) Vid. también los artículos 75, 76.1 y 78, y HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention* (1982), §§ 403 ss.; KNAPP, en BIANCA/BONELLI, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention* (1987), pp. 538 ss.; STOLL, en VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht* (1990), Art. 74, Rn. 1 ss.

los intrínsecos), y daños imprevisibles en dicho momento, no resarcibles éstos en caso de incumplimiento no doloso, escribió Pothier:

Núm. 167: «Por lo que se refiere a otros daños que he sufrido, que son una consecuencia más alejada e indirecta del dolo de mi deudor, ¿será éste responsable? Por ejemplo, si, continuando con el mismo supuesto, el contagio que se ha comunicado a mis bueyes por la vaca que me he sido vendida me ha impedido cultivar mis tierras, el daño que he sufrido por el hecho de que mis tierras han permanecido sin cultivar parece también una consecuencia del dolo del tratante que me ha vendido la vaca apastada; pero se trata de una consecuencia más alejada que la que he sufrido en mis animales por efecto del contagio: ¿responderá al tratante de este daño? *¿Quid*, si la pérdida que he sufrido en mis animales, y el daño que me ha causado por la falta de cultivo de mis tierras, me han impedido pagar mis deudas, y mis acreedores han embargado y vendido mis bienes a bajo precio? ¿responderá también el tratante de este daño? La regla que creo que debe seguirse en esta hipótesis es que no deben comprenderse, entre los daños y perjuicios de los que el deudor es responsable por razón de dolo, los que además de consecuencia alejada, no son consecuencia necesaria de aquél, y pueden tener otras causas [...]».

No puede caber la menor duda de que fue la opinión de Pothier en el texto que acabamos de transcribir la que quiso consagrarse al disponer en el artículo 1151 del Código Civil francés que, incluso en el caso de dolo, el deudor sólo responderá de la pérdida sufrida y de la ganancia dejada de obtener por el acreedor, en la medida que sean «*une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention*». Y no puede caber ninguna duda, por consiguiente, de que, a la luz de sus antecedentes, la distinción entre daños «inmediatos y directos» y daños «mediatos o indirectos» en modo alguno puede ponerse en relación con la distinción entre daños intrínsecos —categoría mucho más restringida que la de los daños inmediatos y directos— y daños extrínsecos.

Así lo explicaron, con toda claridad, los exégetas franceses (19), criticando con los textos de Pothier en mano el desliz en

---

(19) Por todos, DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoleon. Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, 3.ª ed. (1878), XVI, núms. 295 ss., pp. 354 ss.

que incurrió Bigot-Prémeneu cuando, al exponer los motivos del citado artículo 1151, dijo, confundiendo los daños directos con los daños intrínsecos: «No sería justo extenderla [la indemnización de daños y perjuicios] a pérdidas o ganancias que no fuesen una consecuencia inmediata y directa de dicho incumplimiento. Así, no se debe tener en cuenta más que el daño sufrido en relación con la cosa o hecho que era objeto de la obligación, y no aquéllos que el incumplimiento de esta obligación hubiera causado además al acreedor en sus otros negocios u otros bienes» (20).

Lo que conviene tener claro, al menos por estas razones:

a) Probablemente bajo la influencia del ALR prusiano, los pandectistas alemanes entendieron la distinción entre daño inmediato y daño mediato como un trasunto de la distinción romanista entre daños *circa rem* y *extra rem* (21); no pudiendo extrañar, entonces, que los redactores del BGB rechazasen un criterio de imputación como el de «lo inmediato o no» de los resultados dañosos (22), que, en el sentido en que ellos lo entendían (que no como lo entendió Pothier, y debe entenderse en el Código Civil francés), limitaba excesiva e injustificadamente la responsabilidad del deudor.

b) En la doctrina italiana se ha escrito, con error de bulto: «No me parece que pueda dudarse en reconocer en la distinción romanística entre daños *circa rem* y daños *extra rem* la raíz histórica y a la vez racional de la moderna distinción entre daños directos e indirectos, acogida por primera vez *expressis verbis* en el artículo 1151 del Code Napoleon» (23). Desde esta premisa, no puede sorprendernos que un importante sector de la doctrina italiana, y en general la jurisprudencia, hayan sentido la necesidad de corregir la letra del artículo 1223 del Código Civil italiano (con precedente en el art. 1229 CC de 1865, traducción literal del art. 1151 francés), a fin de evitar la exagerada limitación de la cuantía indemnizatoria a la que erróneamente se cree que conducen las palabras «*in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta*». (24).

(20) Vid. FENET, *Recueil...*, XIII (1827, reimp. 1968), p. 233.

(21) Véase la nota 7 de este Apéndice; WINDSCHEID-KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9.ª ed. (1906), II, § 258, pp. 60 s.; DERNBURG, *Pandekten*, 3.ª ed. (1892), § 45, pp. 122 s.

(22) Vid. los *Motive zum Entwurfe eines BGB für das Deutsche Reich*, II (1888), p. 18.

(23) Así, FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile* (1960), p. 43. En el mismo sentido, DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, 3.ª ed. (1979), I, p. 220 y 233 s.

(24) Vid. por todos DISTASO, *Le obbligazioni in generale*, en «Giurisprudenza sistematica civile e commerciale UTET» (1970), pp. 419 ss.

c) Y sobre todo, porque quizá pueda servirnos de ayuda para tratar de entender la historia de una norma literalmente tan absurda como la del párrafo segundo del artículo 1107 CC, y en la búsqueda de una sensata interpretación correctora de la misma.

Si comparamos el sistema de criterios de imputación objetiva del daño contractual de los Códigos Civiles francés y español, veremos que, en aquél, el deudor no doloso únicamente responde de los daños previstos o previsibles al tiempo de contratar (art. 1150), que sean consecuencia inmediata y directa del incumplimiento del contrato (art. 1151); y el deudor doloso responde de todos los daños que sea consecuencia inmediata y directa del incumplimiento (art. 1151). Mientras que, en nuestro Código, el deudor no doloso únicamente responde de los daños previstos o previsibles al tiempo de contratar (art. 1107.I.1.<sup>a</sup>), que sean consecuencia necesaria del incumplimiento (art. 1107.I.2.<sup>a</sup>); y el deudor doloso responde de todos los daños que «conocidamente se deriven» del incumplimiento (art. 1107.II).

Si se acepta que la expresión «consecuencia necesaria» de nuestro artículo 1107. I es equivalente a la expresión «consecuencia inmediata y directa» de los Códigos francés e italiano, no existe diferencia por lo que a la responsabilidad del deudor no doloso respecta. Pero la regla que, literalmente interpretado, parece sentar el artículo 1107.II —la de que el deudor doloso responderá de todos los daños que se prueben conectados causalmente con la falta de cumplimiento, conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones—, es un despropósito injustificable y sin parangón alguno en el Derecho comparado; porque no de otro modo cabe calificar el poner a cargo del deudor doloso daños que, conforme a los criterios de la «adecuación», el «riesgo general de la vida», la «prohibición de regreso», la «provocación», etc., no puedan ser considerados objetivamente imputables al incumplimiento doloso, por más que éste haya sido «condición contingentemente necesaria (*condicio sine qua non*)» del acaecimiento de los mismos.

El origen del artículo 1107.II CC se halla en el artículo 1016 del Proyecto de 1851, donde, tras disponerse que «en el resarcimiento de daños y perjuicios sólo se comprenderán los que fueren *consecuencia inmediata y necesaria* de la falta de cumplimiento del contrato», se añadía que «en caso de dolo, se extenderá la indemnización a los que hubieren sido *conocidamente ocasionados* por él».

Dos cambios fundamentales, por tanto, respecto las normas del Código Civil francés. Uno, al que ya nos hemos referido, así como al muy debil argumento ofrecido para él por García Goyena, la eliminación de la limitación del *quantum respondatur* del deudor no doloso

a los daños previstos o previsibles al tiempo de contratar. Y otro, la supresión, para el caso de incumplimiento doloso, del límite de las consecuencias inmediatas y directas. Sobre el que escribió García Goyena:

«En este segundo párrafo nos apartamos también del art. 1151 francés, y damos mayor extensión a la responsabilidad; la citada ley del Código [se refiere a la ley única, C. 7, 47, 1, más arriba transcrita] no ponía tasa o coto a ella en los delitos.

«Bastara, pues, que el daño haya sido conocidamente ocasionado por el dolo, y que sin éste no habría tenido lugar, aunque no sea su consecuencia directa, inmediata e inevitable».

Naturalmente, el hecho de que la citada ley de *Codex*, que fijaba para el *id quod interest* el límite máximo del doble del valor de la prestación, no fuese aplicable a los incumplimientos dolosos, en modo alguno implica que en éstos tuviera el deudor que responder de todos los daños de los que el incumplimiento fuese condición *sine qua non*. A mi juicio, el despropósito de García Goyena sólo puede comprenderse desde una de estas dos hipótesis, o desde una combinación de ambas:

i) Dicho autor interpretó erróneamente las palabras «*une suite immédiate et directe*» del artículo 1151 del Código Napoleón, por creer que conllevaban considerar indemnizables sólo los daños intrínsecos, los daños *circa ipsam rem* de D. 19, 1, 21, 3. En efecto, en sus glosa al artículo 1016 del Proyecto del 1851, escribió García Goyena que, en él, las referencias a lo previsto o previsible del Código francés «se hallan reemplazadas por la de “consecuencia inmediata y necesaria” que parecen equivaler a las de la ley 21, párrafo 3, título 1, libro 19 del Digesto, *utilitas quae circa ipsam rem consistit*» (¿leería García Goyena la exposición de motivos del Código Civil francés de Bigot-Préameneu, cometiendo el mismo error que éste?). Se comprende, entonces, que se separase del modelo francés, que, desde su equivocada interpretación, establecería una limitación absolutamente excesiva de la responsabilidad por dolo; tan excesiva que, como hemos indicado ya, a los pandectistas alemanas les pareció tal, incluso para el deudor no doloso.

ii) García Goyena partió de la premisa de que el deudor doloso, por ser autor de un *delictum*, tenía que ser tratado peor que el deudor no doloso; y puesto que en el Proyecto de 1851 se prescindía de la limitación del *quantum respondatur* a los daños previstos o previsibles al tiempo de contratar, que era precisamente la que marcaba la diferencia entre uno y otro tipo de deudor en el Código Civil francés, no se le ocurrió mejor solución que la de extender la responsabilidad del deudor doloso más allá de los daños que fueren *suite immédiate*

*et directe* (en el sentido históricamente correcto de esta expresión del incumplimiento doloso.

Como ya indicamos, en el artículo 1124.I del Anteproyecto 1882-1888 volvió a acogerse, para el deudor no doloso, el criterio de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar. Pero el artículo 1124.II rezaba así: «En caso de dolo le serán exigibles todas las (*sic*) (25) que conocidamente se deriven del incumplimiento de la obligación». Se mantenía, por tanto, la absurda regla del Proyecto de 1851, remachándola, incluso, con el adjetivo «todas». ¿Por qué no se volvió también a este respecto al sensato criterio de los artículos 1151 del *Code* y 1129 del Código Civil italiano de 1865? ¿Seguiría acaso pesando el error que atribuimos a García Goyena en la primera de las hipótesis antes avanzadas?

El artículo 1107 CC sigue el modelo del Anteproyecto 1882-1888, bien que añadiendo al final del párrafo primero las palabras «y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento». Como una interpretación literal de su párrafo segundo es totalmente rechazable, por apoyo que pueda encontrar en los antecedentes legislativos narrados, cabe proponer las dos interpretaciones correctoras siguientes:

*i)* Partir de que la expresión «consecuencia necesaria» del párrafo primero de dicho artículo pretende limitar la responsabilidad del deudor no doloso a los daños intrínsecos o *circa rem* —los extrínsecos no serían resarcibles, aunque previsibles al tiempo de contratar—, e interpretar las palabras «todos los que conocidamente se deriven» del párrafo segundo del artículo 1107 como «todos los que sean consecuencia inmediata y directa», en el sentido de los artículos 1151 del Código Civil francés y 1223 del vigente Código Civil italiano.

*ii)* O mantener que, cuando el artículo 1107.II CC dice que el deudor doloso habrá de responder de todos los daños que «conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación», no ha querido sino dejar claro que se excluye para dicho deudor el límite de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar; pero no, el criterio de que el daño tenga que ser «consecuencia necesaria» de la falta de cumplimiento, entendida ahora esta expresión como equivalente a la «consecuencia inmediata y directa» de los Códigos Civiles francés e italiano.

Con ambas interpretaciones correctoras se llega a la que estimamos única conclusión razonable: el deudor doloso deberá indemnizar los daños que cabría imputar objetivamente a su conducta, de no haber mediado un contrato entre él y el acreedor dañado, esto es, de

---

(25) El sujeto implícito de esta oración parecer ser «consecuencias dañosas»; pero el párrafo primero del artículo hablaba de «los daños y perjuicios».

haberse tratado de un caso de responsabilidad extracontractual dolosa. Y si, desde mi tesis doctoral, he preferido la segunda de ellas, es sólo porque armoniza nuestro Código con los más característicos de la «familia latina», también por lo que respecta a la responsabilidad del deudor no doloso.

