



Guido Alpa^(*)

Apuntes sobre el **daño contractual**^(**)

Notes about contractual damage

Resumen: Para comprender el régimen jurídico actual del resarcimiento del daño contractual, se hace más que imprescindible el análisis histórico, el cual nos explicará no sólo el origen de los conceptos de los cuales se sirve la doctrina y la jurisprudencia actuales, sino también revelará las distintas similitudes que existen entre los diversos ordenamientos jurídicos, tanto del *civil law* como del *common law*. El autor, además de analizar la temática en los diversos ordenamientos europeos (Francia, Italia, Austria, Alemania, Inglaterra), compara las soluciones que dan al respecto los diversos proyectos de unificación europea, encontrando más de una coincidencia.

Palabras clave: Incumplimiento - Daño contractual - Resarcimiento - Daños y perjuicios - Tasa de interés.

Abstract: To understand the current legal regime of contractual damage, a historical analysis is more than imperative, which will explain not only the origin of the concepts which the current doctrine and jurisprudence are based, but will also reveal the different similarities between the various legal systems of both civil and common law. The author analyzes this issue in the various European legal systems (France, Italy, Austria, Germany, England), and compares the answers given by the various projects of European unification, finding more than one similarity.

Keywords: Breach of contract - Contractual damage - Compensation - damages - Interest rate.

1. Una premisa

El renovado interés de la Comisión Europea por la recopilación de principios inherentes al Derecho privado (por el momento, circunscrito

(*) Abogado por la Universidad de Génova. Profesor Ordinario de la Universidad La Sapienza de Roma.

(**) Título original: *Note sul danno contrattuale*, publicado originalmente en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Nro. 2. Milán: Giuffrè, 2011; pp. 365-388. La traducción y la publicación se hacen bajo la autorización expresa del autor, las gestiones estuvieron a cargo de César E. Moreno More. Traducción de César E. Moreno More, Asistente de Docencia en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, candidato a la maestría con mención en Derecho Civil y Comercial por la misma casa de estudios; y de María L. Meza Ríos, candidata a la maestría con mención en Derecho de la Empresa por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Se han añadido notas del traductor para tratar de esclarecer y/o enriquecer algunos pasajes del texto traducido, las mismas que serán identificadas con el símbolo NT.



al Derecho contractual y a la compraventa⁽¹⁾) en un marco sistemático, constituye un estímulo ulterior al análisis del texto del *Draft common frame of reference*⁽²⁾ y de las obras que han precedido, acompañado y seguido a su publicación, en un primer momento como *proyecto*, luego como *outline edition*, y posteriormente como texto comentado. Hago referencia, en especial, al comentario publicado en varios volúmenes, bajo el cuidado del *Study group on a european civil code*⁽³⁾, a los estudios sobre la terminología y principios del Derecho privado europeo⁽⁴⁾, a los tratados y ensayos que continuamente se van publicando en la revistas, así como a las ponencias de los congresos⁽⁵⁾.

Entre los temas de mayor importancia que se han afrontado, predomina el del resarcimiento del daño por incumplimiento contractual, el cual, al constituir un tema central en la teoría del contrato, de la responsabilidad y del daño, sirve para dar un nombre a las cosas, de conformidad con las categorías empleadas por la doctrina y jurisprudencia de la Europa continental. Por su parte, en la experiencia inglesa, se prefiere ubicar la problemática en el ámbito de los *remedies*, en lugar que en el estudio de las instituciones en particular.

Al respecto, es útil remarcar que la redacción de un texto de principios, con el objetivo de regular el resarcimiento del daño contractual, no sólo satisface la necesidad a la cual se hace referencia cuando se busca justificar la oportunidad de introducir un instrumento opcional (o, como diría algún autor, el vigésimo octavo modelo jurídico de la Unión Europea), sino que también satisface una exigencia ulterior, adicional, y ciertamente para nada despreciable: la exigencia de encontrar dentro de cada modelo una armonía suficiente para hacerlo descifrabable ante sus propios juristas, y, fuera de estos, encontrar reglas en base a las cuales se puedan elaborar, mediante su combinación, principios comunes. De modo que, donde dichos principios no puedan ser identificados, se requerirá la elaboración de nuevos principios capaces de ser aceptados por parte de todos los exponentes de los intereses comprometidos.

- (1) Libro verde de la Comisión sobre las posibles opciones en vista de un derecho europeo de los contratos para los consumidores y las empresas, Com (2010) 348 def., del 1.7.2010.
- (2) Véase VON BAR, Christian; Eric CLIVE y Hans SCHULTE-NÖLKE. *Principles Definition and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*. Múnaco: 2009.
- (3) Múnaco. 2009-2010.
- (4) FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte y Denis MAZEAUD (editores). *European Contract Law. Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*. Múnaco, 2008.
- (5) Véase en especial ALPA, Guido y Mads ANDENAS. *Fondamenti del diritto privato europeo*. Milán: 2005; edición revisada en *Grundlagen des Europäischen Privatrechts*. Heidelberg: 2009.



Guido Alpa

El argumento es introducido, como puede apreciarse, con mucha cautela. La razón es simple: el resarcimiento del daño contractual es considerado un tema especialmente complejo, y la materia ostenta un trasfondo noble, pero verdaderamente intrincado. En efecto, a partir del Derecho romano clásico, a través de milenios, se han alternado teorías, soluciones, y tendencias que encuentran expresión tanto en los textos de los códigos civiles de la Europa continental, en el *case law* inglés, así como en la extensa elaboración doctrinal y jurisprudencial.

La historia siempre reporta alguna utilidad; sin embargo, en este campo, se hace absolutamente imprescindible, ya que nos explica el origen de los términos y principios utilizados en la actualidad, en las distintas experiencias, así como el arraigo de convicciones, prejuicios, y diferencias que obstaculizan la identificación de líneas comunes, de soluciones cercanas y de modelos normativos que pueden ser compartidos.

Si pretendiésemos enriquecer este discurso con un aparato bibliográfico completo y con una reseña casuística adecuada sobre la materia, en lugar de unas pocas páginas sintéticas y elementales como las que ahora dedicamos para un informe de seminario, tendríamos que dedicar varios volúmenes. Sin embargo, a pesar de ser analizado en términos elementales, el tema no pierde su encanto particular, ya que constituye un segmento de una problemática más general, la cual comprende los criterios de imputación de responsabilidad contractual, las restituciones, las consecuencias del incumplimiento y, como resultado, incide directamente sobre las operaciones económicas realizadas recurriendo al contrato, sea por parte de los particulares, empresarios o por sujetos con *status* diferenciado.

Para dar inicio al discurso, conviene desarrollar algunas consideraciones de carácter general.

En los códigos civiles, la materia se confía usualmente a reglas de carácter general, las disposiciones no son detalladas, y, adicionalmente, se incluyen términos que perfectamente pueden definirse como cláusulas generales o expresiones muy elásticas. Esto da lugar a dos consecuencias de no poca relevancia: el intérprete se encuentra frente a una materia que tiene que moldear, porque, precisamente, las directivas que tiene que seguir son vagas; asimismo, al intérprete se le confía un amplio poder de evaluación equitativa del daño. Como resultado, los ámbitos de su discrecionalidad son bastante

latos. Al mismo tiempo, estos poderes son delimitados por las pruebas, pero reforzados por las presunciones.

Asimismo, hay aspectos que caracterizan de manera especial a algunas experiencias particulares, las cuales parecen ser poco conciliables con los caracteres peculiares de los modelos concurrentes con los que debería colaborar para formar un *marco común de referencia*. A continuación algunos ejemplos. En casi todas las experiencias se excluye el resarcimiento de los *punitive damages* (o *exemplary damages*); en algunas de ellas, esta figura se esconde tras diversas denominaciones y formas; en otras, estos son admitidos. En casi todas las experiencias se permite la determinación convencional del daño mediante la cláusula penal; sin embargo, en otras, se diferencia a la cláusula penal de otros tipos de cláusulas, y se hace necesario realizar complejos ejercicios exegéticos para diferenciar las cláusulas que son conformes a ley, de las que, por el contrario, se consideran nulas. Y finalmente, en el *common law*, se admite que el deudor pueda elegir entre cumplir el contrato o resarcir el daño causado por el incumplimiento, mientras que en las experiencias continentales, el incumplimiento voluntario es sancionado con el deber de resarcir, además, el daño imprevisible.

Estas diferencias (entre las muchas que podríamos reportar) no han desalentado a los compiladores de los principios *Unidroit*, de los *Principles of european contract law* y del *Draft common frame of reference* (en adelante, *DRAFT*), que han llegado a propuestas, en gran medida uniformes, de reglas aplicables en materia de contratos, y como resultado, también en materia de daño contractual.

Para evidenciar las dificultades a las que han hecho frente los juristas pertenecientes a los diversos grupos de trabajo, así como los intérpretes que se han aventurado en esta

empresa, es necesario reconstruir el recorrido, como si fuese un delgado hilo conductor, de esta problemática, y recorrer las diversas fases en las que se ha articulado.

2. La tradición del Derecho Romano

El Derecho romano y la tradición medieval ofrecen páginas repletas de dificultades. A estos se han dedicado, entre otros, ilustres juristas como Jhering, Mommsen y Kaser: el deudor está obligado a cumplir, y si no cumple, su condena se hace inevitable; no obstante, el Derecho romano presenta diversas condenas, dependiendo la fórmula aplicada. La más frecuente, entre las acciones *ex stipulatu* y las *ex testamento certi*, era *quanti ea res est*, correspondiente al mero valor de la cosa que debía ser entregada; por su parte, en la *buena fidei iudicia* predominaba el interés del acreedor (*id quod interest*) y la condena consistía en el *quidquid... dare facere oportet*. Ya por aquel entonces, se diferenciaba el interés, según los casos, en el interés positivo (consistente en la ventaja económica que habría adquirido el acreedor si el contrato hubiese sido cumplido), y en el interés negativo (consistente en la colocación del acreedor en la situación anterior a la celebración del contrato). Arangio Ruíz explica que la jurisprudencia oscilaba entre las dos tendencias y vacilaba en incluir en el resarcimiento del daño, es decir en el *id quod interest*, además del daño emergente, el lucro cesante. Sin embargo, el daño debía ser directo y no podía superar (por voluntad de Justiniano) el doble del valor de la cosa⁽⁶⁾. En cualquier caso, había identidad entre el *id quod interest* y el interés positivo. Por otro lado, el interés negativo se resarcía sólo cuando la parte hacía valer la acción de responsabilidad por *dolus in contrahendo*⁽⁷⁾.

Un gran romanista, Silvio Perozzi, aclara de manera ejemplar las cuestiones que afligían a los juristas romanos con respecto al deber impuesto, al autor, de resarcir el daño⁽⁸⁾:

“(…) Aquí es conveniente hacer una advertencia fundamental. En los derechos modernos se sanciona el principio general conforme al cual quien por su culpa causa un daño a otro, debe resarcirlo. En el resarcimiento

del daño también se incluye la sanción de los derechos de crédito. De aquí la extraordinaria importancia que ha asumido en estos derechos, la teoría del resarcimiento del daño. Sin embargo, al derecho romano le era desconocido ambos principios. Ninguna acción romana expresa con los términos de la *comdenatio*, que el juez debe condenar al demandado a resarcir el daño. Las fórmulas *quod aequius melius erit, quanti ea res est, quid quid N.N.A.A. dare facere praestare oportet*, que son más amplias, no significan: orden de condena de resarcimiento. Fue la jurisprudencia la que determinó que en ciertas acciones, el juez, en base a estas fórmulas, debe ordenar el resarcimiento”.

El resultado de la acción era otro: específicamente, la restitución, la recuperación del precio comercial de la cosa, o la recuperación del valor de la cosa. “(…) Por lo tanto, la teoría del resarcimiento del daño es de origen y caracteres modernos. Sin embargo, encontramos, de manera conjunta, hechos e ideas, es decir, además de aquella de daño (...), de relación de causalidad entre el acto y el daño, de culpa, de resarcimiento, los cuales merecen ser considerados de manera conjunta”.

Entonces, de la manipulación de las reglas del Derecho romano nacerán las modernas reglas de resarcimiento del daño.

Mientras tanto, es necesario tener en consideración el hecho de que, hacia fines del siglo XVIII, los juristas se encontraban frente a una discrepancia: o aplicar directamente las reglas del Derecho romano (justiniano), o tomar en cuenta el Derecho intermedio.

(6) ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Istituzioni di diritto romano*. Nápoles: 1943; pp. 389 y siguientes.

(7) TALAMANCA, Mario. *Istituzioni di diritto romano*. Milán: 1990; p. 658.

(8) PEROZZI, Silvio. *Istituzioni di diritto romano*. Roma: 1928; pp. 158 y siguientes.



Guido Alpa

Sin embargo, al basarse en el principio de la pluralidad de los ordenamientos y en el particularismo, el Derecho intermedio también plantea muchos problemas. Además de la regulación local, con la que se gobernaba las relaciones entre privados a través de los estatutos, se debe tener en consideración el Derecho longobardo y el Derecho canónico, el cual también tuvo incidencia en la evolución del Derecho civil. Asimismo, tratándose de un espacio temporal de casi quince siglos, la tradición del Derecho romano se había modelado progresivamente en base a la interpretación de los glosadores, comentaristas, y de los *cultos*, en la contraposición entre *mos italicus* y *mos gallicus*. En resumidas cuentas, a los juristas de los siglos XVII y XVIII, e incluso a los del siglo XIX, al analizar las fuentes romanas, no les fue fácil identificar reglas de tenor unívoco.

Según una reconstrucción⁽⁹⁾, en el período intermedio se habían propuesto tres distintas interpretaciones de la fórmula *id quod interest*: (i) el valor de la prestación, tal cual había sido acordado por las partes; (ii) el valor de mercado de la prestación (es decir, de la cosa o del servicio); (iii) el valor atribuido a la prestación por el acreedor. Entre los juristas más aclamados, Azzone identificaba el *id quod interest* con el hecho mismo del daño provocado al acreedor, por el ilícito de la contraparte o de un tercero. Por el contrario, Jacques de Reivigny, criticando esta noción de daño, consideraba que el *id quod interest* no era un hecho (es decir, la privación patrimonial objetiva sufrida por el acreedor), sino más bien la cuantificación del daño, determinado por el incumplimiento, en la perspectiva de la tutela del interés del acreedor (interés *singular*). En este sentido, el daño no venía a coincidir con el precio de mercado, ni con el precio acordado por las partes, sino que asumía, más bien, características subjetivas, es decir, correspondía a lo estimado por el acreedor. De esta forma, también se superaba la diferenciación del cálculo del interés relacionado a los diversos tipos contractuales, en tanto la regla tenía tenor universal.

A pesar de ello, esta tesis no tuvo éxito. No fue acogida ni siquiera por el discípulo de Reivigny, Belleperche, quien prefirió regresar a la distinción tripartita del interés. Y, por otra parte, en la medida en que se diferenciaba las obligaciones

de hacer de las de dar, no era posible asignar la misma solución a todos los casos que se puedan ofrecer al intérprete.

Pese a la gran labor realizada por los glosadores y por sus sucesores, al definir los límites del daño contractual, y a pesar de que los estatutos habían integrado y modificado las reglas justinianeas, de conformidad con la interpretación de los juristas de la edad media, las reglas originarias prevalecieron: “el derecho romano terminó por triunfar”, observaba Schupfer en su libro *Il diritto delle obbligazioni in Italia nell'età del Risorgimento*⁽¹⁰⁾.

3. El modelo napoleónico

Precisamente, retomando las fuentes del Derecho romano (definidas de manera perentoria en la *loi*) los intérpretes franceses comienzan a emplear la fórmula daños-intereses (*dommages-inteirets*)⁽¹¹⁾.

Dado que los juristas franceses contemporáneos se preguntan por el significado de esta endiada, y se cuestionan si se debe diferenciar los daños, de los intereses, puede resultar útil aclarar que la expresión *intereses*, usada por los romanos, no se refería a los intereses dinerarios, sino, como se ha precisado, al interés del acreedor, es decir, al bien de la vida al cual tiende su pretensión. Por ello, muchos son los errores que se han condensado bajo esta fórmula, debidos también al hecho de que, una cosa es el incumplimiento de una obligación de dar una suma de dinero (que hace devengar intereses), y otra, el incumplimiento de una obligación de hacer; una cosa es una deuda dineraria y otra una deuda de valor. Por lo tanto, los intereses

(9) VOLANTE, Raffaele. *Il sistema contrattuale del diritto comune classico*. Milán: 2001; pp. 441 y siguientes.

(10) SCHUPFER, Francesco. *Il diritto delle obbligazioni in Italia nell'età del Risorgimento*. Volumen I. Turín: 1911; p. 266.

(11) GIRARD. *Manuale elementare di diritto romano*. Traducción al italiano por Carlo Larco. Milán: Roma. Nápoles, 1909; pp. 658 y siguientes.

Apuntes sobre el daño contractual Notes about contractual damage

se dividen en diversas categorías, tal como más adelante tendremos ocasión de precisar.

Para remontarnos a los orígenes de la codificación napoleónica, es necesario, como es usual, documentarse con las páginas de Domat y Pothier, de cuyas frases los compiladores tomaron, a menudo, los cimientos del contenido de las disposiciones del *Code Civil*.

Domat⁽¹²⁾, con bastante claridad y simplicidad, nos dice que quien no cumple las convenciones está obligado a pagar daños e intereses a favor de la otra parte, “según la naturaleza de la convención, la calidad de la inobservancia, y las demás circunstancias”. Sin embargo, en otra sección (la sexta) de esta parte, Domat agrega que la resolución por falta de ejecución de la prestación, comprende las restituciones y el resarcimiento de los daños e intereses⁽¹³⁾.

Por su parte, Pothier, en su *Traité des obligations selon les regles tant du for de la conscience, que du for exteirieur*⁽¹⁴⁾, explica que se denomina *dommages et inteirets* “la pérdida que alguien ha sufrido y la ganancia que ha dejado de obtener”, como enseña el Derecho romano en L.13 ff. Rat. rem hab. “*Quantum mea interfuit; id est, quantum mihi abest, quantum lucrari potui*”. Por lo tanto, *dommages et inteirets* indica tanto el daño emergente como el lucro cesante. Es casi natural asociar el daño emergente con *dommages*, y el lucro cesante con *inteirets*. Asimismo, Pothier hace referencia a los diversos tipos de obligaciones, y hace hincapié en la *moderación* de la cuantificación de los daños imputados al deudor. Asimismo, se hace presente la conexión causal entre incumplimiento y daño, se hace necesario evaluar la culpa del deudor, la ausencia de causa de fuerza mayor y la previsibilidad del daño. Además,

los daños imprevisibles pueden ser resarcidos sólo en caso de dolo del deudor.

De estas simples fórmulas nacen las reglas sobre las cuales se yergue aún hoy todo el Derecho continental.

Como resultado, las palabras de Domat y de Pothier fueron transferidas al texto con fuerza de ley, y se ubicaron en el libro III, sobre los contratos y de las obligaciones convencionales, luego del régimen de la obligación de dar, de hacer y de no hacer, en la sección IV del título III, titulada “*des dommages et inteirets resultants de l'ineixecution de l'obligation*”. El artículo 1147^(NT1) del *Code Civil* recita por ello: “*le deibiteur est condamnei, s'il y a lieu, au paiement des dommages et inteirets*”, tanto en el caso de falta de ejecución, como en el de retraso en la ejecución; por su parte, el artículo 1149^(NT2) precisa que “*les dommages et inteirets dus au creancier sont, en geineiral, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a eitei privei*”.

Por lo tanto, *dommages et inteirets* es la fórmula mágica que comprende tanto el daño derivado por la falta de ejecución de una prestación de hacer o de no hacer, como la falta de ejecución de una obligación de dar. Incluso respecto a las obligaciones de dar, no sólo se habla de intereses, sino también de *dommages et inteirets*. Así, el artículo 1153^(NT3) es claro al respecto: “*dans les obligations qui*

(12) DOMAT, Giovanni. *Le leggi civili nel loro ordine naturale*. Traducido al italiano. I. par. I, lib. I, tit. I, sec. III. Nápoles: 1796; p. 241. I. París Orleans: 1768; pp. 176 y siguientes.

(13) DOMAT, Giovanni. *Op. cit.*; p. 279.

(14) POTHIER, Robert Joseph. *Traité des obligations selon les règles, tant du for de la conscience, que du for exterieur*. París, Orleans: 1768. I ; pp. 176 y siguientes.

(NT1) Artículo 1147 del *Code Napoléon*: “El deudor será condenado, si procede, al pago de daños y perjuicios, ya sea como consecuencia del incumplimiento de la obligación o del retraso en el cumplimiento, siempre que no justifique que el incumplimiento derive de una causa extraña que no puede serle imputada, aun cuando no haya mala fe de su parte”.

(NT2) Artículo 1149 del *Code Napoléon*: “Los daños y perjuicios debidos al acreedor comprenden, de manera general, la pérdida que haya sufrido, y la ganancia de la que haya sido privado, salvo las excepciones y modificaciones que más adelante se indican”.

(NT3) Artículo 1153 del *Code Napoléon*: “En las obligaciones que se limitan al pago de una cierta suma de dinero, los daños y perjuicios que resultan del retraso en el cumplimiento, consisten siempre en la condena a los intereses legales, salvo las reglas particulares del comercio y de la fianza”.



Guido Alpa

se bornent au paiement d'une certaine somme, le dommages et inteirets resultant du reitard dans l'exécution ne consistent jamais que dans la condamnation aux inteirets fixeies par la loi; sauf les reigles particulieères au commerce et au cautionnement”.

Obviamente, las disposiciones del *Code Civil*, deben ser sometidas a interpretación y las fórmulas simples se convierten en complejas con el transcurso del tiempo.

A decir verdad, la discusión en el Tribunalado fue casi inexistente, y en los *Motifs* se remarca que la materia es en extremo difícil de tratar⁽¹⁵⁾. La vaguedad de los términos, que circunscriben un campo demasiado amplio, y la variedad de las circunstancias que se pueden generar, permiten a los intérpretes dar libertad a su imaginación y a sus habilidades exegéticas.

Después de algunos años de la publicación del *Code Civil*, el autor de *La Clef des Lois Romaines ou Dictionnaire analytique et raisonné de toutes les matières contenues dans le Corps de Droit*, Metz, 1809, nos advierte que los casos son infinitos; según él, las dificultades de liquidar los daños e intereses, no derivan del Derecho, sino de los hechos, y “el juez, no pudiendo ver siempre con claridad cuáles pueden ser los daños y los intereses que una parte puede pretender de manera justa, tiende a reducirlos a más no poder”. Las fuentes romanas continúan siendo el pilar de la materia y los exponentes de la Escuela de la exégesis recurren a ellas para interpretar el texto del código.

A continuación dos ejemplos significativos.

Toullier⁽¹⁶⁾ cita el pasaje de Paulo, del cual fue tomada la fórmula de los *daños-intereses*, y explica que daños e intereses, en el incumplimiento de las obligaciones pecuniarias, consisten “en los intereses establecidos por la ley”, salvo las reglas

particulares del comercio, y se detiene en la aplicación jurisprudencial del código. Por su parte, Baudry-Lacantinerie y Barde⁽¹⁷⁾, precisan que el daño debe comprender la pérdida sufrida (*damnum emergens*) y el lucro dejado de percibir (*lucrum cessans*); y agregan:

“según la mayor parte de los autores, estos dos elementos están representados en la expresión misma de resarcimiento de daños-intereses (daño, *damnum*; intereses, *lucrum*), que contendría, de esta forma, casi una definición de la indemnización de la cual estamos tratando. Pero es muy probable que la palabra lucro, en adición a la expresión daño, constituya simplemente una redundancia, tal como se encontraba a menudo en el estilo de los antiguos notarios”.

Posteriormente, diferencian los daños compensatorios, por falta de ejecución de la prestación, y los daños moratorios, por el retraso en el pago de una suma de dinero.

4. Los orígenes de los modelos italianos (1837, 1865, 1942)

Las fórmulas napoleónicas pasan a los códigos italianos anteriores a la unificación, en especial al código albertino de 1837 (Artículos 1237 y 1240), y posteriormente al Código Civil italiano de 1865 (artículo 1227). Por otra parte, en el texto del Código Civil

Estos daños y perjuicios son debidos sin que el acreedor esté obligado a justificar pérdida alguna.

Estos no se deben sino desde el día de la intimación al pago u otro acto equivalente como una carta, si esta última constituye una intimación suficiente, excepto en el caso en el que la ley los haga correr de pleno derecho.

El acreedor cuyo deudor moroso le hubiere causado, por su mala fe, un perjuicio independiente del retraso, podrá obtener el pago de daños y perjuicios distintos de los intereses moratorios del crédito”.

(15) *Code civil des Français*. V, an XII. V. París, 1804; p. 115.

(16) TOULLIER Charles-Bonaventure-Marie. *Droit civil français*. Bruselas. III. 1837; p. 530.

(17) BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y Louis-Joseph BARDE. *Trattato di diritto civile. Delle obbligazioni*. Traducido al italiano I. Milán, sin fecha; pp. 496 y siguientes.

Apuntes sobre el daño contractual Notes about contractual damage

italiano desaparece la endiádis daños e intereses, y se habla solo de daños, mientras que de intereses se habla en relación a las obligaciones que tienen por objeto una suma de dinero.

No obstante, la doctrina y la jurisprudencia continúan usando tanto la expresión *daños e intereses* como la de *daños-intereses*. El Código prevé que, salvo pacto en contrario, los intereses por el retraso en el pago de una suma de dinero se calculan de acuerdo a la tasa legal (artículo 1231). Los intereses deben ser pagados sin que sea necesario que el acreedor dé alguna justificación. En todo caso, el daño a ser resarcido resulta del interés positivo.

Muy distinto es el tratamiento en el Código Civil austriaco de 1811 (1816, en las provincias italianas), en el cual se precisa, en el § 912, que:

“en ocasiones, el acreedor puede, además de la deuda principal, exigir al deudor las prestaciones accesorias. Estas consisten en las accesiones y frutos de la cosa principal; en los intereses acordados o a pagarse por la mora del deudor; en el resarcimiento del daño causado, o del monto que le corresponde al acreedor por no haberse cumplido debidamente la obligación; y, finalmente, en el importe que una de las partes hubiese estipulado para este caso”.

Asimismo, en el § 1293, en materia de daño extracontractual, el lucro cesante se diferencia del daño, el cual corresponde de conformidad al curso ordinario de las cosas, y se diferencia además entre la indemnización (con la cual se resarce el daño emergente) y la plena satisfacción (con la cual se resarce también el lucro cesante); sin embargo, las dos voces no se encuentran unidas de manera indisoluble.

En efecto, el § 1324 prevé el resarcimiento del lucro cesante sólo en caso de dolo y de negligencia manifiesta.

Por su parte, el Código Civil alemán (cuya regulación de la materia está contenida en los §§ 241 y siguientes) es aún más detallado y preciso. Así, en el § 249 dispone que aquel que se encuentra obligado al resarcimiento de los daños, debe restablecer el estado que habría existido si no se

hubiese verificado la circunstancia que obliga al resarcimiento; en el § 252 dispone que el daño comprende también al lucro cesante, y por tal debe entenderse como el lucro que de manera probable podía esperarse según el curso ordinario de las cosas o según las circunstancias especiales, en particular, según las medidas y las precauciones tomadas; y en el § 253 dispone que el daño no patrimonial puede ser resarcido únicamente en los casos determinados por la ley.

La ubicación de esta materia se encuentra en las relaciones de débito. Asimismo, se prevén reglas especiales para el resarcimiento del daño causado por una acción ilícita dirigida contra una persona, extendiéndose el daño a los perjuicios por la ganancia y bienestar del damnificado (§ 842) y, en caso de lesión del cuerpo y de la salud o de privación de la libertad, el afectado también tiene derecho al resarcimiento en dinero, del daño no patrimonial (§ 847).

El texto del *BGB* no hace más que reproducir las conclusiones a las que había llegado la doctrina alemana, contemporánea a su redacción.

En las *pandectas* de Dernburg⁽¹⁸⁾ se precisa que, en caso de incumplimiento de obligaciones, el daño estará compuesto por dos voces: el *damnum emergens* y el *lucrum cessans*, el primero de ellos determinable, mientras que el segundo debe ser determinado en una cantidad más o menos problemática: “la certeza no puede ser requerida, normalmente no puede ser alcanzada, y tampoco son consideradas las simples ilusiones de una ganancia. El derecho no toma en consideración las fantasías”; en otros términos, el acreedor debe demostrar haber tomado las disposiciones especiales

(18) DERNBURG. *Diritto delle obbligazioni. Pandette*. Traducido al italiano. Milán: 1903; pp. 178-179.



Guido Alpa

que presentaban una esperanza fundada de obtener el lucro que alega haber perdido.

Frente a este marco variado, la doctrina italiana, a partir de mediados de siglo XIX, comenzó a elaborar sus propias categorías jurídicas, tomando en consideración el derecho romano, el derecho francés, y la reelaboración del derecho romano efectuada por la doctrina alemana. El derecho de origen francés es interpretado mediante categorías elaboradas por la Pandectística. Por lo tanto, durante la década del treinta del siglo XX, cuando se manifiesta con más fuerza la necesidad de renovar el Código Civil italiano, el clima cultural era favorable, no tanto para proponer una síntesis entre la tradición romana, francesa y alemana, sino más bien para innovar las reglas, redactándolas de manera más clara y ubicándolas en el texto con un orden sistemático.

Sin embargo, no todos los problemas estaban resueltos. Precisamente, en los años anteriores a la nueva codificación (de 1942) surge el debate sobre la resarcibilidad del daño moral contractual.

La hipótesis fue descartada por la doctrina dominante, bien porque el incumplimiento contractual no debía ser considerado bajo la luz de la sanción, bien porque el código de 1865 no decía nada al respecto, y como resultado, su inclusión en el área del daño resarcible, habría gravado al deudor de una manera excesiva.

Sin embargo, de cualquier manera, los juristas italianos tendían a adaptar (a su modo) las fórmulas del derecho romano a las exigencias de la vida moderna. Aún en los años cercanos a la nueva codificación, Nicola Stolfi, autor de un ponderoso y afortunado tratado de derecho civil, encontraba la ocasión para escribir que la evolución del derecho romano había llevado a la “afirmación del principio según el cual, el deudor que no cumple su obligación, debe pagar al acreedor una

suma de dinero equivalente al beneficio que habría obtenido con el cumplimiento exacto, efectivo y oportuno de la obligación. Y tal resarcimiento constituye precisamente los daños-intereses”⁽¹⁹⁾. Por su parte, Giovanni Pacchioni afirmaba que:

“el *damnum emergens* está constituido por toda disminución de los bienes del acreedor, como consecuencia del incumplimiento; el *lucrum cessans* es todo valor que el titular del patrimonio habría podido obtener si su deudor hubiera cumplido mediante su actividad gestoria: todo lo que hubiera podido lucrar como consecuencia exclusiva o principal del aumento patrimonial que le habría reportado el cumplimiento que, en cambio, no se verificó”.

Para reforzar esta tesis, invoca la tradición romana, renuente a admitir el resarcimiento del *lucrum cessans*, concedida únicamente en base a una petición especial remitida a la discrecional del juez: por lo tanto, también esta debía ser la regla para el Derecho italiano vigente en aquel entonces⁽²⁰⁾.

5. El modelo italiano actual

La elección de los compiladores (con la unificación del Código Civil y del Código de Comercio) fue la de ubicar las reglas sobre la materia, en el ámbito del régimen jurídico de las obligaciones (artículo 1223 y siguientes), asignando reglas especiales adicionales al daño extracontractual (artículo 2056-2059^(NT4));

(19) STOLFI, Nicola. *Diritto civile*. III. Turín: 1932; p. 308.

(20) PACCHIONI, Giovanni. *Diritto civile italiano*. p. II; *Diritto delle obbligazioni*. II, *Dei contratti in generale*. Padua, 1936; p. 217.

(NT4) Artículo 2056 del Código Civil Italiano: *Evaluación de los daños*.- “El resarcimiento debido al damnificado se debe determinar de conformidad con las disposiciones de los artículos 1223, 1226 y 1227”.

El lucro cesante es evaluado por el juez con una apreciación conforme a las circunstancias del caso”.

Artículo 2057 del Código Civil Italiano: *Daños permanentes*.- “Cuando el daño a la persona tenga carácter permanente, la liquidación puede ser realizada por el juez bajo la forma de una renta vitalicia, teniendo en consideración las condiciones de las partes y la naturaleza del daño. En dicho caso, el juez dispone las cautelas necesarias”.

Apuntes sobre el daño contractual Notes about contractual damage

por otra parte, el resarcimiento del daño moral, entendido en sentido estricto, se reconoce sólo en caso de ilícito extracontractual.

De esta forma, el código civil italiano dedica siete disposiciones al resarcimiento del daño contractual. Inicia con el principio general por el cual el daño se compone de dos factores, la pérdida sufrida por el acreedor y la falta de ganancia (artículo 1223^(NT5)); el daño resarcible debe ser directo e inmediato; respecto a las obligaciones dinerarias, se prevé el pago de los intereses legales desde el día de la mora y se reconoce el mayor daño si el acreedor logra probarlo (artículo 1224^(NT6)). Además, el daño debe ser previsible al momento de la celebración del contrato (artículo 1225^(NT7)); en las hipótesis en las que el daño no se pueda probar en su cantidad exacta, se autoriza al juez, liquidarlo mediante una evaluación equitativa (artículo 1226^(NT8)); el resarcimiento se reduce a

causa de la concurrencia culposa del acreedor y al daño evitable por el acreedor, usando la diligencia ordinaria (artículo 1227^(NT9)); el deudor responde también del hecho doloso o culposo de sus auxiliares (artículo 1228^(NT10)); las cláusulas de exoneración de responsabilidad por dolo o culpa grave son nulas (artículo 1229^(NT11)).

Como se puede apreciar, se distinguen las dos voces de daño, así como los intereses vinculados al incumplimiento de obligaciones dinerarias. En la *relazione* del *Ministro guardasigilli* (n. 572) las dos voces se reconducen al *damnum emergens* y al *lucrum cessans*, y se insiste en la relación de causalidad entre incumplimiento y daño,

Artículo 2058 del Código Civil Italiano: *Resarcimiento en forma específica*.- “Cuando este sea posible, el damnificado puede solicitar la reintegración en forma específica, en todo o en parte.

Sin embargo, el juez puede disponer que el resarcimiento se realice sólo por equivalente, si la reintegración en forma específica resulta ser excesivamente onerosa para el deudor”.

Artículo 2059 del Código Civil Italiano: *Daños no patrimoniales*.- “El daño no patrimonial sólo debe ser resarcido en los casos determinados por la ley”.

(NT5) Artículo 1223 del Código Civil Italiano: *Resarcimiento del daño*.- “El resarcimiento del daño, derivado del incumplimiento o del retraso, debe comprender tanto la pérdida sufrida por el acreedor como la falta de ganancia, en tanto sean consecuencia inmediata y directa del incumplimiento o del retraso”.

(NT6) Artículo 1224 del Código Civil Italiano: *Daños en las obligaciones dinerarias*.- En las obligaciones que tienen por objeto una suma dineraria, los intereses legales son debidos desde el día de la mora, aunque no hayan sido debidos precedentemente y el acreedor no logre probar haber sufrido algún daño. Si antes de la mora se debía intereses en cuantía superior a la legal, los intereses moratorios son debidos en la misma medida.

Corresponde al acreedor, que demuestre haber sufrido mayor daño, el resarcimiento ulterior. Este no es debido si se ha acordado la cuantía de los intereses moratorios”.

(NT7) Artículo 1225 del Código Civil Italiano: *Previsibilidad del daño*.- “Si el incumplimiento o el retardo no dependen del dolo del deudor, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo del surgimiento de la obligación”.

(NT8) Artículo 1226 del Código Civil Italiano: *Evaluación equitativa del daño*.- “Si la cuantía del daño no puede ser probada de manera precisa, es liquidada equitativamente por el juez”.

(NT9) Artículo 1227 del Código Civil Italiano: *Concurso del hecho culposo del acreedor*.- “Si el hecho culposo del acreedor ha concurrido a causar el daño, el resarcimiento es disminuido conforme a la gravedad de la culpa y la entidad de las consecuencias que se derivan de él.

El resarcimiento no es debido por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria”.

(NT10) Artículo 1228 del Código Civil Italiano: *Responsabilidad por el hecho de los auxiliares*.- “Salvo voluntad contraria de las partes, el deudor que se vale de la obra de terceros en el cumplimiento de la obligación, responde también de los hechos dolosos o culposos de aquellos”.

(NT11) Artículo 1229 del Código Civil Italiano: *Cláusulas de exoneración de responsabilidad*.- “Todo pacto que excluya o limite preventivamente la responsabilidad del deudor por dolo o por culpa grave, es nulo.

Asimismo, todo pacto preventivo de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en los que el hecho del deudor o de sus auxiliares constituya violación de los deberes derivados de normas de orden público, es nulo”.



Guido Alpa

es decir, sobre el hecho que el daño resarcible debe ser consecuencia inmediata y directa del incumplimiento, y debe ser previsible al momento en el cual surgió la obligación. Los poderes discrecionales del juez son más amplios en la valorización del lucro cesante. Los daños morales no son admitidos.

La jurisprudencia y la doctrina italianas han precisado, con cierto detalle, las amplias fórmulas que la tradición nos ha transmitido: el acreedor debe ser puesto en la misma situación económica en la cual se habría encontrado si el hecho ilícito no se hubiese verificado; la suma liquidada debe ser equivalente al valor efectivo de la utilidad perdida; el lucro cesante está dado por la falta de incremento del patrimonio del acreedor, quien debe proporcionar al juez los elementos presuntivos sobre el empleo específicamente proyectado y concretamente predisposto que no se ha realizado⁽²¹⁾. Es suficiente una previsión fundada y razonable, no la absoluta certeza de la obtención del lucro⁽²²⁾. El daño, imputado en base a la culpa, debe ser, además de previsible, directo e inmediato, salvo en el caso del incumplimiento intencional, que implica el resarcimiento del daño imprevisible. Para el daño sufrido por la violación de obligaciones dinerarias se recurre al interés legal, salvo la prueba del mayor daño.

Los intereses se dividen en moratorios, si derivan del retraso en el pago de una suma de dinero; retributivos, para resarcir al acreedor por la falta de utilización de la suma de dinero; y compensatorios, los que se deben al acreedor independientemente de los moratorios, con el fin de restablecer el equilibrio económico entre los contratantes⁽²³⁾.

Para las deudas dinerarias, se excluye la acumulación de la revaluación monetaria y los intereses legales, de manera que, para obtener un monto mayor al de los intereses legales, el acreedor debe demostrar haber sufrido un mayor daño. La acumulación es aplicable a las deudas de valor, dado que la revaluación está dirigida a restablecer el patrimonio

precedente a la violación y los intereses tienen naturaleza compensatoria⁽²⁴⁾. La jurisprudencia ha desarrollado diversas presunciones, clasificando a los acreedores en categorías socio-económicas (empresarios, profesionales, consumidores), graduando, de esta forma, el monto del mayor daño; y esto, en consideración de los fenómenos de inflación, que ahora se han superado parcialmente por la adhesión de Italia al sistema del euro⁽²⁵⁾.

En la actualidad, también se admite el resarcimiento del daño moral contractual, en caso de vacaciones arruinadas, *mobbing*, *stalking*, lesión de la imagen. En especial, se admite el resarcimiento del daño moral (subespecie del [daño existencial]) en el caso de responsabilidad médica, considerándose, en jurisprudencia, la subsistencia de una relación contractual entre médico y paciente, aunque el médico sea dependiente de la estructura sanitaria⁽²⁶⁾.

Por otra parte, no se admiten los daños punitivos, ni siquiera en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. Al respecto, la Corte de Casación Italiana ha observado que:

“en el ordenamiento vigente, a la responsabilidad civil se le ha asignado la tarea principal de restaurar la esfera patrimonial del sujeto que ha sufrido la lesión, mediante la atribución al damnificado de una suma dineraria que tienda a eliminar las consecuencias del daño padecido; mientras que es extraña al sistema la idea de la punición y la sanción

(21) Casación No. 4455, 7 de julio de 1981, en *Mass. Giust. civ.*, 1981; fasc. 7.

(22) Casación No. 495, 20 de enero de 1987, en *Mass. Giust. civ.*, 1987; fasc. 1.

(23) Casación No. 8196, 19 de agosto de 1998, en *Mass. Giust. civ.*, 1998; p. 1732.

(24) Casación No. 8165, 18 de agosto de 1998, en *Mass. Giust. civ.*, 1998; p. 1727.

(25) Casación No. 10844, 19 de octubre de 1995, en *Mass. Giust. civ.*, 1995; fasc. 10.

(26) Casación No. 13, 4 de enero de 2010, en *Mass. Giust. civ.*, 2010; p. 1.

Apuntes sobre el daño contractual Notes about contractual damage

del responsable civil, siendo indiferente la evaluación de su conducta para dicho fin. Por lo tanto, es incompatible con el ordenamiento italiano la institución de los daños punitivos que, por otro lado, no es ni siquiera referible a la resarcibilidad de los daños no patrimoniales o morales. Dicha resarcibilidad siempre está condicionada a la determinación del sufrimiento o de la lesión determinada por el ilícito, no pudiendo considerarse probada *in re ipsa*. Asimismo, se excluye la posibilidad de llegar a la liquidación de los daños en base a la consideración del estado de necesidad del damnificado o de la capacidad patrimonial del obligado⁽²⁷⁾.

Sin embargo, en materia de resarcimiento del daño por el incumplimiento de obligaciones dinerarias, la Corte de Casación Italiana todavía no ha manifestado una tendencia unitaria.

Existe una orientación que propugna el principio según el cual en las obligaciones dinerarias el fenómeno inflacionario no permite un ajuste automático del monto de la deuda, ni tampoco constituye por sí mismo un daño resarcible, empero, puede implicar, según el sentido del artículo 1224 del Código Civil Italiano:

“sólo el reconocimiento a favor del acreedor, además de los intereses, del mayor daño que sea derivado de la imposibilidad de disponer de la suma, durante el periodo de la mora, en la medida en que el mismo acreedor deduzca y demuestre que un pago oportuno lo habría puesto en capacidad de evitar o reducir aquellos efectos económicos empobrecedores que la inflación produce a cargo de todos los poseedores de dinero, puesto que los intereses moratorios concedidos al acreedor, según el primer párrafo del artículo 1224 del Código Civil Italiano, tienen función resarcitoria, representando la restauración, de manera general, de la falta de disponibilidad de la suma adeudada⁽²⁸⁾.”

Otra orientación prevé, en cambio, que cuando el acreedor sea un empresario comercial y exista retraso en el pago,

no sea necesaria la prueba del mayor daño equiparable a la devaluación monetaria, porque se presume que “en base al *id quod plerumque accidi*”, si hubiese habido un cumplimiento oportuno, la suma debida habría sido utilizada en formas de empleo antiinflacionarias⁽²⁹⁾.

En un trabajo reciente, escrito por uno de los más autorizados juristas italianos, Pietro Trimarchi volvió a analizar los problemas del daño contractual, recurriendo no sólo a consideraciones de orden lógico y pragmático, sino que, además, de orden económico. En otros términos, la perspectiva de la cual el autor parte, en el ámbito de un análisis más amplio dedicado a los remedios puestos a disposición del acreedor por el ordenamiento en caso de incumplimiento del deudor⁽³⁰⁾, es que para resolver los problemas del resarcimiento del daño “es necesario analizar la función de la responsabilidad contractual; por lo tanto, tratándose de materia contractual, que corresponde a operaciones económicas”, se hace necesario verificar cómo “las reglas sobre la responsabilidad pueden influenciar en las motivaciones de los operadores a fin de realizar resultados eficientes”.

Las funciones de la responsabilidad contractual son múltiples: establecer una relación de confianza entre las partes, constituir un incentivo para el deudor, realizar el interés del acreedor. Desde este punto de vista resulta preferible la teoría que privilegia el resarcimiento del interés positivo, siendo difícil, casi en todas las circunstancias, dar la prueba del interés negativo. Según el autor, “el incumplimiento no debe ser desalentado cuando procure al deudor incumplidor una ventaja superior al

(27) Casación No. 1183, 19 de enero de 2007, en *Mass. Giust. civ.*, 2007, p. 1.

(28) Casación No. 23744, 10 de noviembre de 2009, en *Mass. Giust. civ.*, 2009; p. 11.

(29) Casación No. 13228, 31 de mayo de 2010, publicado en *www.dejure.it*.

(30) TRIMARCHI, Pietro. *Il contratto: inadempimento e rimedi*. Milán, 2010; pp. 83 y siguientes.



Guido Alpa

daño de la otra parte (incumplimiento eficiente), por ello, el resarcimiento no sólo no debe ser inferior, sino que tampoco debe ser superior al interés positivo”. Esta conclusión lleva al autor a considerar que la regla según la cual el incumplimiento voluntario implica también el resarcimiento del daño imprevisible, debe ser aplicada con cautela y de manera restrictiva⁽³¹⁾. Como resultado, esta solución acerca el modelo italiano al inglés.

El autor se pregunta si en el Derecho italiano el interés negativo es resarcible de manera alternativa al interés positivo, es decir, si el acreedor, en lugar de pedir el precio de la cosa o del servicio no adquirido y el lucro cesante, puede pedir la restitución del precio y el reembolso de los gastos efectuados para preparar el cumplimiento de su prestación. La respuesta es negativa porque el resarcimiento es consecuencia del incumplimiento y, por ende, la cuestión queda comprendida en la relación de causalidad; “cuando el interés lesionado no sea valorable, o no sea fácilmente valorable en dinero, sólo será económicamente justificado y oportuno, el resarcimiento de los gastos razonables, afrontados inútilmente”. De este modo, se desvanece la distinción entre interés positivo y negativo, ya que el artículo 1226 del Código Civil Italiano permite a los jueces realizar una evaluación equitativa (vale decir, teniendo en consideración las circunstancias) del daño reclamado por el acreedor.

La distinción entre concepción real (*aestimatio rei*) y concepción patrimonial (*id quod interest*) le parece al autor demasiado esquemática. La segunda se adapta mejor que la primera al sistema italiano, porque comprende el lucro cesante y está basada en criterios objetivos, y, por ello, es fácilmente verificable, mientras que la primera se confía a criterios subjetivos. Sin embargo, si el acreedor se procura de una operación sustitutiva en caso de incumplimiento, “es razonable considerar el precio concretamente pactado como representativo (...) de un precio de mercado” no verificable fácilmente⁽³²⁾. El acreedor podrá obtener el resarcimiento esperado sólo si logra dar la prueba que habría podido obtener de otra forma, una ventaja superior. En este sentido, las reglas establecidas por los *principios Unidroit*, por los *PECL* y por el

DRAFT son consideradas conformes con el Derecho italiano.

Asimismo, el autor se pregunta si cuando la prestación efectuada resulta incompleta o defectuosa se debe resarcir el menor valor de mercado de la prestación, o reembolsar los costos necesarios para completarla o eliminar los defectos. Él considera que, aparte de los casos en los que el resultado de las dos hipótesis llega a coincidir, se debe seguir el principio que articula el resultado teniendo en consideración las diferentes tipologías contractuales. En el contrato de obra, el deudor debe pagar el costo de la ejecución regular, si la obra está incompleta; si la obra está completa pero presenta defectos, se debe ponderar los intereses contrapuestos, sin gravar excesivamente la posición del deudor. Lo mismo debe aplicarse en caso de compraventa, sin embargo, es necesario distinguir entre los tipos de compraventa, y en especial considerar los remedios que son puestos a disposición del comprador que tiene el *status* de consumidor.

En lo que respecta a la pérdida de la *chance*, doctrina y jurisprudencia no están de acuerdo sobre su inserción en el daño emergente o en el lucro cesante. El autor remarca que la pregunta es ociosa, pudiéndose, según el caso, asignar la *chance* a una o a otra categoría de daños; el problema de la *chance* sólo está vinculado con la relación de causalidad y con la carga de la prueba⁽³³⁾.

El resarcimiento del daño en el incumplimiento de obligaciones dinerarias (en virtud de las cuales se deben los intereses legales desde el día de la mora) no debe ser confundido con el mayor daño por el retraso. La tasa de los

(31) TRIMARCHI, Pietro. *Óp. cit.*; p. 180.

(32) TRIMARCHI, Pietro. *Óp. cit.*; p. 116.

(33) TRIMARCHI, Pietro. *Óp. cit.*; pp. 150 y siguientes.

Apuntes sobre el daño contractual Notes about contractual damage

intereses legales varía si se aplica el artículo 1284 Código Civil Italiano^(NT12) o el Decreto Legislativo 231 de 2002 (artículo 5^(NT13)) que actúa la directiva sobre los retrasos en los pagos (Directiva 35/2000). El contraste es marcado, y corresponde a la jurisprudencia atenuarlo mediante la determinación de las pruebas ofrecidas por el acreedor⁽³⁴⁾. El artículo 1283 Código Civil^(NT14) sustrae al deudor el pago de intereses capitalizables; según el autor, esta regla se justifica porque, de modo contrario, se expondría al deudor a una carga demasiado gravosa, no obstante, se la debe aplicar razonablemente; por ejemplo, los intereses capitalizables se deben si el acreedor, a su vez, los ha pagado, de modo que la norma no se aplica en el caso de resarcimiento del daño por el retraso efectivamente sufrido y sobre el daño efectivamente liquidado mediante sentencia.

Según la jurisprudencia, para las deudas de valor:

“la revaluación monetaria y los intereses, constituyen un componente de la obligación de resarcimiento del daño y pueden ser reconocidos por el juez, incluso de oficio y en grado de apelación, a pesar de no haber sido solicitados específicamente, teniendo en cuenta que ellos deben considerarse comprendidos en el *petitum* originario de la demanda resarcitoria, cuando no hayan sido expresamente excluidos”⁽³⁵⁾.

En caso de ilícito extracontractual:

“los intereses compensatorios debidos por el daño causado por el retraso, no pueden ser calculados desde la fecha del ilícito, sobre la suma liquidada por el capital y revaluada hasta al momento de la decisión, debiendo, en cambio, ser computados, o con referencia a los momentos en particular respecto a los cuales la suma equivalente al bien perdido se incrementa nominalmente por efecto de los índices medios de revaluación monetaria previamente elegidos, o también en base a un índice medio, teniendo en cuenta que la liquidación del daño por el retraso queda comprendido siempre en el esquema liquidatorio contenido en el artículo 2056 Código Civil Italiano, en el cual queda comprendida la valoración equitativa del propio daño *ex artículo* 1226 Código Civil Italiano”⁽³⁶⁾.

En caso de incumplimiento o de cumplimiento tardío de una obligación que tenga por objeto

(NT12) Artículo 1284 del Código Civil Italiano: *Tasa de interés*.- “La tasa de interés es determinada en función al 2.5 por ciento anual. El Ministro de Hacienda, con decreto publicado en la gaceta oficial, antes del 15 de diciembre del año precedente a aquel al cual la tasa de interés se refiere, puede modificar anualmente su cantidad, en base al rendimiento medio anual bruto de los títulos de Estado de duración inferior a 12 meses, y teniendo en consideración la tasa de inflación registrada en el año. Cuando hasta el 15 de diciembre no se haya establecido una nueva tasa, esta permanece igual para el año siguiente.

Si las partes no la han establecido, los intereses convencionales se computan en función a la misma tasa de interés.

Los intereses superiores al establecido por ley deben ser determinados por escrito; de manera contraria serán debidos en función a la tasa establecida por ley”.

(NT13) Artículo 5 del Decreto Legislativo No. 231 de 2002: *Tasa de interés*.- “Salvo acuerdo en contrario entre las partes, la tasa de interés, para los fines del presente decreto, se determina de conformidad con la tasa de interés del instrumento de refinanciamiento principal del Banco Central Europeo aplicado a su más reciente operación de refinanciamiento principal efectuada el primer día calendario del semestre en cuestión, aumentado en siete puntos porcentuales. La tasa de referencia en vigencia el primer día laborable del Banco Central Europeo del semestre en cuestión, se aplica para los meses sucesivos. El Ministerio de Economía y de las Finanzas es el encargado de informar la tasa de interés referida en el párrafo anterior, al monto neto del aumento allí previsto, así como de su publicación en la gaceta oficial de la República Italiana, al quinto día laborable de cada semestre”.

(34) TRIMARCHI, Pietro. *Óp. cit.*; p. 154.

(NT14) Artículo 1283 del Código Civil: *Anatocismo*.- “A falta de usos contrarios, los intereses vencidos pueden producir intereses sólo desde el día de la demanda judicial o por efecto del acuerdo posterior a su vencimiento, y siempre que se trate de intereses debido al menos por seis meses”.

(35) Casación No. 20943, 30 de setiembre de 2009, en *Mass. Giust. civ.*, 2009; p. 9.

(36) Casación No. 5671, 9 de marzo de 2010, en *Mass. Giust. civ.*, 2010; p. 3.



Guido Alpa

una suma dineraria (sometida, en cuanto tal, al régimen jurídico del artículo 1227 Código Civil Italiano).

“(L)a revaluación monetaria del crédito puede ser reconocida sólo con la condición de que el acreedor alegue y demuestre, en el sentido del segundo párrafo del artículo 1224 Código Civil Italiano, la existencia del mayor daño derivado de la falta de disponibilidad de la suma durante el período de mora, el cual no ha sido compensado por el pago de intereses legales en la medida predeterminada por el primer párrafo del artículo 1224 Código Civil Italiano, quedando, de cualquier forma, excluida la posibilidad de acumulación entre revaluación monetaria e intereses compensatorios⁽³⁷⁾.

Sin embargo, la jurisprudencia calcula la revaluación haciendo referencia a los índices de los precios al consumo del Instituto Nacional de Estadística (en adelante, ISTAT), acumulándola con los intereses, y, como consecuencia, operando la revaluación sobre la suma inicialmente obtenida anualmente. Esta solución (según el autor) era justificable años atrás, cuando los operadores económicos estaban expuestos a una altísima tasa de inflación. No obstante, la situación ha cambiado en la actualidad, y aquellos criterios ya no son justificados. Por tanto, en la deuda de valor, la equivalencia monetaria:

“debe ser determinada con referencia al momento en el cual el crédito, que tiene por objeto el bien o servicio, es sustituido por el crédito del resarcimiento en dinero o al momento en el cual resultó posible la sustitución del bien o del servicio faltantes. Los intereses pueden tomarse en consideración sólo con posterioridad a la falta de entrega de la suma de dinero, pero no en el período en el cual el bien o servicio no fue realizado, los cuales constituyen valores de la vida que no producen intereses; para el período precedente se tiene en consideración la pérdida de valor de adquisición de la moneda y, por lo tanto, se justifica la revaluación automática⁽³⁸⁾.

6. El modelo inglés

En el *common law* inglés, la regla fundamental en materia de *damages*, consiste en que el daño debe ser entendido como medida del resarcimiento y, como tal, cumple funciones meramente satisfactorias (*damages are compensatory*). Por tanto, no se reconoce los *punitive damages*, los que tienden, en cambio, a punir al causante del daño: el daño a ser considerado es la pérdida sufrida por el demandante, y no el lucro del demandado. El daño resarcible (*loss*) comprende, de cualquier forma, la disminución patrimonial causada por el incumplimiento a la persona o a los bienes del acreedor, incluyendo la pérdida de ganancias por actividades económicas que no se llevaron a cabo; sólo excepcionalmente se reconoce los *damages for nonpecuniary loss*, en especial, en lo que respecta al resarcimiento del daño por *injury to feelings*, como en el caso de prestación de servicios turísticos que resultaron desastrosos⁽³⁹⁾. Finalmente, en los casos en donde no haya *loss*, para que la parte logre encontrar en el mercado al mismo precio, bienes iguales a aquellos que el deudor no cumplió con entregarle, el Derecho inglés reconoce sólo los *nominal damages*.

El conjunto de reglas que está referido al resarcimiento del daño contractual se ha venido formando, sobre todo, a partir de la segunda mitad del siglo pasado, y parece haber recibido una profunda influencia del Derecho continental (especialmente francés) como consecuencia de la traducción al inglés del Tratado de Pothier (1806). El caso más

(37) Casación No. 12828, 3 de junio de 2009. En: *Guida al diritto*, 2009; p. 29.

(38) TRIMARCHI, Pietro. *Op. cit.*; p. 169.

(39) *Jarvis v. Swans Tours Ltd.*, *plaint no.* 7051904, en *QB* 233, 1973.

Apuntes sobre el daño contractual Notes about contractual damage

importante es *Hadley v. Baxendale* (1854) en el cual la Corte estableció:

“Where two parties have made a contract which one of them has broken, the damages which the other party ought to receive in respect of such breach of contract should be such as may fairly and reasonably be considered either arising naturally, i.e., according to the usual course of things, from such breach of contract itself or such as may reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties, at the time they made the contract, as the probable result of the breach of it”^(NT15).

Según la doctrina, son tres los tipos de daños resarcibles, *expectation damages*, *reliance damages* y *restitution damages*.

Los *expectation damages* constituyen el resarcimiento del *loss of bargain*, correspondiente al lucro cesante, y tienden a poner al damnificado en la posición en la cual se habría encontrado si el contrato hubiese sido cumplido con regularidad. El *loss of bargain* presenta dos aspectos, el primero, constituido por el daño inmediato causado por el incumplimiento de la prestación esperada (por ejemplo, la falta de entrega de un automóvil ya pagado), y el segundo, representado, en cambio, por el daño derivado, causado, como consecuencia directa, del incumplimiento (por ejemplo, el daño sufrido por no haber podido utilizar el auto adquirido, para ejecutar trabajos y producir ganancias). Bajo el primer aspecto, la evaluación de los *expectation damages* se realiza normalmente, según las exigencias, en base a la *difference in value* (es decir, a la diferencia de valor entre los bienes recibidos y los bienes que el damnificado debió recibir), o del *cost of cure* (es decir, del costo afrontado para remediar el incumplimiento, por ejemplo, reparando los bienes defectuosos).

Los *reliance damages* están representados por los gastos efectuados y las pérdidas sufridas por haber confiado en el contrato, tanto en el transcurso de su ejecución, como en la fase precedente a su celebración, y corresponden al

daño emergente. Su función es restablecer a la parte en la posición en la cual se habría encontrado si el contrato no hubiese sido celebrado.

Finalmente, los *restitution damages* están representados por los “beneficios” conferidos por una parte a la otra, antes o en el curso de la ejecución del contrato, y, en caso de *breach* lo suficientemente grave como para dar origen a un *total failure of consideration*, deben ser *restituidos* in natura, o por equivalente en dinero, a la parte que los ha conferido. Su función es poner a la parte en la posición en la cual se habría encontrado si el contrato no hubiese sido celebrado, y se diferencian de los *reliance damages* porque estos no se basan en la pérdida sufrida por el damnificado, sino en el enriquecimiento indebido recibido por la otra parte.

Asimismo, el acreedor que ejerza una *action for damages*, debe probar la existencia del contrato, del incumplimiento y del daño como consecuencia del incumplimiento. El demandante puede elegir el tipo de *damages* sobre el cual basar su demanda, y puede acumularlos, siempre que no se resarza más de una vez el mismo daño. Sin embargo, existen algunos límites: el demandante no puede solicitar los *expectation damages* si no logra probar el *loss of bargain*, es decir, el valor de su expectativa. Tampoco puede solicitar los *reliance damages* si por un error de cálculo los gastos afrontados por él resultan ser superiores a los previsibles razonablemente, y si su reembolso lo pondría en una mejor situación que aquella en la cual se habría encontrado si el contrato hubiese

(NT15) Traducción libre:

“Cuando una de las partes incumple un contrato, el resarcimiento del daño que la otra parte debe recibir, en relación a dicho incumplimiento, debería ser aquel que, justa y razonablemente, pueda originarse de manera natural, esto es, de acuerdo al curso normal de las cosas, de dicho incumplimiento, o aquel que pueda haber sido asumido razonablemente por ambas partes, al momento de la celebración del contrato, como el resultado probable de su incumplimiento”.



Guido Alpa

sido cumplido. Asimismo, el demandante no puede solicitar los *restitution damages* si el incumplimiento de la otra parte no es tan grave como para determinar una *total failure of consideration*. Por otra parte, es admisible que la *termination* del contrato con el resarcimiento de los *restitution damages* pueda implicar que el demandante se llegue a encontrar en una mejor posición que aquella en la cual se habría encontrado si el contrato hubiese sido cumplido: por ejemplo, si el contrato de compraventa de un vehículo resulta ser un *bad bargain*, dado a que el precio pactado fue de 10000 libras esterlinas, mientras que su valor efectivo asciende a 7500 libras esterlinas, en caso de incumplimiento del vendedor que no entregue el bien, el adquirente, solicitando la *termination for breach of contract* y los *restitution damages*, puede obtener la restitución de las 10000 libras esterlinas pagadas, en lugar de un vehículo de menor valor.

En el Derecho inglés, el caso *Hadley v. Baxendale* da directivas al respecto: al no haber transportado oportunamente un molino para su reparación, el transportador demandado causó el cese de la actividad económica del demandante; sin embargo el demandado no conocía ni habría podido conocer las graves consecuencias económicas del retraso.

De esta regla deriva que el daño debe corresponder a lo que normalmente ocurre en circunstancias similares, que el daño resarcible puede ser ampliado si hay conocimiento de circunstancias específicas, y que el daño que no tiene relación causal con el incumplimiento no puede ser resarcido. No son resarcibles los daños sufridos por el damnificado como consecuencia de la violación de su *duty to mitigate*. En efecto, el damnificado tiene la carga de hacer todo lo que sea posible para limitar el daño, tomando las medidas razonables para circunscribirlo o para impedir que se amplíe; si no lo hace, es responsable por los daños ocasionados ulteriormente.

Por otra parte, el resarcimiento del daño puede verse limitado si fue causado con concurso de culpa del damnificado (*default of the victim*). Dicho principio que corresponde a la *contributory negligence* del *tort law*, se aplica en el derecho inglés, únicamente cuando la conducta culposa del damnificado constituye tanto un ilícito contractual como extracontractual,

tal cual puede ocurrir en el contrato de transporte o en los contratos de prestaciones profesionales, pero no cuando el ilícito es meramente contractual⁽⁴⁰⁾.

En conclusión, es oportuno precisar que, si subsisten los presupuestos, *reliance* y *restitution damages*, pueden ser solicitados con una *action for damages* o con una *action for restitution*, aun cuando no se haya celebrado el contrato, sea nulo, haya sido anulado, o cuando se haya disuelto posteriormente por *frustration*, o por *total failure of consideration*. Por el contrario, los *expectation damages* sólo pueden ser requeridos a título contractual, cuando el contrato celebrado no haya sido cumplido de manera regular.

7. Una lectura comparada de los *Principles of international commercial contracts* (en adelante, *PICC*), los *Principles of european contract law* (en adelante, *PECL*) y el *Draft common frame of reference* (en adelante, *DCFR*)

Si sobre la base de esta trama de referencias pasamos a analizar ahora los *PICC*, los *PECL* y el *DCFR* (a pesar de que su texto ha inspirado a estos otros [los mismos que se han sucedido en un breve periodo de tiempo] dejaré de lado a la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías [*Convention on Contracts for the International Sale of Goods, en adelante, CISG*], por estar referida a la compraventa, mientras que los otros textos están referidos al daño por incumplimiento contractual en general) caeremos en la cuenta de que las fórmulas son un poco más

(40) *Forsikringsaktieselskapet Vesta v. Butcher* (1989), AC 852.

Apuntes sobre el daño contractual *Notes about contractual damage*

precisas, pero que, no obstante, siguen siendo muy generales y ambiguas.

Los tres textos presentan un *common core* y algunas variantes.

El principio general es el de la plena satisfacción del daño por el incumplimiento de un contrato (para los *PICC* y los *PECL*) o de una obligación (para el *DRAFT*)⁽⁴¹⁾, es decir, el acreedor debe ser colocado en la misma situación en la cual se habría encontrado si la prestación hubiese sido ejecutada.

El daño es consecuencia de la pérdida (denominada *harm* en los *PICC* y *loss* en los otros dos modelos) y el resarcimiento (*damages*) consiste en el *damnum emergens* y en el *lucrum cessans*.

A diferencia de lo previsto en diversos sistemas nacionales, en estos modelos se prevé el resarcimiento del daño moral (*nonpecuniary loss*): por ejemplo, los *PICC* especifican que este comprende *physical suffering or emotional distress* ⁽⁴²⁾; el *DRAFT* describe este tipo de daño como *pain and suffering and impairment of the quality of life* (III.3.701. (3)); los *PECL* no brindan precisiones.

Todos los modelos disponen que el daño debe ser razonablemente previsible (*reasonably foreseen*)⁽⁴³⁾, sin embargo, mientras que los *PICC* no prevén el resarcimiento por incumplimiento voluntario (siguiendo en esta elección a la *CISG*), tanto los *PECL* como el *DRAFT* incluyen también, en el daño resarcible, el daño imprevisible si el incumplimiento (*nonperformance*) fue *intentional or grossly negligent* (*PECL*) o *intentional, reckless or grossly negligent* (*DRAFT*).

Los *PICC* incluyen también una disposición sobre la *certainty of harm* y la posibilidad de resarcir el daño por *loss of a chance*⁽⁴⁴⁾.

Tal como dispone el Código Civil italiano, los tres modelos consideran la hipótesis de la atenuación del daño en el caso en el cual el acreedor habría podido reducirlo razonablemente⁽⁴⁵⁾, y se reconoce al acreedor el derecho a obtener el reembolso de los gastos efectuados para obtener este beneficio. Estos prevén también la hipótesis en la cual exista un concurso de culpa del acreedor, con la consecuente reducción del daño a cargo del deudor⁽⁴⁶⁾, tal como es previsto por el Código Civil italiano (artículo 1227, primer párrafo).

Los tres modelos prevén la posibilidad de reparar el daño diferencial en caso el acreedor haya celebrado un acuerdo sustitutorio (*replacement transaction*) con terceros, siempre que éste sea razonable⁽⁴⁷⁾, mientras que en el sistema italiano esta hipótesis no se encuentra prevista.

A diferencia del modelo italiano, que no dice nada al respecto, los tres modelos hacen referencia al *current price*⁽⁴⁸⁾, en el sentido que cuando el acreedor no haya llegado a celebrar un acuerdo sustitutorio, puede obtener un reconocimiento de la diferencia entre el precio estipulado y el precio vigente al momento de la resolución del contrato, así como el resarcimiento de cualquier otro daño sufrido. Esta previsión es útil en todos los casos; en el Derecho italiano se podría alcanzar el mismo resultado recurriendo al lucro cesante, si el acreedor logra probar que habría podido utilizar o disponer del objeto de la prestación de manera proficua.

(41) Véase en artículos.(PICC) 7.4.2,(PECL) 9.502,(DRAFT) III. 3.701.

(42) Véase en artículo (7.4.2)(PICC).

(43) Véase en artículos (PICC)7.4.4;(PECL) 9.503; (DRAFT) III.3.703.

(44) Véase en artículo 7.4.3 (PICC).

(45) Véase en artículos 7.4.8(PICC); 9.505 (PECL); III.3.705 (DRAFT).

(46) Véase en artículos 7.4.7 (PICC); 9.504 (PECL); III.3.704 (DRAFT).

(47) Véase en artículos 7.4.5 (PICC); 9.506 (PECL); III.3.706 (DRAFT).


(48) Véase en artículos 7.4.6 (PICC); 9.507 (PECL); III.3.707 (DRAFT).



Guido Alpa

En caso de incumplimiento de una obligación dineraria, los tres modelos (a diferencia del Código Civil italiano que hace referencia a los intereses legales, salvo el mayor daño) siguen la misma fórmula, es decir, el pago de intereses calculados “*at the average commercial bank short-term lending rate to prime borrowers*”⁽⁴⁹⁾. En los tres modelos también se prevé la posibilidad de obtener un daño ulterior, si logra ser probado. Al respecto, parece un tanto curioso que los *PECL* y el *DRAFT* hayan compartido la elección de los *PICC*, porque sus respectivas reglas no están, como ocurre con los *PICC*, destinadas a regular únicamente los contratos comerciales.

La cláusula penal y el pago en una divisa en particular implican cuestiones que van más allá de las reglas generales sobre el daño contractual y, como consecuencia, dejamos su análisis para otra ocasión.

Atendiendo a las divergencias entre los modelos vigentes en los diversos ordenamientos, de las que hemos dado diversos ejemplos, y de que, consideradas en su integridad, las reglas del *DRAFT* son razonables, las soluciones, planteadas por ellas, a los problemas a los que se hace alusión, parecen constituir un avance en la definición de principios comunes que podrían no sólo mejorar la celebración de operaciones económicas transnacionales, sino también dar mayor claridad a las experiencias nacionales. 

(49) Véase en artículos 7.4.9 (*PICC*); 9.508 (*PECL*), III.3.708 (*DRAFT*).