



# La regla de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar como elemento distintivo de la responsabilidad por incumplimiento contractual en el Derecho peruano<sup>(\*)</sup>

## *The remoteness rule as a distinctive element of liability for breach of contract in Peruvian Law*

Daniel Ugarte Mostajo<sup>(\*\*)</sup>

Universidad Católica San Pablo (Arequipa, Perú)

**Resumen:** La regla de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar constituye un límite del *quantum respondeatur* que no ha sido bien comprendido por la doctrina nacional, la cual –desde una aproximación unificadora a la responsabilidad civil– ha llegado a cuestionar su utilidad y su coherencia con el principio de reparación integral. En este trabajo se cuestiona dicha aproximación y se plantea, a partir de una revisión de Derecho comparado, una concepción renovadora de la regla que permita entenderla como el elemento distintivo de la responsabilidad por incumplimiento contractual en el Derecho peruano y como el criterio por excelencia de “imputación objetiva” de los daños en dicha sede.

**Palabras clave:** Previsibilidad de los daños - Responsabilidad contractual - Imputación objetiva de los daños - Extensión de la indemnización - Quantum respondeatur - Derecho civil - Perú

**Abstract:** The remoteness rule constitutes a limit on *quantum respondeatur* that has not been well understood by national doctrine, which –from a unifying approach to different systems of civil liability– has come to question its usefulness and coherence with the full compensation principle. In this paper, this approach is debated and, based on a review of Comparative Law, a renewing conception of the rule is proposed that allows it to be understood as the distinctive element of liability for breach of contract and the fundamental criteria of objective attribution of damage in the Peruvian contract Law.

**Keywords:** Foreseeability of damages - Liability for breach of contract - Objective attribution of damages - Scope of Liability - Quantum respondeatur - Civil law - Peru

---

(\*) Nota del Equipo Editorial: este artículo fue recibido el 24 de septiembre de 2023 y su publicación fue aprobada el 16 de octubre de 2023.

(\*\*) Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza (Zaragoza, España). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4571-4061>. Correo electrónico: [dugarte@ucsp.edu.pe](mailto:dugarte@ucsp.edu.pe).



## 1. Introducción

Como es sabido, la regla de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar constituye un límite de la extensión del daño indemnizable (límite del *quantum respondeatur*) que tiene sus orígenes en la doctrina de Pothier (Corral, 2009, pp. 141-142), la cual fue recogida en los artículos 1150 y 1151 del Código Civil francés de 1804, a partir del cual se expandió a todos los ordenamientos en los que el *Code* tuvo influencia directa o indirecta.

En el Perú esta regla está recogida en el último párrafo del artículo 1321 del Código Civil<sup>(1)</sup>; sin embargo, se trata de un límite que, en términos generales, no ha sido del todo comprendido por la doctrina nacional. En efecto, desde una aproximación unificadora a la responsabilidad civil, se ha llegado a cuestionar la utilidad de la regla o, en todo caso, su coherencia con el principio de reparación integral de los daños.

Solo últimamente un sector de la doctrina ha empezado a dar muestras de un cambio de postura para asumir una aproximación más acorde con la realidad contractual subyacente a este tipo de responsabilidad, afirmando que el límite de la previsibilidad es probablemente el verdadero —o en todo caso el más importante— elemento diferenciador entre los dos regímenes de responsabilidad civil —por inejecución de obligaciones y extracontractual— existentes en el ordenamiento peruano.

No obstante, y a pesar de este giro doctrinal, que aunque minoritario es sin duda relevante, es posible sostener que la regla del último párrafo del artículo 1321 merece una mayor atención y desarrollo. Como se sostendrá en este trabajo, el límite de la previsibilidad constituye nada menos que el criterio determinante de la singularidad de la responsabilidad por inejecución de obligaciones de fuente contractual, afirmación esta que obliga a profundizar en su verdadero alcance y función para poner de relieve la importancia de la regla. Al mismo tiempo, es necesario rescatarla del olvido en el que ha caído tanto en sede doctrinal como jurisprudencial.

Con esta finalidad, en las páginas que siguen mostraré, en primer lugar, la evolución que la doctrina nacional ha mostrado en torno a la comprensión de la regla de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar. En segundo lugar, mostraré brevemente la comprensión que la regla ha tenido en el Derecho comparado, para sobre esa base plantear una comprensión renovadora de la regla en el Derecho peruano, todo lo cual

me permitirá, finalmente, arribar a algunas conclusiones.

## 2. La regla de la previsibilidad de los daños en la doctrina nacional

### 2.1. Sobre el supuesto “dogma” de la previsibilidad y otras desviaciones en torno a la comprensión de la regla contenida en el artículo 1321, *in fine*, del Código Civil

La regla de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar recogida en el último párrafo del artículo 1321 del Código Civil peruano, ha sido calificada —a fines del siglo pasado— por una importante e influyente doctrina nacional<sup>(2)</sup> como uno de los “dogmas” de la responsabilidad contractual (Fernández, 1997, p. 258). Esto permitiría “demostrar que, la regulación de este sistema en el Código Civil peruano, está sustentado en sofismas y supuestos dogmáticos que lo transforman en un reino mitológico” (Fernández, 1997, p. 257).

Esta doctrina partía de reconocer que el límite de la previsibilidad se sustenta en la naturaleza contractual que subyace a este tipo de daño, pero cuestionaba tal justificación porque consideraba que no existían razones de peso para distinguir entre dos sistemas o regímenes de responsabilidad civil, abogando en consecuencia por la unificación de ambas órbitas. En este sentido, la división de regímenes sería nada menos que otro “dogma” en crisis que no tendría razón de ser en la actualidad, pues no habría sustento alguno que permita explicar por qué de un mismo evento dañoso, por ejemplo, un accidente de tránsito, podrían aplicarse dos regímenes de responsabilidad con una extensión indemnizatoria tan distinta, dependiendo únicamente de la existencia o no de un vínculo contractual previo entre el causante y la víctima del daño. En efecto, si la víctima era un pasajero que salió despedido

(1) Artículo 1321. (...) Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.

(2) Cabe precisar que esta misma doctrina, 25 años después, tuvo un cambio importante de opinión sobre el valor e importancia de la regla, tal como se indica más adelante (Fernández, 2022, pp. 295-326). Sin embargo, como también se tendrá oportunidad de precisar, la noción de previsibilidad que postula difiere de la que propongo en este trabajo.



del vehículo por el impacto, se le aplicaría el régimen de la responsabilidad por inejecución de obligaciones resultando indemnizables únicamente los daños directos, inmediatos y previsibles. No obstante, si la víctima era un transeúnte que resultó atropellado por el mismo vehículo, se le aplicaría un régimen más ventajoso, es decir, el de la responsabilidad extracontractual, en el que serían indemnizables no solo los daños directos, inmediatos y previsibles, sino también los daños mediatos e imprevisibles (Fernández, 1997, pp. 261-263).

Ciertamente el autor no llega a explicitar qué daños – indirectos, mediatos e imprevisibles– sufridos por el pasajero que sale despedido del vehículo como consecuencia del accidente, no serían indemnizables aplicando la regla de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar y en cambio sí lo serían bajo el régimen de la responsabilidad extracontractual. Sin embargo, parece que el problema de la aproximación de esta doctrina respecto del límite de la previsibilidad, tendría que ver, al menos en parte, con vincular dicho límite con la idea de “inmediatez” entre el incumplimiento y los daños, o, más propiamente, con una cuestionable interpretación de la fórmula –también recogida en el artículo 1321 del Código Civil– según la cual sólo son indemnizables los daños que sean “consecuencia inmediata y directa” del incumplimiento, fórmula que estaría siendo interpretada –equivocadamente desde mi punto de vista– como una remisión a la teoría de la “causalidad próxima”, lo que llevaría a la doctrina en cuestión a proponer, siempre bajo una óptica unificadora de la responsabilidad civil, que tanto en sede contractual como extracontractual sea de aplicación la teoría de la “causalidad adecuada” (Fernández, 1997, pp. 278-279), con lo cual el supuesto “dogma” de la previsibilidad quedaría no sólo superado, sino también abolido. En este sentido, la doctrina que vengo comentando afirmará que la determinación de la extensión del *quantum* indemnizatorio “debe depender únicamente de la causalidad de los daños” (Fernández, 1997, p. 289); para concluir sentenciando que “la previsibilidad contractual [...] no puede seguir más existiendo como límite infranqueable de la extensión del resarcimiento” (Fernández, 1997, p. 293).

Sin embargo, después de todo, esta doctrina parecía pasar por alto que los problemas que advertía y le preocupaban podrían ser resueltos, de manera satisfactoria además, sin necesidad de negar las diferencias sustanciales entre uno y otro régimen de la responsabilidad civil adoptando para ello una correcta interpretación de la fórmula de las “consecuencias inmediatas y directas” que permita entenderla como una referencia a la causalidad material o fáctica entre incumplimiento contractual y daño, así como una correcta comprensión de la regla de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar, la cual debe ser entendida como un “criterio de imputación objetiva” de los daños que limita los alcances de la causalidad material; criterio de imputación objetiva que, por lo que diré más adelante, y bien entendido, resulta ser en materia contractual mucho

más pertinente e idóneo que el criterio de la “adecuación” (causalidad adecuada) que rige en sede extracontractual (artículo 1985), y que, dicho sea de paso –como ocurre con todos los criterios normativos de imputación objetiva, es también un límite de la causalidad material (Pantaleón, 1990, pp. 1561-1591). En todo caso, esta doctrina que se refería al límite de la previsibilidad como un “dogma” de la responsabilidad contractual, no es la única que abogará por su superación.

En efecto, otro sector de la doctrina nacional ha calificado al modelo resarcitorio recogido en el artículo 1321 como “antiguo” y “desfasado”. Lo primero, porque sus orígenes se remontarían a Molineo (Espinoza, 2016, p. 392) y, lo segundo, porque el principio que debería primar es el de reparación integral de la víctima (Espinoza, 2022, pp. 186-192), al que, al parecer, se le concibe como único límite de la indemnización y sin posibilidad de matices en su aplicación, ni siquiera en función del tipo de responsabilidad civil de la que se trate. De ello se advierte, nuevamente, una clara aproximación unificadora a la institución de la responsabilidad civil que termina acabando con cualquier distinción, por más razonable y sustentada en la realidad de las cosas que pueda plantearse, y que llevaría a sugerir –equivocadamente, por cierto– una interpretación nada menos que abrogatoria del límite de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar (Espinoza, 2016, p. 397).

Esta aproximación unificadora incurre en el error de pretender explicar la responsabilidad civil toda (incluida la derivada del incumplimiento de un contrato) a partir de la lógica exclusiva de la responsabilidad extracontractual. En este sentido, no es baladí que, para cuestionar el límite de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar, esta doctrina no aluda a la indemnización del interés positivo o de cumplimiento, sino más bien al interés negativo –cuando expresamente señala que la finalidad de la función satisfactiva de la responsabilidad civil es nada menos que “volver las cosas al estado anterior a la ocurrencia del daño” (Espinoza, 2016, p. 396)–, interés indemnizable que, como bien se sabe, es propio y típico de la responsabilidad extracontractual.



Asimismo, no deja de llamar la atención que se pase por alto –o se le explique como un mero tributo a la tradición (Espinoza, 2016, p. 395)–, el hecho de que, por ejemplo, la reciente reforma del *Code Civil* francés, llevada a cabo mediante Ordenanza 2016-131 de 2016, haya mantenido en su nuevo artículo 1231-3 el límite de la previsibilidad de los daños al tiempo contratar; y que, en la misma línea, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación argentina (vigente desde 2015), no obstante recoger expresamente en su artículo 1740 el principio de reparación integral o plena del daño, haya sin embargo mantenido también el citado límite en su artículo 1728; o que, por último, similar disposición se encuentre presente en los distintos instrumentos –algunos vinculantes y otros no– de lo que se ha venido a denominar como el “moderno derecho de obligaciones y contratos” (Art. 74 CISG<sup>(3)</sup>; Artículo 7.4.4 Principios UNIDROIT<sup>(4)</sup>; Artículo 9:503 PECL<sup>(5)</sup>; Artículo III.–3:703 DCFR<sup>(6)</sup>; Artículo 161 CESL<sup>(7)</sup>; Artículo 107 PLDC<sup>(8)</sup>), muchos de ellos ciertamente desprovistos de *potestas* (por su carácter de instrumentos de *soft law*), pero premunidos, en cambio, de una indiscutible *auctoritas* (D’Ors, 1996, p. 509 y 521) que deriva de su origen fundamentalmente académico y científico. Estos instrumentos, en la mayoría de los casos, reflejan una aproximación comparada y armonizadora al Derecho de contratos, lo que permitiría demostrar –o al menos intuir– que el límite en cuestión constituye una regla cuya vigencia y actualidad no están circunscritos a un sistema o familia jurídica en particular (Zimmermann, 2019, p. 98).

Lo cierto es que a pesar de que el límite de la previsibilidad es una constante incluso en el moderno Derecho de contratos, la falta de un cabal entendimiento de la regla parece imponerse en nuestro medio, lo cual queda en evidencia cuando otra doctrina no duda en sostener que “[e]l hecho de que el daño no haya podido ser previsto no es, de ninguna manera, justificante para que el costo del mismo permanezca en su esfera jurídica” (Pazos, 2010, pp. 681-682), asumiendo que la existencia del límite de la previsibilidad “[e]s una muestra más de los errores a los que nos puede llevar

un vetusto sistema que basa sus normas en el *favor debitoris*” (Pazos, 2010, p. 682).

Bajo una interpretación de este tipo, el principio de reparación integral se presenta en términos casi absolutos y, en la práctica, queda sin sentido cualquier distinción que pretenda hacerse entre el régimen de la responsabilidad contractual (o por inexecución de obligaciones) y el régimen de la responsabilidad extracontractual, pues en ambos regímenes la extensión del resarcimiento debería ser siempre la misma, teniendo como horizonte la reparación “plena”, sin límites, de todo el daño sufrido, independientemente de su causa.

Nótese, sin embargo, que dicha aproximación unificadora de la responsabilidad civil trae consigo la consecuente eliminación de cualquier límite del *quantum respondeatur* por más soporte normativo y justificación razonable que este pueda tener, lo cual podría explicar, al menos en parte, la poca atención que en doctrina nacional ha recibido la regla de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar.

## 2.2. Un reciente y tímido giro en la interpretación de la regla de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar

En suma, lo que se ha visto hasta ahora es la aproximación que prevalece al momento de abordar la interpretación doctrinal del último párrafo del artículo 1321 del Código Civil peruano. Sin embargo, es posible advertir un reciente y tímido giro que parece dirigirse hacia

- (3) Artículo 74. (...). 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 contrato.
- (4) Artículo 7.4.4. Previsibilidad del daño. La parte incumplidora es responsable solamente del daño previsto, o que razonablemente podría haber previsto, como consecuencia probable de su incumplimiento, al momento de celebrarse el contrato.
- (5) Artículo 9:503. Previsibilidad. La parte que incumple sólo responde de las pérdidas que haya previsto o que hubiera podido prever razonablemente en el momento de la conclusión del contrato como consecuencia lógica de su incumplimiento, salvo que el incumplimiento sea deliberado o gravemente negligente.
- (6) Artículo III. 3:703. Previsibilidad. En una obligación derivada de un contrato u otro acto jurídico, el deudor es responsable únicamente de los daños que previó, o cabe razonablemente esperar que previó, en el momento en que contrajo la obligación como resultado probable de un incumplimiento, salvo que este fuese deliberado, imprudente o gravemente negligente.
- (7) Artículo 161. Previsibilidad de las pérdidas. El deudor será responsable únicamente de las pérdidas que previó, o cabía esperar que previera, en el momento en que se celebró el contrato, como resultado de un incumplimiento.
- (8) Artículo 107. De la previsibilidad del perjuicio indemnizable. (1) El deudor responde de los perjuicios previsibles al tiempo de celebración del contrato y que provengan del incumplimiento. (2) En caso de dolo o culpa grave, el deudor responde de todos los perjuicios que sean consecuencia del incumplimiento.



una mejor comprensión del límite de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar.

En efecto, la doctrina a la que me refiero, que antes concebía a la previsibilidad del artículo 1321 como un “dogma” de la responsabilidad contractual que convendría dejar atrás, corrige esa aproximación inicial para afirmar, en esta reciente postura, que “el criterio para diferenciar la responsabilidad extracontractual de la responsabilidad por inejecución de obligaciones es [nada menos que] la previsibilidad” (Fernández, 2019, p. 42), la que entiende como “la posibilidad de anticipar eventos y consecuencias futuras, internalizando el coste del riesgo” (Fernández, 2019, p. 45).

Esta forma de concebir la regla que nos ocupa permitiría a su vez una comprensión más clara del artículo 1321 del Código Civil, el cual acogería, por un lado, la causalidad material o fáctica (en la fórmula de las “consecuencias inmediatas y directas”), y, de otro lado, el criterio de la previsibilidad, el cual operaría limitando la extensión de la causalidad (Fernández, 2019, p. 45). Asimismo, la previsibilidad se vincula “al carácter específico y concreto del interés, evaluado en función a la economía global del contrato”, permitiendo afirmar que:

Si los sujetos vinculados por la relación de obligación son los que están en mejor posición de prever todo aquello que pueda impedir el cumplimiento de esta, entonces cualquier daño debe limitarse a aquel que pudo preverse al tiempo de concertarse la obligación (Fernández, 2019, p. 47).

El giro que presenta esta doctrina es sumamente valioso, porque, aunque no termina de evidenciar toda la riqueza que se esconde tras la regla de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar, rescata al último párrafo del artículo 1321 de una incorrecta interpretación que en la práctica lo ha conducido al desuso; e invita también –aunque sea de manera implícita– a gran parte de la doctrina, pero sobre todo a la judicatura nacional, a cuestionarse sobre la corrección de seguir asumiendo –muchas veces de manera acrítica– una aproximación totalmente unificadora de la responsabilidad civil que lleva a desconocer las particularidades de la responsabilidad derivada del incumplimiento de un contrato, con consecuencias negativas en la justa solución de los casos concretos y en la dinámica contractual. Sin embargo, parte de un concepto de previsibilidad (Fernández, 2022, pp. 323-326) que, en mi opinión, todavía puede ser corregido.

### **3. De la previsibilidad unilateral a los intereses tutelados por el contrato. Breve aproximación a la regla de la previsibilidad de los daños desde el Derecho comparado**

A pesar del giro advertido a nivel de doctrina nacional, me parece que queda algo por decir respecto de la cabal comprensión

de la regla que se viene comentando, pues como intentaré demostrar a continuación, una cosa es rescatarla del olvido planteando la previsibilidad en términos de anticipación de los posibles eventos dañosos o de los que pueden impedir el cumplimiento, y otra, ciertamente distinta, reconducir la regla a la necesaria determinación de los intereses tutelados por el contrato.

#### **3.1. Una regla de remisión al “fin de protección del contrato” como criterio de imputación objetiva de los daños materialmente causados**

En efecto, entender la regla de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar como la posibilidad de anticipación de futuros eventos dañosos, equivale, en el fondo, a plantearla en términos de previsibilidad unilateral por parte de alguno de los sujetos contratantes. Específicamente, los daños que, al tiempo de contratar, el deudor conocía o pudo conocer que sufriría el acreedor en caso de incumplimiento del contrato.

Conforme a este significado, lo que el deudor unilateralmente previó o pudo prever determina el riesgo del incumplimiento (daño) que le es atribuido. Esta es, en efecto, la forma “ortodoxa” de entender la regla o, para ser más precisos, la que ha alcanzado mayor difusión.

Sin embargo, la doctrina más moderna –y no solo la perteneciente al derecho europeo continental sino también la del *common law*– ha planteado desde hace algún tiempo una interpretación renovada de la regla, que en un sentido resulta más acorde con el significado inicial que le atribuyó Pothier en los numerales 160 al 165 de su “Tratado de las Obligaciones” (Pothier, 2007, pp. 87-93). Conforme a esta renovada –o mejor, “recuperada”– comprensión, la imputación del daño al deudor no se basa en lo que este último previó o pudo unilateralmente prever, sino en lo previsto por las partes en el contrato (lo que los alemanes llamarán “fin de protección del contrato”), exigiendo, por ende, una interpretación de su contenido. En definitiva, conforme a este significado de la regla, es el propio contrato, y no el conocimiento unilateral del deudor, el que



fundamenta la obligación de indemnizar los daños derivados del incumplimiento.

En esta línea, mostraré brevemente cómo ha evolucionado, en el sentido antes indicado, la regla de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar en el Derecho comparado, para luego recoger dicha renovada concepción e interpretar, a la luz de esta, el tercer párrafo del artículo 1321 del Código Civil peruano.

### 3.2. La evolución de la regla de la previsibilidad en el Derecho comparado

Abordando la razón de ser y correcta comprensión del límite que nos ocupa, Reinhard Zimmermann ha recordado que “[s]e suele indicar como justificación de la regla de la previsibilidad, que la parte que incumple, en el momento de decidir si concluye el contrato y, en tal caso, en qué términos (...), no pudo tomar en consideración las consecuencias no razonablemente previsibles del incumplimiento” (2019, pp. 99-100). Sin embargo, con evidente talante crítico, él mismo se encarga de precisar que, en realidad, “centrar el foco de atención en la noción de previsibilidad [unilateral del deudor] puede que no sea el mejor modo de comprender la naturaleza normativa de la investigación que es necesario llevar a cabo para limitar la responsabilidad del deudor”; afirmando a continuación que “[l]a cuestión de fondo es la asunción del riesgo de la responsabilidad”. En otras palabras –sentenciará el profesor alemán– la cuestión de “[c]ómo se distribuye el riesgo entre las partes no depende necesariamente de lo que una de ellas [el deudor] pudiera razonablemente prever, sino de lo que las partes han acordado o puede entenderse que han acordado. Es, pues, una cuestión de interpretación del contrato y de determinar [a] qué interés servía el deber contractual que ha sido infringido” (Zimmermann, 2019, p. 100)<sup>(9)</sup>.

Esta vinculación entre interés contractual y asunción –o distribución– de riesgos del incumplimiento, es abordada en Alemania a través de la doctrina del “fin de protección del contrato”, la cual constituye el resultado de una interesante evolución del sistema alemán que, a partir de los planteamientos de Ernst Rabel, ha permitido subsanar la exclusión –por los redactores del BGB– de la regla histórica de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar (Morales, 2010, p. 94).

Bien entendida, esta doctrina permite afrontar el problema de la delimitación de la responsabilidad como lo que verdaderamente es, es decir, como un problema teleológico –establecer el fin de protección del contrato, definir el interés protegido cuya lesión es fuente de responsabilidad– que hace

innecesaria, al menos en sede contractual, la aplicación de la teoría de la adecuación (casualidad adecuada), pues “la doctrina alemana reconoce [...] que el agente del daño debe indemnizar los daños extremadamente improbables, si la norma de protección contempla ese riesgo. Y, a la inversa, que no tiene que indemnizar los daños probables (desde el punto de vista de la teoría de la adecuación) si no contempla ese riesgo la norma de protección” (Morales, 2010, p.152).

Por lo demás, esta doctrina del fin de protección del contrato, de origen alemán, ha sido recogida no solo por un sector importante de la doctrina española (Pantaleón, 1991, p. 1026; Carrasco, 2010, pp. 1248-1249), sino también por alguna jurisprudencia de ese país, que la ha vinculado a la regla de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar. Así, mediante STS de 17 marzo 2011 (RJ 2011, 288), el Tribunal Supremo denegó la indemnización por la pérdida de la ganancia (lucro cesante) que el vendedor pensaba obtener con la inversión del precio de venta en valores mobiliarios, la cual se vio frustrada porque dicho precio no le fue pagado oportunamente por el comprador. El razonamiento del TS se habría basado en que la adquisición de valores mobiliarios con el producto de la venta constituía un destino que no podía considerarse inherente al contrato incumplido y, por ende, no era posible calificarlo como un daño previsible (Ruiz, 2016, p. 421).

De igual modo, en la STS de 10 febrero de 2014 (RJ 2014, 2502), el Tribunal Supremo desestimó la pretensión indemnizatoria planteada por el vendedor de unos terrenos como consecuencia de la resolución por incumplimiento del correspondiente contrato de compraventa. El vendedor solicitó la restitución de los inmuebles y, como indemnización, la diferencia entre el precio pactado y el valor actual de los inmuebles en el mercado, el cual era considerablemente inferior debido a la crisis por la que atravesaba

(9) El autor ejemplifica esta idea con el caso propuesto en el siglo XVI por Molineo, referido al carpintero que vende una caja de madera para transportar fruta, en el que el vendedor no responde del daño que sufre el comprador por haber usado la caja para colocar vino que luego se derramó, señalando que, en este caso, no podía razonablemente entenderse que el carpintero había asumido el riesgo de que la caja no fuera apropiada para ser usada como barrica, ello en atención a la finalidad para la cual había sido vendida.



el sector inmobiliario en España. El TS denegó la indemnización bajo el argumento de que la crisis en el sector inmobiliario era una circunstancia ajena al contrato sobre la cual el deudor incumplidor no tenía ningún control y que, por esa razón, la indemnización pretendida no respondía al interés protegido por el contrato, ergo, no era un daño que las partes previeron al tiempo de contratar (Ruiz, 2016, p. 422).

Fuera del ámbito del derecho europeo continental, en un interesante trabajo (Gregoraci, 2011) sobre la evolución de la *remoteness rule* en el Derecho inglés, se ha señalado que la mencionada regla se encuentra en la actualidad sometida a un importante proceso de revisión, en el que la interpretación tradicional (*orthodox approach*) –según la cual la determinación de si un daño es o no demasiado remoto (*too remote*) y, en consecuencia, si es o no indemnizable (los daños demasiado remotos no lo son) depende de lo que al momento de la celebración del contrato pudo ser contemplado o conocido como una consecuencia previsible del incumplimiento– ha cedido espacio a una nueva y moderna aproximación (*broader approach*), que si bien, inicialmente fue solo un planteamiento doctrinal, logró luego reconocimiento jurisprudencial en la sentencia pronunciada en el caso *Transfield Shipping Inc v. Mercator Shipping Inc*<sup>(10)</sup> (más conocido como *The Achilles*), al señalar que no basta con preguntarse si el daño pudo o no conocerse como una consecuencia previsible del incumplimiento, debiendo en todo caso preguntarse si el demandado, al celebrar el contrato, asumió la responsabilidad por ese tipo de daño; es decir, si el deudor asumió o no ese riesgo del incumplimiento. Para un sector de la aproximación moderna, la respuesta a esta pregunta exigirá una labor de interpretación objetiva del contrato para encontrar la distribución de riesgos implícita en el mismo, mientras que otro sector planteará la necesidad de una labor de integración contractual para arribar a una distribución “justa” de los riesgos.

En efecto, la formulación tradicional de la *remoteness rule*, que tiene su origen en *Hadley v. Baxendale*<sup>(11)</sup>, *Victoria Laundry (Windsor) v. Newman Industries*<sup>(12)</sup> y *Koufos v. C. Czarnikow Ltd (The Heron II)*<sup>(13)</sup>, planteará que “es indemnizable lo que es previsible; y lo que es previsible depende del conocimiento [“real” o “imputado” de las circunstancias por el deudor] existente en el momento de la celebración del contrato” permitiendo afirmar que “el daño no es demasiado remoto si, en el momento de la celebración del contrato y conforme al conocimiento real o imputado de las circunstancias su acaecimiento no es inverosímil (*not unlikely*)” (Gregoraci, 2011, pp. 132-133).

Los hechos de *Hadley v. Baxendale* permiten explicar esta formulación:

El demandante, propietario de un molino, celebró un contrato de transporte con el demandado, en virtud del cual este último acordó llevar un cigüeñal roto del molino del demandante a un ingeniero externo para su reparación y luego devolver el cigüeñal al demandante una vez completadas las reparaciones. Incumpliendo el contrato, el demandado retrasó la entrega del cigüeñal al ingeniero externo y esto resultó en una pérdida total de producción en el molino por cinco días adicionales. El demandante reclamó daños y perjuicios por el lucro cesante de los cinco días en que el molino estuvo cerrado como consecuencia del incumplimiento del demandado, pero se sostuvo que el lucro cesante era una consecuencia demasiado remota del incumplimiento y, por lo tanto, no era indemnizable (McKendrick, 2016, p. 863).

Para ser precisos, la demanda fue desestimada porque:

[E]n la gran multitud de casos de dueños de molinos que envían piezas rotas a terceras personas por un transportista en circunstancias ordinarias, tales consecuencias [lucro cesante] con toda probabilidad no habrían ocurrido; y estas circunstancias especiales [que el molino quedaba paralizado porque el propietario del mismo no tenía una pieza de repuesto] nunca fueron comunicadas en este caso por el demandante al demandado. De ello se deduce, por tanto, que el lucro cesante en este caso no puede considerarse razonablemente una consecuencia del incumplimiento del contrato que podría haber sido justa y razonablemente contemplada por las partes al celebrar ese contrato (McKendrick, 2016, p. 864).

Como se puede apreciar, un aspecto fundamental en la interpretación tradicional de la regla en el *common law*, tiene que ver con el conocimiento que al momento de la conclusión del contrato tiene el deudor de las circunstancias que rodean su celebración. En ese sentido, es importante distinguir entre circunstancias ordinarias y circunstancias especiales, porque de dicha distinción resultará el tratamiento que corresponda

(10) Al respecto, véase Sentencia *Transfield Shipping Inc v. Mercator Shipping Inc*, de United Kingdom House of Lords (2008).

(11) Al respecto, véase Sentencia *Hadley v. Baxendale*, de Exchequer Cour (1854).

(12) Al respecto, véase Sentencia *Victoria Laundry (Windsor) Ltd v. Newman Industries Ltd*, de Court of Appeal (1949).

(13) Al respecto, véase Sentencia *C Czarnikow Ltd v. Koufos or The Heron II*, de United Kingdom House of Lords (1969).



dar al conocimiento que pueda tener el deudor de unas y otras. Como consecuencia de ello, se determinará qué daños, dentro de todos los materialmente causados por el incumplimiento, pueden serle imputados. Así, el conocimiento de las circunstancias ordinarias es un conocimiento “imputado” porque siempre se presume, mientras que el conocimiento de las circunstancias especiales debe ser un conocimiento necesariamente “real” que no cabe presumir (Gregoraci, 2011, p. 132).

En otras palabras, se imputa directamente al deudor el conocimiento –y el daño– que se refiere a las circunstancias ordinarias del caso. Sin embargo, el conocimiento relativo a las circunstancias especiales debe ser siempre real y probado para que los daños vinculados a esas circunstancias puedan serle imputados. Adicionalmente, no basta que el deudor haya adquirido un conocimiento meramente casual de las circunstancias especiales, pues es fundamental que haya sido el propio acreedor quien se las haya comunicado, no existiendo sin embargo uniformidad de criterios sobre si es suficiente la mencionada comunicación para imputar al deudor la responsabilidad por los daños vinculados a dichas circunstancias (*Koufos v. C. Czarnikow Ltd (The Heron II)*) o si además es necesario que el deudor haya aceptado el riesgo vinculado a las mismas (*British Columbia Saw Mill Co v. Nettleship*<sup>(14)</sup>; *Mulvenna v. Royal Bank of Scotland plc*<sup>(15)</sup>) (Gregoraci, 2011, pp. 139-140).

En cualquier caso, se puede afirmar que conforme a la interpretación tradicional de la *remoteness rule*, el deudor responde –a falta de conocimiento real y probado de las circunstancias especiales del caso– solo de aquellos daños que conforme a las circunstancias ordinarias se deriven del incumplimiento, pues se presume que dichas circunstancias ordinarias son conocidas por el deudor al momento de celebrar el contrato, lo que hace que los daños que se deriven de las mismas sean previsibles.

Frente a esta aproximación que está basada en el conocimiento unilateral por el deudor (imputado o real) de las circunstancias que rodean al contrato al momento de su celebración, la interpretación moderna de la *remoteness rule* cuestiona que la idea de previsibilidad del daño sirva realmente para resolver todos los casos de incumplimiento contractual, especialmente aquellos en los que parezca razonable que un daño, aunque previsible, no deba ser indemnizado, o aquellos en los que el daño, aunque imprevisible, deba indemnizarse; no todo lo que llega a conocimiento del deudor puede ser siempre interpretado como parte de los riesgos asumidos por este último, pero también habrá casos en los que la finalidad contractual y los intereses tutelados por el contrato justifiquen incorporar en la indemnización algún daño vinculado con

una particular circunstancia que el deudor afirme desconocer. Como dirá Lord Hoffmann justificando su posición en *The Achilles*: “en la vida real, la regla de la previsibilidad [entiéndase bajo la concepción tradicional de la *remoteness rule*] es un instrumento no adecuado para explicar todos los casos” (Lord Hoffmann, 2010, p. 53).

Para resolver este problema, la doctrina inglesa moderna propone una interpretación alternativa de la previsibilidad que permita entenderla ya no como lo conocido por las partes o por una de ellas, sino como lo “previsto” por ambas, es decir, como lo pactado por las partes en el contrato. De este modo, la *remoteness rule* se convertirá nada menos que en una regla de remisión al propio contrato, donde la determinación de si un daño es o no demasiado remoto (*too remote*) dependerá de la interpretación o integración contractual que en el caso concreto se haga.

Así, para el sector de la doctrina inglesa que planteará que la determinación de los daños “no remotos” es una cuestión de interpretación contractual, esta última deberá partir de una averiguación acerca de la finalidad de la obligación asumida e incumplida por el deudor, debiendo considerar según la tesis de la *assumption of responsibility* de Lord Hoffmann, que el daño es “no remoto” si se logra determinar que el deudor asumió el riesgo de dicho daño al celebrar el contrato, para lo cual se deberá interpretar los términos y condiciones del acuerdo (Gregoraci, 2011, pp. 144-145).

Esta especie de test, relativo a la finalidad de la obligación o deber incumplido, propuesto por Lord Hoffmann, va a coincidir con la tesis de la *instrumental promises theory* de Tettenborn, según la cual los daños y perjuicios se justifican en la medida que compensan la pérdida de los beneficios que se esperaba obtener con la celebración del contrato, los que solo podrán ser identificados a partir del contenido y finalidad del mismo (Tettenborn, 2007, p. 135). En efecto, para Tettenborn, la celebración del contrato le concede al acreedor no solo el derecho de cumplir las prestaciones a su cargo, sino también el

(14) Al respecto, véase Sentencia *British Columbia Saw Mill Co Ltd v. Nettleshi*, de Court Of Common Pleas (1868).



derecho de exigir a la otra parte los beneficios asociados a dicho cumplimiento, de modo que la indemnización deberá cubrir los daños relativos a la frustración de los beneficios esperados como consecuencia del propio cumplimiento (Gregoraci, 2011, pp. 145-146).

Estas tesis que proponen acudir a la interpretación objetiva del contrato para determinar los daños indemnizables a partir del descubrimiento de la finalidad del deber asumido e incumplido, encuentran al frente otra tesis que, si bien igualmente parte de criticar la aproximación tradicional a la *remoteness rule*, plantea ya no una indagación de lo acordado o previsto por las partes en el contrato, sino más bien una labor de integración del mismo en manos del juez, quien será el encargado de arribar a una distribución “justa” de los riesgos entre las partes, considerando para ello una serie de criterios de distinta naturaleza (Gregoraci, 2011, p. 147). No obstante, como se puede fácilmente advertir, esta tesis lleva latente el riesgo de discrecionalidad del juzgador, quien lejos de indagar en el propio contrato podría verse tentado a reescribirlo en nombre de la justicia y la equidad, razón por la cual las tesis que abogan por una labor de interpretación del acuerdo –antes que por una integración (creación judicial) de su contenido– parecen tener mayor aceptación.

Justamente, en el famoso caso *The Achilles* se hará presente la aproximación moderna a la *remoteness rule* desde la tesis de la interpretación contractual sostenida por Lord Hoffmann. Los hechos del caso fueron los siguientes: El fletador (*Transfield Shipping Inc*) de un barco (el *Achilles*), lo devolvió a su propietario (*Mercator Shipping Inc*) después del plazo acordado. Como consecuencia de esta demora, el propietario, ante la imposibilidad de entregar a tiempo el barco a un siguiente fletador con quien tenía celebrado otro contrato, tuvo que renegociar los términos de este acordando una tarifa reducida de alquiler. *Mercator* afirmó que la diferencia entre la nueva tarifa y el precio inicialmente acordado con el nuevo fletador ascendía a \$ 8,000.00 por día durante toda la duración del contrato (que fue de 191 días); por lo tanto, reclamó US\$ 1'364,584.00 en daños (lucro cesante). Por su parte, *Transfield*, si bien reconoció el incumplimiento, alegó que su responsabilidad por la demora (extensión del daño indemnizable) se limitaba a la diferencia entre el precio de mercado y la tarifa resultante de la renegociación, y sólo por los nueve días durante los cuales el propietario se vio privado del uso del barco, de modo que, en su posición, los daños ascendían tan solo a US\$ 158,301.17. Finalmente, la *House of Lords* acogió la defensa de la demandada, considerando que su responsabilidad debía limitarse conforme al último planteamiento (McKendrick, 2016, p. 878).

Para McKendrick, este caso parece indicar un nuevo enfoque para la determinación de los daños recuperables,

conforme al cual ya no bastaría con demostrar que el perjuicio sufrido es una consecuencia razonablemente previsible del incumplimiento, pues para decidir si el daño es recuperable o no, puede ser importante preguntarse si el demandado aceptó la responsabilidad –asumió el riesgo– precisamente por ese daño respecto del cual se presentó la demanda. Además, la expectativa del mercado también parecería ser un factor importante para tener en cuenta a la hora de decidir si el demandado debe ser considerado responsable de la pérdida sufrida:

Lord Hoffmann y Lord Hope dieron importancia a la cuestión de si el demandado, objetivamente, asumió la responsabilidad por la pérdida en cuestión. Lord Hoffmann, en particular, trató de trasplantar el enfoque adoptado en *South Australia Asset Management Corp v. York Montague Ltd* (Court of Appeal, 1997) al derecho de contratos de manera general. Por lo tanto, para él, era importante decidir si la pérdida por la que se solicita la indemnización es de la “clase” o del “tipo” por el que se debe considerar justamente que el infractor del contrato asumió responsabilidad (Court of Appeal, 2003). Debe notarse su analogía con el derecho relativo a los *implied terms* (Exchequer Court, 1854), un punto que desarrolló en su sentencia en *Attorney-General of Belize v. Belize Telecom Ltd* (Privy Council of the United Kingdom, 2009). Sobre los hechos del presente caso, sostuvo, teniendo en cuenta las expectativas del mercado según lo señalado por los árbitros que conocieron inicialmente el caso, que las partes contratantes no habrían considerado los daños derivados de una eventual pérdida del siguiente contrato de alquiler, como un tipo o clase de daño que el fletador estaba asumiendo como parte de su responsabilidad (McKendrick, 2016, p. 885).

En definitiva, al menos en este caso, la idea de previsibilidad entendida como conocimiento, cedió paso a la idea de previsibilidad como lo pactado por las partes, como la finalidad de los deberes comprometidos y, por tanto, como los riesgos razonablemente asumidos en el contrato.



#### 4. Hacia una interpretación renovada de la regla de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar en el Derecho peruano

Pues bien, conforme a esta moderna aproximación que se abre paso en el Derecho comparado, se puede afirmar que la regla de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar implica una remisión a los fines protegidos por el contrato, más específicamente, a los intereses tutelados por el mismo; y, por ende, a los riesgos asumidos por las partes, en especial por el deudor; y es esa la aproximación que, en mi opinión, debe primar al momento de interpretar el tercer párrafo del artículo 1321 del Código Civil peruano.

En otras palabras, si el incumplimiento obedece a culpa leve (porque según la propia norma este límite del *quantum* no se aplica para incumplimientos dolosos o por culpa inexcusable, ni en casos de responsabilidad extracontractual), sólo serán resarcibles aquellos daños –dentro de todos los materialmente causados por el incumplimiento– que impliquen una lesión a los intereses tutelados por el contrato, ya sea que esos intereses hayan sido expresamente recogidos en su texto, o que, encontrándose implícitos, puedan extraerse a partir de la interpretación e integración contractual.

Como se ha expresado en otro lugar (Ugarte, 2019, p. 128), la regla de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar, como límite de la extensión del resarcimiento, es una exigencia que emana de la propia naturaleza de la responsabilidad por incumplimiento contractual, en la que preguntarse por los daños previstos o que pudieron prever las partes al momento de la celebración del contrato, no es otra cosa que preguntarse acerca de los intereses tutelados por el mismo, intereses que, en caso de lesión por el incumplimiento de la contraparte, son los que determinan los daños susceptibles de resarcimiento, pues marcan los riesgos asumidos por el deudor (Lacruz et al., 2001, p. 207).

En este sentido, conviene precisar que la previsibilidad a la que se refiere el artículo 1321 del Código Civil, lejos de ser entendida como lo que pudo anticipar o conocer unilateralmente el deudor al momento de contratar, es en realidad una remisión al propio contrato. En otras palabras –siguiendo la línea de argumentación propuesta por Morales Moreno para el artículo 1107 del Código Civil español– se puede sostener que el artículo 1321 es una norma, en lo que a la previsibilidad se refiere, puramente enunciativa, que nos remite a “lo previsto o pactado en el contrato”, el cual debe ser adecuadamente interpretado para identificar los intereses contractuales y, consiguientemente, determinar los daños indemnizables en caso de incumplimiento (Morales, 2010, pp. 158-169).

De esta manera, la función que cumple la regla de la previsibilidad de los daños no es otra que la de establecer que el “fin de protección del contrato” –expresión utilizada en Alemania como equivalente a “los intereses tutelados por el contrato”– se determina fundamentalmente sobre la base de lo acordado por las partes en ejercicio de su autonomía privada. Sin embargo, como no es frecuente que los contratantes pacten sobre todos los daños indemnizables (no hay contratos completos o perfectos), es muy probable que, una vez ocurrido el incumplimiento y producido el daño, las partes no estén de acuerdo sobre qué daños deberán ser indemnizados. Por esta razón, será necesario acudir a la interpretación –y excepcionalmente a la integración– del contrato para determinar qué intereses están tutelados (fin de protección) y, consecuentemente, qué daños deben ser indemnizados. Asimismo, toda vez que conforme a esta interpretación el criterio de imputación de los daños se basa en el contrato y no en la previsibilidad (conocimiento) unilateral del deudor, habrá daños que al contratar sean previsibles unilateralmente pero que no sean indemnizables por hallarse fuera del fin de protección del contrato, y daños no previsibles unilateralmente pero que sí sean indemnizables, por estar comprendidos dentro de él (Morales, 2010, pp. 164-168).

De esto último se desprende una diferencia muy importante –pero que suele pasar desapercibida– entre el régimen de la responsabilidad por inexecución de obligaciones (con mayor razón cuando estas tienen fuente contractual) y el régimen de la responsabilidad aquiliana. En efecto, mientras que en la responsabilidad extracontractual el criterio de imputación objetiva de los daños materialmente causados por la infracción del *neminem laedere* es principalmente –aunque no el único– el criterio de la “adecuación” (artículo 1985 del Código Civil) que opera sobre la base de parámetros de normalidad, posibilidad, probabilidad y razonabilidad (Díez-Picazo & Gullón, 2005, p. 549); en el régimen de la responsabilidad por incumplimiento contractual el criterio de la “adecuación”, entendido en los términos recién indicados,



podría resultar hasta cierto punto irrelevante, pues lo que realmente importa no es si los daños invocados por el acreedor son consecuencia posible o probable –considerando el curso ordinario de las cosas– del incumplimiento de su deudor, sino más bien si dichos daños constituyen lesión a alguno de los intereses del acreedor tutelados por el contrato y, por ende, si constituyen un riesgo asumido por el deudor al tiempo de la celebración. En otras palabras, lo que importa es determinar si fue un daño que se pueda calificar dentro de lo “previsto” por las partes en el contrato, siendo perfectamente posible, como ya se dijo, que lo “ordinario” haya sido excluido por ellas y que lo extraordinario e imprevisible, en términos de anticipación unilateral, haya sido elevado, en ejercicio de su autonomía privada, a la categoría de fin de protección del contrato.

En ese sentido, por ejemplo, el eventual interés del comprador en obtener una ganancia con la reventa de los bienes adquiridos de su vendedor, no siempre será un interés tutelado por el contrato de compraventa y, en consecuencia, el lucro cesante (frustración de la ganancia esperada con la operación de reventa) que pudiera ser materialmente causado por la falta de entrega oportuna de los bienes por el vendedor, no siempre será un daño que este último deba resarcir al comprador, por la sencilla razón de que, a pesar de existir causalidad material o fáctica, no siempre será un daño previsto (pactado) por las partes al momento de la celebración del contrato, y que el deudor asumió como riesgo del incumplimiento. Dependerá de si el comprador es o no un comerciante y de si el vendedor conocía o no dicha actividad o al menos estaba en condiciones de no ignorarla. Según la respuesta que se dé a estas interrogantes podrá determinarse si la ganancia esperada por el comprador con la operación reventa era un interés tutelado (previsto) por el contrato y, en consecuencia, si el vendedor debe o no asumir los riesgos relativos a dicha operación (Ugarte, 2022a, p. 359).

Por lo mismo, se entenderá fácilmente que, por ejemplo, para el análisis del carácter resarcible del daño moral, la regla de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar resultará fundamental. Al tratarse de un daño no patrimonial, habrá primero que determinar sobre qué intereses de esa naturaleza recae la lesión, para luego afirmar si pueden o no ser considerados como tutelados por el contrato en particular. Así, volviendo al ejemplo de la compraventa con fines de reventa, es posible que el comprador alegue una lesión a su buen nombre y reputación en el mercado como consecuencia de no poder cumplir con los compromisos asumidos con sus clientes. Sin embargo, para incluir ese daño en el monto indemnizatorio, habrá primero que determinar si dicho interés puede ser

considerado, o no, como uno tutelado por ese contrato de compraventa en particular –o lo que es lo mismo, si el vendedor asumió el riesgo por la lesión a dicho interés–, más aún cuando no parece ser un interés típico de los contratos de compraventa.

En la misma línea, la controvertida cuestión sobre la indemnización de los daños al interés contractual de integridad o conservación, cuya satisfacción dice relación con el cumplimiento o no de los denominados “deberes de protección”, dependerá en última instancia de que dichos daños puedan ser considerados dentro de los riesgos asumidos en el contrato por las partes, es decir, dentro de los daños previstos por las partes al tiempo de contratar. En efecto, ya que la figura de los “deberes de protección” no es más que una categoría jurídica (situación jurídica subjetiva) creada para brindar cobertura a la tutela del interés de integridad –o conservación– de las partes en un contrato, lo que corresponde es verificar, vía interpretación e integración contractual, si dichos intereses han sido previstos por los contratantes como parte del fin de protección de su contrato y, por ende, si la lesión que eventualmente podrían sufrir forma parte de los riesgos asumidos por el deudor. De esto se desprende que más allá de la importancia innegable que tiene el principio de buena fe como fundamento para la integración contractual de los deberes de protección (Ugarte, 2022b, pp. 511-522), es finalmente la regla de la previsibilidad la que permitirá establecer si la infracción a dichos deberes –en caso de culpa leve– forma parte, o no, de la extensión del resarcimiento (*quantum respondeatur*) en el caso concreto.

Es importante precisar que, según el tenor literal del artículo 1321 del Código Civil, la regla de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar constituye un límite del *quantum respondeatur* que se aplica única y exclusivamente a los incumplimientos por culpa leve (la cual se presume<sup>(16)</sup>), de modo que si el acreedor lograra probar que el incumplimiento obedeció a dolo o culpa

(15) Al respecto, véase Sentencia Mulvenna v. Royal Bank of Scotland PLC, de Court of Appeal (2003).

(16) Artículo 1329. Se presume que la inexecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor.



inexcusable<sup>(17)</sup>, el límite de la previsibilidad no será aplicable y podrán ser indemnizados también los daños imprevisibles, siempre y cuando exista una relación de causalidad (fáctica o material) entre el incumplimiento y esos daños.

Como se puede apreciar, la prueba del dolo o de la culpa inexcusable determinan que el criterio de imputación objetiva por excelencia en sede contractual (criterio de la “previsibilidad”), ceda paso a otros criterios delimitadores del *quantum respondeatur* (como podría ser el de la “adecuación”), generándose así un notable acercamiento –en lo relativo a la extensión del daño indemnizable– entre los dos regímenes de la responsabilidad civil recogidos en el Código Civil. Pero nótese que esta situación es excepcional en el Derecho peruano, pues lo cierto es que si el acreedor perjudicado no logra acreditar que el incumplimiento de su deudor obedeció a dolo o culpa inexcusable, el límite de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar (fin de protección del contrato) se impondrá como criterio de imputación objetiva y como elemento distintivo del régimen de la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones de fuente contractual.

## 5. Conclusiones

Por lo antes dicho, se puede arribar a las siguientes conclusiones:

- La regla de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar recogida en el último párrafo del artículo 1321 del Código Civil peruano, implica que es el propio contrato el que fija los intereses tutelados y, por ende, los daños que, en caso de incumplimiento, deberán ser resarcidos por el deudor. En otras palabras, sólo ingresarán en el monto resarcitorio aquellos daños que, para empezar, tengan como causa material el incumplimiento por culpa leve del deudor y que constituyan una lesión a los intereses tutelados por el contrato (intereses en la prestación por supuesto, pero también otro tipo de interés contractual, como el de integridad o conservación, de ser el caso), que son aquellos que las partes previeron como tutelables al momento de su celebración.
- Cuando se alude a lo previsto por las partes o a lo que ellas pudieron prever en el contrato, no se está haciendo referencia a lo conocido o anticipado por las partes o por una de ellas, sino a lo “previsto” por ambas, es decir, a lo pactado por las partes en el contrato. De este modo, la regla de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar, recogida en el artículo 1321, es una regla de remisión al propio contrato, donde la determinación de

si un daño es o no previsible y, junto con ello, indemnizable, dependerá de la interpretación o integración contractual que se haga.

- Producido un incumplimiento contractual, es posible encontrarse con daños que podrían considerarse como una consecuencia normal y ordinaria del incumplimiento (y, en esa medida, cumplirían con el criterio de la “adecuación” recogido expresamente en sede extracontractual), pero que las partes hayan decidido excluirlos del fin de protección del contrato, de tal forma que queden excluidos de la indemnización por aplicación del criterio normativo de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar. En la misma línea, podría ocurrir también que las partes hayan “previsto” en el contrato, como plenamente indemnizables, ciertos daños que bajo la aplicación del criterio de la “adecuación” quedarían totalmente fuera del *quantum respondeatur* por ser poco probable, o muy extraño, que puedan derivarse del incumplimiento.
- No se debe confundir la “previsibilidad” que suele predicarse del criterio de la “adecuación”, con la “regla de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar”. Mientras que en el primer caso el término tiene que ver con la posibilidad de esperar o anticipar un resultado según el curso ordinario de las cosas, en el segundo se trata de lo pactado –explícita o implícitamente– por las partes en el contrato. Con lo dicho queda suficientemente claro porqué en el ámbito contractual el primer criterio limitativo del alcance de la responsabilidad (*quantum respondeatur*) no es la “adecuación”, sino el criterio del “fin de protección del contrato”, recogido en el artículo 1321 del Código Civil bajo la regla de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar. Además, queda claro también por qué en este trabajo se postula –contrariamente a lo que

(17) Artículo 1330. La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.



sostienen las corrientes unificadoras— que la regla de la previsibilidad cumple un papel fundamental en el régimen de la responsabilidad civil por inexecución de obligaciones de fuente contractual, constituyéndose nada menos que en el criterio distintivo de dicho régimen frente al de la responsabilidad aquiliana.

- La regla de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar es el primer criterio normativo establecido por el legislador peruano para delimitar el alcance de la responsabilidad cuando el incumplimiento del deudor ha sido por culpa leve. Sin embargo, a partir de una interpretación *contrario sensu* de lo establecido en el propio artículo 1321, cabe concluir que la situación cambia cuando el incumplimiento es imputado al deudor a título de dolo o culpa inexcusable. En estos casos, la regla de la previsibilidad cede paso a otros criterios normativos de posible aplicación, como podría ser el de “adecuación” (o algún otro pertinente en el caso concreto), para dar cabida a la indemnización de los daños imprevisibles o no “previstos” por las partes al momento de contratar.

## Referencias bibliográficas

Carrasco Perera, A. (2010). *Derecho de contratos*. Editorial Thomson Reuters Aranzadi.

Corral Talciani, H. (2009). La regla de la previsibilidad de los daños contractuales: un ejemplo de la influencia de la doctrina de Pothier en las tradiciones de Derecho civil continental y de *Common law*. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 16(2), 141-142. <https://doi.org/10.22199/S07189753.2009.0002.00005>

Díez-Picazo, L. & Gullón, A. (2005). *Sistema de Derecho Civil* (9ª ed., Vol. 3). Tecnos.

D’Ors, A. (1996). Claves conceptuales. *Verbo*, (345-346), 505-526.

Espinoza Espinoza, J. (2016). *Derecho de la responsabilidad civil* (8ª ed.). Instituto Pacífico.

Espinoza Espinoza, J. (2022). Artículo 1321.- Indemnización por dolo, culpa leve e inexcusable. En J. Espinoza (Dir.), *Nuevo Comentario del Código Civil Peruano* (Tomo VIII, pp. 176-205). Instituto Pacífico.

Fernández Cruz, G. (1997). Los supuestos dogmáticos de la responsabilidad contractual: la división de sistemas y la previsibilidad. En G. Fernández & A. Bullard (Dirs.), *Derecho Civil Patrimonial* (pp. 255-293). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Fernández Cruz, G. (2019). *Introducción a la responsabilidad civil*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Fernández Cruz, G. (2022). Los supuestos dogmáticos de la responsabilidad contractual: la división de sistemas y la previsibilidad. En E. Buendía y R. Mayor (Comp.), *Escritos reunidos de derecho civil patrimonial* (pp. 295-326). Instituto Pacífico.

Gregoraci Fernández, B. (2011). Daños indemnizables en el derecho contractual inglés: hacia una revisión de la remoteness rule. *Anuario de Derecho Civil*, fasc. 1, 125-156.

Lacruz Berdejo, J., Sancho, F., Luna, A., Delgado, J., Rivero, F. y Rams, J. (2011). *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*. (5ª ed., Vol. 1). Dykinson.

Lord Hoffmann (2010). The Achilleas: custom and practice or foreseeability?. *Edinburgh Law Review*, 14(1), 47-61.

McKendrick, E. (2016). *Contract Law. Text, Cases and Materials* (7th ed.). Oxford University Press.

Morales Moreno, A. (2010). *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Editorial Thomson Reuters.

Pantaleón Prieto, F. (1990). Causalidad e imputación objetiva: Criterios de imputación. En Asociación de Profesores de Derecho Civil (Ed.), *Centenario del Código Civil (1889-1989)* (Tomo II, pp. 1561-1591). Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.

Pantaleón Prieto, F. (1991). El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate). *Anuario de Derecho Civil*, fasc. 3, 1019-1091.

Pazos Hayashida, J. (2010). Artículo 1321. Factor atributivo de responsabilidad. Quantum indemnizatorio. En M. Muro (Dir.), *Código Civil Comentado. Derecho de Obligaciones* (3ª ed., Tomo VI, pp. 676-683). Gaceta Jurídica.

Pothier, R. (2007). *Tratado de las obligaciones* (2ª ed., G. Cabanellas de Torres, Trad.). Heliasta.

Ruiz Arranz, A. (2016). La doctrina del fin de protección del contrato como vía de delimitación del daño indemnizable en derecho alemán y español. Un análisis comparado. *RJUAM*, (34), pp. 409-440.

Sentencia Attorney-General of Belize v. Belize Telecom Ltd (2009, 18 de marzo). Privy Council of the United Kingdom.

Sentencia British Columbia Saw Mill Co Ltd v. Nettleship (1868). Court Of Common Pleas.

Sentencia C Czarnikow Ltd v. Koufos or The Heron II (1969, 17 de octubre). United Kingdom House of Lords.

Sentencia Hadley v. Baxendale (1854, 23 de febrero). Exchequer Court.

Sentencia Mulvenna v. Royal Bank of Scotland PLC (2003). Court of Appeal.

Sentencia South Australia Asset Management Corp v. York Montague Ltd (1997). Court of Appeal.

Sentencia Transfield Shipping Inc v. Mercator Shipping Inc (2008, 9 de julio). United Kingdom House of Lords.

Sentencia Victoria Laundry (Windsor) Ltd v. Newman Industries Ltd (1949, 12 de abril). Court of Appeal.



Tettenborn, A. (2007). Hadley v Baxendale foreseeability: a principle beyond its sell-by date? *Journal of Contract Law*, 23(1-2), 120-147.

Ugarte Mostajo, D. (2019). La participación del acreedor en la generación del daño. A propósito de una reciente casación en materia de responsabilidad por incumplimiento contractual. *Diálogo con la Jurisprudencia*, (246), 113-137.

Ugarte Mostajo, Daniel. (2022a). Artículo 1326. Reducción del resarcimiento por actos del

acreedor. En J. Espinoza (Dir.), *Nuevo Comentario del Código Civil peruano*. (Tomo VIII, pp. 351-371). Instituto Pacífico.

Ugarte Mostajo, Daniel. (2022b). El interés de integridad o conservación: Razones para su tutela resarcitoria en sede contractual. En L. Barchi, L. León, V. Contreras, H. Campos y E. Buendía (Eds.), *Dogmática y práctica del Derecho privado moderno* (pp. 495-524). Ara Editores.

Zimmermann, R. (2019). *La indemnización de los daños contractuales* (A. Vaquer, Trad.). Ediciones Olejnik. 