
Sobre el resarcimiento del daño por acto ilícito o por incumplimiento y del ocasionado por el retraso en el pago de la indemnización

I. – La sentencia en cuestión extiende el ámbito de aplicación del tema que nos ocupa desde la indemnización de un bien ilegítimamente expropiado al resarcimiento del daño en general.

A este respecto, dicha sentencia instauro un principio extremadamente importante al afirmar que, en lo que concierne a la liquidación del daño, no nos encontramos ante un daño único, sino ante dos tipos de daño diferentes, absolutamente distintos entre sí que requieren una indemnización igualmente distinta.

El primer tipo de daño será el derivado del acto ilícito o del incumplimiento, mientras que el segundo será el ocasionado por el retraso en la prestación de dicha indemnización.

Fuentes: «Giurisprudenza italiana», 1991, I, 1, p. 1227 y ss., y «L'Espressione monetaria nella responsabilità civile», Ed. Cedam, 1994.

El texto comenta la siguiente resolución judicial:

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO italiano núm. 6209, Sección I, de 20 de junio de 1990; Presidente: Granata - Juez ponente: Carbone - MF: Amirante (Conclusión parcialmente divergente); ANAS vs. Scopelliti: «*El daño por incumplimiento ha de liquidarse remitiéndose al momento en el que se produce dicho daño y no al momento de la liquidación. El daño causado por retraso en la prestación consiste en la pérdida de la «utilitas» que el acreedor habría obtenido de la suma de dinero debida en lugar del bien de haberle sido entregada tempestivamente, suma resarcible de forma equitativa con los intereses legales y, en caso de pérdida del poder adquisitivo de la moneda, con la revaluación. Los intereses no deben vincularse al momento final de la taxatio, sino a las distintas y posteriores variaciones del poder adquisitivo periódico.*».

En este sentido, el TS italiano afirma con acierto que «la plena autonomía del retraso respecto del incumplimiento, tanto desde el punto de vista conceptual como de la distinta disciplina positiva».

En el caso de bienes expropiados ilegítimamente el Tribunal identifica el daño básico «en el valor económico del bien perdido» que debe evaluarse «remitiéndose al momento de la pérdida sufrida».

Sin embargo, el daño ocasionado por el retraso se define, correctamente, como «la deseconomía que grava al acreedor por la falta de lucro tempestivo del equivalente de dinero del bien lesionado».

Por lo general ello equivale a estimar el daño causado por acto ilícito o incumplimiento remitiéndose al momento en el que éste se produce y no al momento de la resolución (*rei iudicandae tempus*).

El daño causado por retraso en la prestación se traduce literalmente, en palabras del TS italiano: «en la pérdida de la *utilitas* que el acreedor habría obtenido de la suma originariamente debida en sustitución del bien», al tiempo que abarca la completa extensión temporal del retraso hasta el momento en que tiene lugar la indemnización.

Encontramos un precedente de estas proposiciones en la STJ de Roma, de 22 de febrero de 1988, en *Il Foro italiano*, 1989, I, p. 255, con apostilla y referencias en *Il Foro italiano*, 1989, I, p. 1988.

Como ya anticipó en otra fuente en 1981 ⁽¹⁾, el autor de estas líneas comparte este orden de ideas y ha reiterado y profundizado posteriormente en el tema en otros textos ⁽²⁾.

Esta distinción entre dos tipos de daño (recordemos que el ocasionado por retraso es presuntamente culposo a diferencia del daño por acto ilícito o incumplimiento que puede ser doloso o culposo), no constituye el solo mérito de esta sentencia.

El TS italiano apreció, asimismo, la exigencia de una profundización en los propios dogmas tradicionales dominantes en el ámbito de la responsabilidad civil, y planteó

⁽²⁾ G. VALCAVI, *Il tempo di riferimento nella stima del danno*, en *Rivista di diritto civile*, 1987, II, págs. 31 y ss.; Id., *Indennizzo e lucro del creditore nella stima del danno*, en *Quadrimestre*, 1986, p. 681; Id., *Il problema degli interessi monetari nel risarcimento del danno*, en *Responsabilità civile e previdenza*, 1987, págs. 3 y ss.; en *Il Foro italiano*, 1986, I, págs. 1540 y ss., y también en *Il Foro italiano*, 1988, I, págs. 2318 y ss.

acertadamente el problema de la justificación, en el ordenamiento italiano, del denominado título de deuda.

A este respecto, adquiere una gran importancia otro de los pasajes textuales de la Sentencia del Tribunal, que reza: «nadie pretende negar el origen empírico y casuístico de la categoría del título de deuda que, pese a las objeciones desde el punto de vista conceptual, sigue demostrando una significativa capacidad expansiva, quedando legitimado por su efectividad jurídica».

Quienes vienen atacando desde hace tiempo esta categoría, no sólo desde el punto de vista conceptual –como el autor de estas líneas–, encuentran enormemente significativo el que el TS italiano se haya abstenido de actuar en defensa de esta categoría en el ámbito dogmático.

El autor está cada vez más convencido de que no se puede presumir una deuda que tenga por objeto un valor abstracto o una moneda abstracta que pueda ser considerada, por su parte, un valor o criterio de medida de la moneda en curso legal, puesto que coinciden los conceptos de *mensura* y *mensuratum* con motivo del principio nominalista.

De igual modo, el autor considera completamente opuesto al sistema legislativo italiano el hecho de que el deudor, que no debe incurrir en mora, deba prestar una moneda revalorizada al acreedor, hecho que resulta incluso inconcebible en caso de incurrir en mora el propio acreedor por haber rechazado el ofrecimiento concreto de pago de una suma que se haya revelado adecuada con posterioridad.

La obligación ilíquida –sólida convicción del autor– constituye una obligación pecuniaria y se rige por su específica disciplina.

La sola actualización de los valores traducidos o expresados en moneda presumible en el tiempo es aquella constituida por el cálculo del mero lucro cesante de la cantidad de moneda (*quod interest* conforme al *quod plerumque accidit*), en el período en cuestión.

La remisión a creaciones teóricas como pueden ser la del título de deuda podría quedar justificada como una solución ineludible y equitativa en aquellos sistemas y durante aquellos períodos en los que se hubiese experimentado una hiperinflación (y la consiguiente ampliación del normal rendimiento del dinero

mientras perdure el retraso); sin embargo, dichos sistemas y períodos no gozaban de otra indemnización legal que no fuese el inadecuado tipo de interés del 5%.

Éste fue el caso emblemático de Alemania durante los años 20 y de otros muchos países azotados por la hiperinflación ⁽³⁾.

Una exigencia de esta índole queda fuera de lugar tras la introducción en varios ordenamientos de normas que admiten «el resarcimiento del daño grave por mora», permitiendo así actualizar la deuda sobre la base del rendimiento normal global del dinero (art. 1224.2.º del CC italiano, art. 106 del Código de las Obligaciones suizo y art. 1153 del CC francés, entre otros).

A nivel operativo, la sentencia en cuestión abandona también el método «valorista», aun de forma inconsciente, sintiéndose obligada a afirmar, incluso a razón de exigencias equitativas, que es necesario proceder a «una actualización gradual» del daño en lo que concierne al período posterior a su acaecimiento, y no en una única solución partiendo de aquélla hasta el momento de la liquidación, aun cuando ello contribuya al cálculo de los intereses legales.

Esto mismo equivale a atribuir a la obligación resarcitoria –como veremos más adelante– el carácter de deuda pecuniaria indexada, en lugar de título de deuda. No obstante, la solución propuesta sigue siendo inaceptable, por una parte, por no haber sido legitimada por ninguna norma y, por la otra, por lograr resultados superiores a los obtenidos incluso como resultado de la propia suma o acumulación de revaluación e intereses.

En lo que concierne a los intereses monetarios, el TS italiano da un paso atrás respecto de la precedente Sentencia núm. 3352/1989 ⁽⁴⁾, en la que vuelve a calificar de compensatorios en lugar de moratorios a los intereses.

Asimismo, dicha sentencia reconoce que tales intereses no encuentran justificación «normativa alguna» y se basan únicamente en la equidad.

Esta referencia a la equidad demuestra ser, por un lado, un criterio demasiado genérico y, por otro, contraponerse la

⁽³⁾ G. SCADUTO, *I debiti pecuniari e il deprezzamento monetario*, Milán, 1924, págs. 130 y ss.; G. L. HOLTFRERICH, *L'inflazione tedesca 1914-23*, Bari, 1989, p. 301.

⁽⁴⁾ STS italiano núm. 3352, Sala de lo Civil, de 18 de julio de 1989, en *Il Foro italiano*, 1990, p. 933.

solución contraria de la Sentencia núm. 5299/1989 ⁽⁵⁾ del Pleno, que excluye la acumulación de revaluación e intereses en el caso de los acreedores de divisa e, incluso, de un jubilado. La disparidad de tratamiento y la virtual inconstitucionalidad de un criterio tal debilitan el fundamento de la remisión a la equidad.

En relación con todo lo anterior y dada la importancia de los temas tratados es preciso afrontar un tema que no resultará precisamente breve.

2. – Comenzaremos por la parte de la sentencia en la que, tras distinguir atinadamente entre dos tipos de daño, se afirma que el ocasionado por un ilícito o incumplimiento debe estimarse en función de los valores vigentes en el momento en que se produce.

A este respecto, la STS italiano resulta inequívoca e ineludible.

Dicha sentencia, haciendo referencia a un tipo de acto que se prestaba a una liquidación propensa a la *rei aestimatio*, afirma reiteradamente que «corresponde al sujeto particular el valor económico atribuible al bien en el momento de la pérdida».

Asimismo, afirma sin medios términos que la deseconomía «debe liquidarse no ya en función del valor vigente en el momento de la liquidación, sino del valor estimado concretamente en el momento de la producción» de la pérdida.

Esto equivale a excluir de manera definitiva la remisión al *tempus rei iudicandae*.

El autor de estas líneas anticipó este orden de ideas ya en el texto titulado «*Il tempo di riferimento nella stima del danno*», entre otros, a cuyas profundas motivaciones nos remite, sosteniendo claramente el contenido de la presente sentencia.

Además, parece un contrasentido el que pueda suponerse la conservación de la inversión en el bien, *in natura*, hasta el punto de formular la liquidación del daño sobre la base de los precios vigentes en el momento de la resolución, al tiempo que se considera convertido en un valor líquido, legitimando pues el

⁽⁵⁾ STS italiano núm. 5299, Sala de lo Civil, Sección I, de 1 de diciembre de 1989, en *Il Foro italiano*, 1990, I, p. 427.

disfrute a medio plazo de los intereses legales con motivo de la tardanza en el pago de la indemnización ⁽⁶⁾.

No hace mucho, Luminoso volvía a proponer en el ámbito de la doctrina (especialmente en lo que concierne al daño por rescisión contractual) la opinión favorable a fijar la estimación del daño en el momento de la resolución, aun «siguiendo una línea tendencial».

La solución admitida por el TS italiano ha suscitado la objeción de haber obtenido un escaso consenso por parte de la doctrina y de ser poco articulada al no contemplar una pluralidad de indicaciones ⁽⁷⁾.

Contrariamente, sería preferible adoptar una solución de coherente aplicación basada en el principio de no contradicción. El propio autor infiere del art. 2058 del CC la regla en virtud de la cual el perjudicado tiene derecho al equivalente calculado en el momento final, ya que tendría derecho, hasta aquel preciso instante, a la reintegración específica. En particular, el daño contractual debería valorarse en el momento de la resolución, dado que, en la mayoría de los casos, se tratará de bienes que hayan permanecido (o al menos debería presumirse) en el patrimonio del perjudicado hasta ese momento.

Cabría considerar una excepción tan sólo en caso de incumplimiento de la obligación de dar o hacer entrega de dinero o bienes de consumo inmediato, en cuyo caso sería posible estimar el daño en el momento en que se produce ⁽⁸⁾.

El autor de estas líneas ya ha puesto de manifiesto y demostrado la inadmisibilidad de este razonamiento en otros textos.

Se trata, pues, de observar simplemente que no solamente se presume de forma arbitraria que los bienes integran el patrimonio del perjudicado hasta el momento de la resolución, sino también al valor de reposición y, por si fuera poco, sin gastos de conservación, sin cargas financieras y en

⁽⁶⁾ G. VALCAVI, *L'indennizzo del mero lucro cessante come criterio generale di risarcimento del danno da mora nelle obbligazioni pecuniarie*, en *Il Foro italiano*, 1990, I, págs. 2220 y ss.

⁽⁷⁾ A. LUMINOSO, *Il momento da prendere a base per la determinazione e la stima del danno da risoluzione*, en *Responsabilità civile e previdenza*, 1989, págs. 1072, 1075, nota 21, 1078.

⁽⁸⁾ A. LUMINOSO, *ob. cit.*, págs. 1075 y ss.

contraposición con la *perpetuatio obligationis* ⁽⁹⁾. Nos encontramos ante un criterio del todo discordante con el *quod plerumque accidit*.

Llegados a este punto, hemos de señalar que la regla antes considerada no es deducible del contenido del art. 2058 del CC italiano, puesto que esta norma contempla tan sólo el derecho al resarcimiento del daño «mediante reintegración específica» en los casos en que sea «posible» y no resulte «excesivamente oneroso respecto de aquel otro [en el cumplimiento] por equivalente» ⁽¹⁰⁾. Se trata de una proposición completamente distinta de la que pretendía atribuir el derecho «al cumplimiento específico» hasta la resolución, incluso después de la demanda de resolución del contrato o la resolución *ipso iure*, en contraposición con el art. 1453.3.º del CC italiano.

Dicho autor ha enunciado, asimismo, que una valoración del daño por rescisión referida a un momento anterior a la resolución resultaría «injustamente penalizadora para el perjudicado», en la medida en que la rescisión contractual no cancela el incumplimiento. Se ha afirmado que éste, pese a la resolución del contrato, «conserva inevitablemente su importancia tanto de cara al pasado como al futuro» ⁽¹¹⁾.

Dicho orden de ideas es absolutamente inaceptable.

Es imposible garantizar el cumplimiento siempre y en todo momento de interés del acreedor y, en consecuencia, el hecho de permanecer obligado a la contraprestación superando un período razonable. En caso de demorarse excesivamente el cumplimiento, hecho que implica las consiguientes incógnitas subjetivas y objetivas, aun cuando el valor económico de la prestación exigida pueda generar un beneficio de forma abstracta, el acreedor podría optar por liberarse del vínculo de la propia obligación rechazando la ajena y pretendiendo o exigiendo el resarcimiento del daño.

En definitiva, el ordenamiento concede plena libertad al acreedor para disponer de los propios intereses, optando por lo que más le convenga. ¿Qué otra solución puede proponer el

⁽⁹⁾ G. VALCAVI, *Il tempo di riferimento*, cit., en *Rivista di diritto civile*, 1987, II, págs. 44 y ss.

⁽¹⁰⁾ TRABUCCHI-CIAN, *Commentario breve al codice civile*, sub art. 2058 del CC italiano, p. 1435.

⁽¹¹⁾ A. LUMINOSO, *ob. cit.*, p. 1085.

orden jurídico ante el incumplimiento del deudor, además de conferir al acreedor la facultad de suspender la propia prestación (*exceptio inadimpleti non est adimplendum*) y de garantizarle la posibilidad de desvincularse de los compromisos adquiridos y el resarcimiento del daño como alternativa a la demanda de cumplimiento con las consiguientes cargas y el relativo riesgo?

La conclusión de tomar, pues, como momento de referencia en la valoración del daño el de su acaecimiento, parece la única aceptable y coherente con cuanto prescriben el art. 1223 del CC italiano en materia de resarcibilidad de las consecuencias directas e inmediatas, el art. 1225 en materia de previsibilidad del daño y de su *quantum* y el art. 1227, párrafo 2º, en materia de evitabilidad del daño ⁽¹²⁾.

Por otra parte, este criterio parece el único presumible en relación con la concepción patrimonial del daño, según la *Differenztheorie*, considerando además que el daño puede consistir en el no disfrute del valor útil del bien y no necesariamente en la pérdida o en el lucro cesante relativo a su valor de mercado.

3. – Pasemos ahora a la otra parte de la sentencia que, tras haber distinguido correctamente entre el daño causado por acto ilícito y por incumplimiento (que deben valorarse remitiéndose al momento de su producción) y el daño sucesivo por retraso en la prestación, revalúa el primero «para actualizarlo al momento de la resolución» y le añade los intereses legales, en calidad de resarcimiento del daño por retraso en la prestación.

Esta conclusión contradictoria e inadecuada de fondo se ha justificado, en pasado, sobre la base de la distinta naturaleza de los títulos de crédito (en cuyo ámbito recaería el daño) respecto de los créditos o activos en divisa.

La legitimidad de dicha categoría se ha visto contrastada, desde el punto de vista conceptual, por el autor del presente

⁽¹²⁾ G. VALCAVI, *Evitabilità del maggior danno ex art. 1227, 2º comma c.c., e rimpiazzo della prestazione non adempiuta*, en *Il Foro italiano*, 1984, p. 2820; Id., *Sulla prevedibilità del danno da inadempienza colposa contrattuale*, en *Il Foro italiano*, 1990, I, págs. 1946 y ss.

volumen y el TS italiano que, mostrándose informado, no sólo no la defiende abiertamente, sino que declara tener en cuenta las críticas suscitadas al afirmar que «nadie pretende negar su origen empírico y casuístico».

En realidad, aquélla se remonta a la época de la hiperinflación germánica de la primera posguerra y nace del intento de eludir la inadecuación del interés legal frente a la fuga del marco fijando el valor de la prestación no pecuniaria con las justificaciones teóricas «de la conservación de la base de la prestación negocial», «de la presuposición» o «de la buena fe» y, en definitiva, afirmando que la indemnización se «sustraer al principio del valor nominal»⁽¹³⁾.

No obstante, es un dato fáctico el que la extrema fragilidad de esta distinción y del intento de dotarla de dignidad teórica se manifestó muy pronto con la tendencia a extender la revalorización a los créditos pecuniarios de carácter hipotecario⁽¹⁴⁾, quedando superada por la sucesiva fase de estabilización económica.

También hoy día, en otro país azotado por la hiperinflación como Brasil, la indexación afecta tanto a la prestación pecuniaria como a la contraprestación no pecuniaria, por lo que no se realiza distinción alguna entre ambas⁽¹⁵⁾.

Mirándolo bien, la explicación del concepto de «título de deuda» ofrecida por su defensor más significativo y por otros autores, se reduce a una serie de afirmaciones apodícticas y peticiones de principio.

Esto no resulta del todo definitivo en términos positivos, sino tan sólo mediante la remisión a criterios «meramente negativos» como aquellos en los que se habla de deuda «no sujeta al principio del valor nominal de la moneda»⁽¹⁶⁾, que «no está predeterminada

(13) Para las referencias bibliográficas sobre las justificaciones teóricas en la doctrina germánica de la primera posguerra (respectivamente Oertmann, Rabel, Kruckmann, Nipperdey, Geiler y Walsmann, entre otros), véase G. SCADUTO, *I debiti pecuniari e il deprezzamento monetario*, Milán, 1924, págs. 147 y ss. En el ámbito de la jurisprudencia: Tribunal Supremo del Reich, 21 de septiembre de 1920, en G. L. HOLTFRERICH, *L'inflazione tedesca 1914-1923*, Bari, págs. 301 y ss.

(14) Tribunal Supremo del Reich, 28 de noviembre de 1923, en G. L. HOLTFRERICH, *ob. ult. cit.*, p. 318.

(15) En este caso, las transacciones diferidas en el tiempo que tengan por objeto tanto dinero como mercancías, se indexan a los bonos del Tesoro nacional.

(16) T. ASCARELLI, *Le obbligazioni pecuniarie*, Bolonia, 1963, págs. 443, 448.

cuantitativamente y, por tanto, es ilíquida» ⁽¹⁷⁾, cuando «aquella deviene evidente, en particular, en el caso de aumento del poder adquisitivo de la moneda en lugar de su disminución» ⁽¹⁸⁾ o, por último, aquellos otros que tratan de una deuda de «valor abstracto» o «de poder adquisitivo de la moneda» ⁽¹⁹⁾.

Nos limitaremos a señalar que, en general, no se reconoce el carácter de título de deuda a aquella relativa a la contraprestación no pecuniaria cuando se haya acordado su valor en moneda extranjera (en la actualidad, objeto de las disposiciones de liberalización monetaria) y que tenga, de por sí, un evidente carácter pecuniario. Del mismo modo, no parece justificable la extensión generalizada de la revalorización de un fenómeno de hiperinflación a cualquier variación inflacionaria y, por tanto, de la fuga de moneda al fenómeno opuesto de la propensión a conservar los activos en forma líquida, no obstante la disminución del valor de adquisición tal y como ocurriese en una época próxima a la actual (estanflación, slumpflación) ⁽²⁰⁾.

El ámbito en que el concepto de título de deuda muestra su absoluta inadecuación se refiere a la obligación resarcitoria de un daño por ilícito o incumplimiento que tenga por objeto una suma de dinero.

En caso de resolución contractual, las obligaciones restitutorias de dinero se consideran por lo general «deuda en divisa» en lo que concierne a la parte inculpable y, en lo que concierne a la parte incumplidora o morosa ⁽²¹⁾, «título de deuda».

Se consideran deudas en divisa aquellas derivadas de sentencias de nulidad, anulación, rescisión o reducción de precio ⁽²²⁾. Es notorio, igualmente, que la deuda del asegurador

⁽¹⁷⁾ T. ASCARELLI, *ob. cit.*, p. 472.

⁽¹⁸⁾ T. ASCARELLI, *ob. cit.*, p. 445.

⁽¹⁹⁾ T. ASCARELLI, *ob. cit.*, págs. 457 y ss.

⁽²⁰⁾ Entre otros muchos: DON PATINKIN, *Moneta, interessi e prezzi*, Padova, 1977, págs. 17, 26 y ss., 45 y ss., 253 y ss., así como también G. VALCAVI, *Rivalutazione monetaria o interessi di mercato?*, en *Il Foro italiano*, 1980, I, págs. 118 y ss.; Id., *La stima del danno sul tempo con riguardo alla inflazione, alla variazione dei prezzi e all'interesse di mercato*, en *Rivista di diritto civile*, 1981, II, págs. 332 y ss.

⁽²¹⁾ SSTS italiano núm. 5143, Sala de lo Civil, de 12 de junio de 1987, junto con la núm. 1203, *id.*, de 26 de febrero de 1986, en *Rivista di diritto civile*, 1990, II, págs. 264, 265.

⁽²²⁾ STS italiano núm. 6636, Sala de lo Civil, de 12 de noviembre de 1986, en *Giurisprudenza italiana*, 1987, I, págs. 1, 1852 y ss.; Id., Sent. núm. 724, de 6 de febrero de 1989, en *Giurisprudenza italiana*, 1989, I, págs. 1, 1723.

frente al asegurado se considera un título de deuda y no una deuda en divisa ⁽²³⁾, mientras que, por el contrario, la deuda por responsabilidad civil se considera una deuda en divisa ⁽²⁴⁾.

El crédito del asegurador frente al perjudicante se considera un título de crédito ⁽²⁵⁾, mientras que aquel reconocido como un derecho de recobro contra el asegurado por las sumas pagadas a un tercero constituiría un crédito o activo en divisa ⁽²⁶⁾.

No se consigue entender el porqué de la diversa clasificación dogmática y del distinto tratamiento de dichos casos. De forma análoga, no resulta satisfactoria la calificación del daño como título de deuda en base a la premisa según la cual habría que distinguir aquí entre *mensura* y *mensuratum* ⁽²⁷⁾, premisa adoptada también en la sentencia que nos ocupa, ya que habría que demostrar la validez de la misma en cuanto, en un sistema basado en el principio del valor nominal, los conceptos de *mensura* y *mensuratum* coinciden.

Desde una cierta óptica, la distinción entre *aestimatio* y *taxatio* resulta inaceptable, dado que la primera hace referencia al daño, mientras que la segunda concierne, más bien, al resarcimiento del mismo y, por tanto, representan dos fenómenos distintos.

Por último, las diversas hipótesis consideradas por la doctrina no parecen justificar la constitución de una única categoría dogmática de los títulos de deuda, puesto que el ordenamiento italiano no prevé la revaluación monetaria en relación con ninguna de ellas, sino que fija, más bien, un momento para la valoración del bien ⁽²⁸⁾.

⁽²³⁾ STS italiano núm. 4883, Sala de lo Civil, de 4 de junio de 1987, en *Il Foro italiano*, 1988, I, p. 503.

⁽²⁴⁾ SSTS italiano núms. 5218, 5229, 5220, Sala de lo Civil, Sección I, de 29 de julio de 1983, en *Rivista di diritto civile*, 1990, II, págs. 264, 265; STS italiano núm. 4064, Sala de lo Civil, de 5 de julio de 1985, en *Il Foro italiano*, 1985, I, p. 2588.

⁽²⁵⁾ STS italiano núm. 2639, Sala de lo Civil, Sección I, de 13 de marzo de 1987, en *Rivista di diritto civile*, 1990, II, págs. 264, 265.

⁽²⁶⁾ SSTS italiano núm. 2639, Sala de lo Civil, Sección I, de 13 de marzo de 1987, en *Il Foro italiano*, 1987, I, p. 3262; STS italiano, Sala de lo Civil, de 22 de febrero de 1988, en *Giurisprudenza italiana*, 1988, I, págs. 1, 1440, y en *Giurisprudenza italiana*, 1989, I, págs. 1, 526.

⁽²⁷⁾ T. ASCARELLI, *Le obbligazioni pecuniarie*, cit., págs. 450 y ss., 468 y ss.

⁽²⁸⁾ Así pues, el momento de la sucesión abierta se regirá por el art. 747 del CC italiano; el momento actual o presente por el art. 948; el momento del gasto y de la mejora por el art. 936; el momento de la restitución o entrega del insumo estará regulado en el art. 1640; el del capital mobiliario vivo o capital ganado en el art.

4. – Llegados a este punto, veamos las motivaciones adoptadas por el TS italiano –aun cuando sea desde una perspectiva empírica y casuística– para justificar la revalorización del daño causado por acto ilícito o por incumplimiento, mientras que, por su parte, el interés legal debería utilizarse de cara a indemnizar el daño causado por retraso. A este respecto, la sentencia reza lo siguiente: «la revalorización debe estar encaminada a restablecer la situación patrimonial del sujeto privado, colocándolo en la situación en que se habría encontrado de no haberse producido el evento» y, en definitiva, «desempeña la función técnica de determinar con exactitud el objeto de la prestación incumplida» o, para ser más exactos, «la de actualizar [dicho objeto] al momento de la resolución». Contrariamente a cuanto declarado, dicha sentencia atribuye al interés legal la función de dar cobertura a la deseconomía del perjudicado originada por el retraso, es decir, «por la pérdida de la *utilitas* que el acreedor habría obtenido a raíz de la suma originariamente debida».

Dichas proposiciones contienen, no obstante, un error implícito de fondo: el de no apreciar que ambas soluciones deben, en definitiva, servir para resarcir el mismo daño originado por el retraso. En efecto, una vez fijada correctamente la indemnización puntual y tempestiva en el momento en que se produce el daño ⁽²⁹⁾, la consiguiente revalorización y el interés tienden, sustancialmente, a suprimir la posterior deseconomía causada por la prestación tardía de la indemnización básica. En este sentido, dicha suma no puede sino resultar errónea, dado que la función de actualizar el valor más bajo de una prestación diferida en el tiempo se identifica precisamente, por lo general, con el interés monetario, hecho constatado, en particular, en la presente sentencia ⁽³⁰⁾ al calificar los intereses de compensatorios, lo que significa atribuir a dichos intereses la función de actualizar el equivalente debido.

1641, así como también en el art. 2163; el del comienzo de la aparcería pecuaria o de la división en el art. 2181 del CC italiano, y así sucesivamente.

⁽²⁹⁾ Esta regla nace con motivo de la introducción del epígrafe núm. 1 del art. 1219.2.º del CC italiano, que abandona el viejo aforismo *in illiquidis non fit mora* que se remontaba a un antiguo pasaje de Venuleio.

⁽³⁰⁾ FISHER, *Opere*, Turín, 1974, págs. 814 y 833; WICKSELL, *Opere*, Turín, 1977, p. 377; en este sentido, aun de forma aproximativa: KEYNES, *Opere*, Turín, 1975, p. 253; acerca del tema que nos ocupa: G. VALCAVI, *Riflessioni sui c.d. crediti di valore*, cit., en *Il Foro italiano*, 1981, p. 2117.

Para entender lo anterior, hemos de remitirnos al *quod interest* según el *quod plerumque accidit*, que constituye la regla principal.

Normalmente no parece posible presumir que el perjudicado haya adquirido o conservado en su patrimonio el bien no entregado o sustraído, por un lado, hasta el punto de justificar la actualización de su valor y, por otro, que haya gozado de la disponibilidad del equivalente pecuniario, hasta el punto de usufruir de su rendimiento durante el período que abarca el retraso y a causa de éste. Esta acumulación o suma de la actualización del valor del bien no prestado o sustraído y del equivalente pecuniario en el que se materializa el primero, se aleja de cuanto se habría verificado normalmente y contrasta con la distinción de los dos tipos de daño, llegando incluso a confundirlos entre sí.

Desde otra perspectiva, la revalorización resulta inaceptable en cuanto contradice el postulado según el cual el daño debe estimarse en referencia al momento en el que se produce. De hecho, el criterio propuesto conduce, si bien de forma indirecta, a estimar el daño «en el momento de la resolución» en lugar del momento en que se produce incluso en el caso de que se produzca mediante el cambio en el nivel de precios y, por tanto, del valor vigente de la moneda.

En definitiva, eso supone a estimar el daño en relación con el *tempus rei judicandae*. La valoración del daño en el momento en que se produce acaba asumiendo, de hecho, la consideración de valor meramente histórico, mientras que el valor final y la estimación propiamente dicha quedarían representados el que se revalúa en el momento de la resolución. No obstante, en caso de mantener un planteamiento como el anterior no conseguiríamos entender el verdadero alcance y el papel que desempeña el interés.

Por otra parte, no parece en absoluto viable la remisión a la sola revalorización dado que ésta puede sufrir variaciones y en el momento actual se encuentra muy por debajo del rendimiento normal del dinero que representa el *quod interest* en virtud del *quod*

plerumque accidit ⁽³¹⁾. Ahora bien, si lo miramos desde otra perspectiva, la sola remisión al interés legal del 5% no podía y no puede resultar adecuada a la hora de cubrir el daño causado por retraso con respecto del normal rendimiento del dinero, al igual que tampoco de cara a actualizar el resarcimiento del daño causado por acto ilícito o por incumplimiento.

No obstante, en su momento se hizo referencia al resarcimiento del daño grave contemplado en el art. 1224.2.º del CC italiano con el fin de paliar la mencionada inadecuación, siempre y cuando aquél coincida con el normal rendimiento del dinero en particular y se interprete el retraso en calidad de mora, tal y como veremos más adelante.

La enmienda recientemente contemplada por el art. 1284 del CC italiano que aumenta el tipo de interés legal del 5 al 10% ⁽³²⁾ evidencia ulteriormente la plausibilidad de las críticas antedichas y de la solución propuesta, a menos que no se pretenda garantizar al perjudicado un lucro ampliado en lugar de la mera indemnización acumulando la revalorización y el interés del 10%, por no hablar de su cálculo eventual sobre el capital revalorizado.

Por otra parte, tampoco parece aceptable la distinta motivación alegada por el TS italiano para justificar la revalorización en base a la equidad. Se trata de la misma justificación criticada por Ascarelli ⁽³³⁾, en cierto sentido próxima a la justificación de la buena fe que propusiera, en su momento, Nipperdey ⁽³⁴⁾.

La remisión a la equidad no sólo resulta excesivamente genérica, sino también contraria al normal tratamiento reservado al acreedor general de dinero del que no se aparta aquel que espera el cumplimiento de una obligación ilíquida.

Se hace referencia, pues, a la reciente sentencia del Pleno de la Sala de de lo Civil [del TS italiano] ⁽³⁵⁾ que excluye, en relación con las obligaciones pecuniarias, la acumulación de la

⁽³¹⁾ Realiza una confrontación al respecto: G. VALCAVI, *L'indennizzo del mero lucro cessante, come criterio generale di risarcimento del danno da mora nelle obbligazioni pecuniarie*, en *Il Foro italiano*, 1990, I, p. 2220.

⁽³²⁾ Art. 1 de las enmiendas al Código de Procedimiento Civil italiano, convertido en Ley recientemente.

⁽³³⁾ ASCARELLI, *Le obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 442.

⁽³⁴⁾ NIPPERDEY, *Kontrahierungszwang und diktiertter Vertrag*, 1920, págs. 140 y ss., así como también en *DIZ*, 1922, p. 659.

⁽³⁵⁾ STS italiano núm. 5299, Sala de lo Civil, Sección I, de 1 de diciembre de 1989, en *Il Foro italiano*, 1990, I, p. 427.

que hablábamos antes en cuanto fuente de lucro y no de mera indemnización.

Por último, tampoco resulta aceptable la otra motivación enunciada por el TS italiano en la presente sentencia, es decir, aquélla según la cual se trata de un método que tiene las ventajas de ser sencillo y práctico. En efecto, hoy día, aun cuando no se tuviesen en cuenta las consecuencias que podría acarrear el aumento del interés legal al 10%, este método se revela demasiado artificioso y confuso, tal y como demuestra el pasaje de la sentencia que prescribe el cálculo del interés sobre el capital progresivamente revaluado, es decir, de manera periódica.

Esta última proposición del TS italiano equivale a negar al crédito la calidad de título de crédito y a calificarlo igualmente de crédito pecuniario indexado en base al mismo criterio, injustificado por la exclusión de la mora.

Cabe recordar, pues, la distinción entre título de crédito y crédito indexado que ya pusiera de manifiesto Ascarelli⁽³⁶⁾ contradiciendo las tesis de Nussbaum⁽³⁷⁾.

No obstante, esta indexación del resarcimiento es inadmisibles ya que no ha sido incorporada por ninguna ley y, a mayor razón, por ninguna fuente negocial.

Por consiguiente, la conclusión resulta arbitraria.

5. – A continuación trataremos el resarcimiento de la deseconomía del perjudicado causada por el retraso en la prestación. Ésta se identifica acertadamente con el no disfrute de la *utilitas* que el acreedor habría obtenido contrariamente del equivalente pecuniario durante el período de extensión del retraso de habersele prestado o entregado tempestivamente dicho equivalente. Esta proposición –a la que nos sumamos– pone claramente de manifiesto que la función de actualización es característica de los intereses monetarios y no de la revaluación monetaria, que resulta incluso pleonástica.

Sin embargo, cabe oponerse al punto de la presente sentencia que asocia el perjuicio resarcible al mero retraso y no a la mora, al tiempo que considera a los intereses compensatorios y no moratorios. Los casos en que puede

⁽³⁶⁾ T. ASCARELLI, *Le obbligazioni pecuniarie*, cit., págs. 474 y ss.

⁽³⁷⁾ NUSSBAUM, *Money in the law*, Chicago, 1939, págs. 180 y ss.

presumirse un retraso no asociado a la mora son totalmente marginales ⁽³⁸⁾ y el perjuicio será resarcible tan sólo si se deriva de un retraso culpable y constatado, como es el caso, precisamente, de la mora. El comienzo del retraso en el cumplimiento (prestación de la indemnización) coincide con el nacimiento de la mora en los daños por ilícito o incumplimiento de las obligaciones *portables* (epígrafes núms. 1 y 3 del art. 1219.2° del CC italiano), mientras que en aquellas *querables* comienza a devengar desde que tiene lugar la intimación por escrito (art. 1219.1.° del CC italiano), según la voluntad del acreedor mismo. El resarcimiento del daño por retraso se identifica, en última instancia, con el daño causado por mora.

El TS italiano reconoce en la presente sentencia que la suma de los intereses denominados compensatorios no aparece regulada en ninguna norma y que la justificación de aquéllos reside en la sola equidad. La remisión a la equidad constituye, pues, la base o fundamento tanto de la revalorización como de los intereses calificados de compensatorios. Por una parte, se trata de un razonamiento demasiado genérico y, por otra, resulta verdaderamente excesivo.

A este respecto cabe destacar que los créditos ilíquidos no admiten otro tipo de intereses que no sean los moratorios ⁽³⁹⁾. Los intereses compensatorios, por el contrario, sólo pertenecen al ámbito de los créditos líquidos y no exigibles (art. 1499 del CC italiano) mientras que los correspondientes son típicos de los créditos líquidos y exigibles (art. 1282). Hemos mencionado antes que el interés legal del 5% resulta totalmente inadecuado de cara a resarcir el perjuicio o daño por retraso, conforme a los criterios de normalidad. De hecho, el interés legal resulta inadecuado por defecto en relación con la normal *utilitas* que el acreedor habría obtenido del equivalente expresado en moneda de curso interno durante el retraso monetario. Dicha inadecuación se manifestará abiertamente cuando el perjudicado resida en el extranjero, en cuyo caso hay que reconocer tanto la eventual diferencia de cambio como el normal rendimiento de la moneda a la que habría efectuado el cambio.

⁽³⁸⁾ BIGLIAZZI-GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, Milán, 1975, págs. 229 y ss.

⁽³⁹⁾ G. VALCAVI, *L'indennizzo del mero lucro cessante*, cit., en *Il Foro italiano*, 1990, I, págs. 2220 y ss.

Podemos suponer la posibilidad de obtener el resarcimiento del daño grave por retraso remitiéndonos tan sólo al párrafo 2º del art. 1224 del CC italiano. El TS excluye aquí la aplicabilidad del artículo anterior, dado que no aparece contemplada en el art. 2056. No obstante, esta consideración se revela infundada en cuanto el art. 2056 no hace ni tan siquiera alusión al art. 1224.1.º del CC italiano que, sin embargo, aplica la sentencia que nos ocupa.

El daño grave contemplado en el art. 1224.2.º del CC italiano, tras el aumento del interés legal al 10%, puede determinarse en la eventual diferencia existente entre éste y el interés legal vigente, variable por naturaleza, al igual que en la existente con los intereses sobre los préstamos bancarios, en particular, para aquellos que recurren normalmente a ellos. Del mismo modo, en caso de que el perjudicado resida en el extranjero habrá que tener en cuenta tanto la eventual diferencia de cambio durante la mora como el normal rendimiento de la moneda a la que se habría efectuado el cambio.

En último término, todo ello está globalmente relacionado con el *quod interest* de acuerdo con el *quod plerumque accidit*.

6. – Por último, analicemos los resultados a los que conduce la suma de la tasa de revalorización anual y del interés legal respecto al normal rendimiento del dinero. El autor de estas líneas ha calculado dicha suma en el 22,58% para el período 1979-1983, respecto al normal rendimiento del dinero que equivale al 17,09%, y en porcentajes diversos para los períodos sucesivos. El cálculo del interés legal sobre el capital revaluado conduce a un porcentaje del 26,93% para el período 1979-1983 en comparación con el porcentaje del 17,09% del rendimiento normal en el mismo período de referencia, y en porcentajes diversos para los períodos sucesivos.

La presente sentencia se preocupa por moderar este último evidente exceso, en la medida en que propone calcular el interés legal sobre un capital «gradualmente revalorizado».

A este respecto, el TS italiano afirma que los intereses legales deben remitirse al valor del bien en el momento en que se produce

el daño, «tomando en consideración las posibles variaciones posteriores del poder adquisitivo de la moneda hasta el momento de la resolución».

No obstante, el cálculo admitido por el TS italiano produce un resultado superior respecto al obtenido de la suma propiamente dicha de la revaluación y del interés legal.

El incremento del interés legal del 5 al 10% acrece los resultados de estos métodos y muestra, en definitiva, cuán erróneos e inaceptables son. Basta considerar que la suma de la devaluación vigente –calculada mediamente en el 6,5%– y del interés legal resultará en una indemnización equivalente al 16,5% en relación con el normal rendimiento del dinero, equivalente al 12,58%, y que el cálculo del interés legal sobre un capital revalorizado está destinado a garantizar un lucro aún más considerable.

Asimismo, se trata de cantidades e importes netos de impuestos. Para concluir, el único criterio aceptable, en mi opinión, es el que tiene en cuenta al acreedor que espera obtener la liquidación de una suma debida, al igual que el acreedor pecuniario, y el que calcula la indemnización por retraso sobre la base del normal *quod interest* conforme a cuanto previsto en el art. 1224.1.º y 2º del CC italiano, única base de referencia fidedigna hasta ahora.

Por último, ello coincide asimismo con el enfoque genérico actual del legislador, contrario a la escala móvil y a las indexaciones.

Otros textos del autor sobre el mismo tema:

– «*In materia di criteri di liquidazione del danno in genere ed interessi monetari*», en *Il Foro italiano*, 1990, I, p. 933, y en «*L'Espressione monetaria nella responsabilità civile*», Ed. Cedam, 1994, p. 269.