

---

## Sobre la previsibilidad del daño por incumplimiento culposo contractual

1. – La resolución que nos ocupa reivindica la autonomía del requisito de la previsibilidad del daño (respecto a la exigibilidad del nexo causal) y reformula su función como «un importante límite al resarcimiento». En virtud de una fidedigna corriente doctrinal, dicho límite alude a la determinación del «*quantum* del daño» y no ya a la mera causa o serie causal, tal y como establecían algunas resoluciones precedentes.

Para llegar a comprender estas conclusiones, hemos de realizar un análisis exhaustivo.

En el sistema legislativo italiano, el resarcimiento del daño contractual, a diferencia del daño aquiliano, está proporcionado a cuanto se podía prever en el momento del nacimiento de la obligación, siempre que tenga su origen en un incumplimiento culposo y no doloso. El art. 1225 del CC italiano, salvo ligeras enmiendas <sup>(1)</sup>, nos remite, fundamentalmente, al art. 1150 del Código Napoleónico y al art. 1228 del Código Civil de 1865.

---

Fuentes: «Il Foro italiano», 1990, I, págs. 1946 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. 2555, Sección II, de 26 de mayo de 1989; Presidente: Parisi - Juez ponente: Volpe - MF: Visalli (Conclusión conforme); caso Rosin vs. Morgante: «*Se casa la sentenza dictada en quanto, durante el procedimento para determinar el resarcimiento del danno por incumplimiento culposo por parte del deudor, ha omitido examinar las circunstancias incidentales, desde el punto de vista de la previsibilidad, en función del danno resarcibile*».

La importancia del requisito de la previsibilidad en el ordenamiento italiano resulta manifiesta al constatar que basta presumir el incumplimiento culposo o negligente, mientras que, por el contrario, cabe demostrar pertinentemente el incumplimiento doloso <sup>(2)</sup>. En otras palabras, basándonos en la presunción antes mencionada, cabría liquidar el daño contractual, por lo general, en la medida de lo previsible. Por el contrario, en la práctica se suele indemnizar en su totalidad, sin ni siquiera plantear el problema de si concurren culpa o dolo o de si el daño no era previsible como si se tratase, en líneas generales, de daño por incumplimiento doloso.

Por lo general, el requisito de la previsibilidad resulta marginal y, en la mejor de las hipótesis, presenta un carácter del todo restrictivo tal y como confirma, precisamente, la teoría que limita la previsibilidad a la causa o a la serie causal y que excluye de su ámbito el «*quantum* del daño», aspecto en el que profundizaremos más adelante.

La corrección actuada por la sentencia mencionada en el presente epígrafe resulta, en definitiva, particularmente relevante, dado que revalida la importancia del límite de la previsibilidad.

**2.** – Cabría preguntarse, ante todo, cómo ha sido posible o de qué depende la marginalización del requisito de la previsibilidad en el procedimiento para la liquidación del daño contractual.

En primer lugar se debe –desde mi punto de vista– a la influencia del dogma, predominante en la doctrina y en la jurisprudencia, en virtud del cual el ordenamiento italiano tiene

---

(1) De hecho, a diferencia de los anteriores, el art. 1225 del CC italiano ha suprimido la expresión «aquello que se ha previsto».

(2) La hipótesis anterior se deduce, de forma unánime, del art. 1218 y del apartado 1 del art. 2697 del CC italiano. En la doctrina, entre otros: MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milán, 1954, III, § 114, p. 319; TRABUCCHI-CIAN, *Commentario breve al codice civile*, Padova, 1984, págs. 810 y ss.; DE CUPIS, *Il danno*, Milán, 1966, p. 170; GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milán, 1975, p. 229. En jurisprudencia, p.ej.: SSTS italiano núm. 1003, de 19 de febrero de 1986, en *Repertorio del Foro italiano*, 1986, voz *Obbligazioni in genere*; la núm. 26, de 9 de julio de 1984, y la núm. 4020, *id.*, 1984, voz *Contratto in genere*, núm. 241.

como objetivo el resarcimiento global del daño <sup>(3)</sup>. Esto equivale a olvidar que la legislación italiana se inspira en el principio contrario de la indemnización del daño «dentro de determinados límites» (arts. 1225, 1227.2.º y 2056.2.º del CC italiano). A este respecto, cabe recordar que no será resarcible aquella parte del daño que habría podido evitarse (art. 1227.2.º), que en nuestro caso sólo es resarcible el daño que podía preverse en el momento de celebración del contrato (art. 1225) y, por último, que el lucro cesante debe liquidarse «con una apreciación equitativa de las circunstancias del caso» (art. 2056.2.º).

El principio del resarcimiento global del daño, aun careciendo de todo fundamento normativo, ha llevado a la jurisprudencia italiana a desvalorizar estos límites y, en consecuencia, a reducir la evitabilidad a un mero comportamiento pasivo y expectante, y no ya de cooperación activa, hasta la sustitución del bien, eventualmente posible, así como también a valorar de manera equitativa las circunstancias del caso en lo que concierne a la liquidación del lucro cesante, tan sólo de forma excepcional y no conforme al procedimiento habitual.

Esto mismo ocurre en el caso –ya mencionado– del límite de lo previsible, completamente ignorado en la práctica o, en el mejor de los casos, considerado en términos absolutamente restrictivos <sup>(4)</sup>.

Esta forma de actuar se resuelve inaplicando el art. 1225. A diferencia de otros sistemas que prevén el resarcimiento ilimitado y global del daño tanto en caso de incumplimiento culposo como doloso <sup>(5)</sup> o, por el contrario, lo contemplan tan sólo en el límite de lo previsible incluso hipotizando la existencia de

---

<sup>(3)</sup> Entre otras muchas sentencias: SSTS italiano núm. 132, de 12 de enero de 1982, en *Repertorio del Foro italiano*, 1982, voz *Danni civili*, núm. 152, y la núm. 5580, de 25 de octubre de 1982; *ibid.*, núm. 149.

<sup>(4)</sup> Encontramos un ejemplo elocuente del enfoque predominante en la realidad en la STJ de Pisa núm. 46, de 18 de marzo de 1983, en *Repertorio del Foro italiano*, 1983, voz *Danni civili*, en virtud de la que cabe entender lo previsible en sentido absolutamente riguroso y restrictivo; por otra parte, encontramos igualmente demostración de una interpretación restrictiva del art. 1227 del CC italiano en la STS italiano núm. 5274, de 6 de agosto de 1983, con apostillas de VALCAVI y DI PAOLA, *id.*, 1984, I, p. 2819.

<sup>(5)</sup> Así lo establecen el art. 249 del CC alemán y los arts. 99 y 103 del Código de Obligaciones suizo.

incumplimiento doloso <sup>(6)</sup>, el ordenamiento italiano determina un resarcimiento distinto según se trate de uno u otro caso. A este respecto, cabe recordar que la responsabilidad circunscrita a los límites de lo previsible, ya contemplada en el art. 1228 del CC de 1865, ha sido reintroducida en el art. 1225 del CC italiano vigente una vez abandonada la redacción del art. 19 del anteproyecto que, contrariamente, regulaba de manera concreta te el principio del resarcimiento global del daño <sup>(7)</sup>.

En segundo lugar, la desvalorización del límite de lo previsible debe atribuirse a la completa inversión de perspectivas actuada, situación que conduce a la presunción del dolo, mientras que, por el contrario, cabría probar si concurre culpa. En general, la doctrina considera que la culpa lata o con previsión del evento no debe equipararse al dolo; sin embargo, también en ese caso, debe respetarse el límite de lo previsible <sup>(8)</sup>. No obstante, la disposición en cuestión encuentra escasa aplicabilidad dada la incertidumbre de los límites entre dolo y culpa en el ámbito del incumplimiento contractual. Este hecho resulta evidente cuando por incumplimiento doloso se concibe el que conlleva la plena consciencia de su ilicitud. Con arreglo a dicha descripción, el dolo no parece presentar diferencias apreciables respecto a la culpa lata o con previsión de las consecuencias dañosas (negligencia grave), hasta el punto de dejar percibir la ausencia de una precisa demarcación entre la culpa y el dolo. La consciencia de la ilicitud opera, específicamente, en el ámbito de la representación y no de la voluntad. En realidad, resulta plausible que la parte incumplidora o morosa tenga consciencia del carácter contrario de su comportamiento respecto del derecho y, pese a ello, se pueden aportar diversas justificaciones a dicho incumplimiento.

---

<sup>(6)</sup> En este sentido se pronuncia el art. 74 del Convenio de la Haya, de 1 de julio de 1964.

<sup>(7)</sup> El mencionado art. 19 del anteproyecto, derogado por la entrada en vigor del nuevo código, contemplaba «la obligatoriedad de las acciones de reintegración en la situación patrimonial», situación en la que la parte afectada se habría encontrado diversamente.

<sup>(8)</sup> Entre otros muchos autores, se han pronunciado en este sentido: CIAN, en *Rivista di diritto civile*, 1963, II, p. 148; BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milán, 1948, III, p. 303; BIANCA, en *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979, sub art. 1225, págs. 311 y ss.; STS italiano núm. 4398, de 10 de diciembre de 1956, en *Il Foro italiano*, 1957, I, p. 389; se muestra contrario DE CUPIS, *Il danno*, Milán, 1966, I, p. 251, nota 142.

Esto ocurre, por ejemplo, en el caso de quien se encuentra ante la imposibilidad de cumplir, incluso concurriendo culpa.

El dolo debe identificarse –desde mi punto de vista– en el incumplimiento intencional, en cuyo caso no basta presumirlo, sino que debe quedar necesariamente probado. Tan sólo la inexcusabilidad del cumplimiento puede presumir o determinar la concurrencia de dolo <sup>(9)</sup>.

**3.** – Pasemos ahora a analizar el motivo por el que resulta resarcible el daño en caso de incumplimiento culposo, tan sólo en los límites de lo previsible.

Resulta comprensible que el legislador haya considerado el resarcimiento, dentro de dichos límites, como la sanción proporcionada a la menor gravedad del incumplimiento culposo respecto del doloso <sup>(10)</sup>. Se trata, pues, de un dictamen motivado de política legislativa, no discutible en cuanto tal, y coherente con la tendencia histórica de los legisladores contemporáneos a limitar el resarcimiento del daño, lo que denota la preocupación por despenalizar el resarcimiento.

Por otra parte –tal y como hago notar en otro de mis textos <sup>(11)</sup>–, se muestra en sintonía con la influencia histórica del espíritu del Derecho Canónico en las legislaciones modernas, cuyo aporte fundamental ha consistido en evitar, por un lado, la usura por parte del acreedor y, por otro, la sanción o pena del deudor. En este contexto, encuentran explicación los límites al resarcimiento establecidos también en el caso de incumplimiento doloso (apartado 2 de los arts. 1227 y 2056, respectivamente). La diferencia esencial y exclusiva del tratamiento del incumplimiento culposo respecto del doloso reside,

---

<sup>(9)</sup> La inexcusabilidad representa un indicador de la intencionalidad, a la que va asociada la consciencia de la ilicitud (dolo). Sin embargo, concurre culpa cuando, p.ej., el deudor contesta la obligación sin pagar en la hipótesis prevista en el art. 96 del CPC italiano (intención sin consciencia de ilicitud), cuando no dispone de los medios necesarios para dar cumplimiento a su deber, o bien cuando olvida proceder al cumplimiento de la obligación estipulada (en cuyo caso, no concurre intencionalidad).

<sup>(10)</sup> BIANCA, *cit.*, págs. 371 y ss.

<sup>(11)</sup> VALCAVI, *Il tempo di riferimento nella stima del danno*, en *Rivista di diritto civile*, 1987, II, p. 35; Id., *Indennizzo e lucro del creditore nel risarcimento del danno*, en *Quadrimestre*, 1986, p. 681.

precisamente, en el mencionado límite de lo previsible con referencia al momento de celebración del contrato y, de forma más genérica, al nacimiento de la obligación.

Desde este punto de vista, resulta imposible respaldar el intento de sustentar una interpretación restrictiva del contenido de lo «previsible» en las circunstancias previstas en el art. 47 del anteproyecto del Código Napoleónico.

4. – Llegados a este punto, examinemos la naturaleza del fenómeno que queda circunscrito al ámbito de la previsión, es decir, la previsibilidad, a cuyo fin hemos de realizar algunas consideraciones generales.

Toda actividad humana –hecho del todo manifiesto– tiene lugar a caballo entre pasado y futuro. En la práctica, el hombre actúa en la esfera temporal presente, si bien se halla proyectado en el futuro. A este respecto, cabe admitir que se ve incluso obligado a investigar a diario el futuro con el fin de tomar cualquier decisión y adoptar el consiguiente comportamiento. A esta hipótesis nos remite, precisamente, la frase *omnes nos prophetamus* de San Pablo <sup>(12)</sup>. Dicha previsión consiste simple y llanamente en imaginar los acontecimientos futuros sobre la base de las experiencias del pasado y de las relativas reglas, almacenadas individualmente en la propia memoria o conservadas con cualquier otro medio. La unión de estas máximas de experiencia constituye el patrimonio cultural del sujeto en cuestión. Dicho patrimonio se compone tanto del recuerdo de las experiencias propias como de aquellas otras adquiridas externamente, especialmente hoy día, en un mundo dominado por los medios de comunicación.

En función de si las experiencias del pasado han contemplado o no la sucesión de los acontecimientos, dotados de una mayor o menor regularidad y uniformidad estadística (*quod plerumque accidit*), nos hayamos ante la probabilidad o la mera posibilidad de que acontezcan aquellos eventos futuros <sup>(13)</sup>. Es totalmente evidente que la previsión, referida a acontecimientos a

---

<sup>(12)</sup> En *Carta a los Corintios*, 14.

<sup>(13)</sup> Fuentes: *Dizionario di filosofia*, Turín, 1971, voz *Previsione*, p. 693; *Enciclopedia Einaudi*, T. I, 1977, voz *Anticipazione*, págs. 662 y ss., T. III, voz *Caso/Probabilità*, págs. 672 y ss., y T. X, voz *Previsione e possibilità*, págs. 1120-1126.

medio o largo plazo, se presenta en términos de menor probabilidad <sup>(14)</sup> en comparación con aquellos otros a corto plazo. Comte captó y se pronunció acerca de la relación entre la cultura individual o colectiva, en el sentido antes mencionado, y el comportamiento práctico (al igual que entre la *gnosis* y la *praxis*) al escribir el lema «saber para prever».

La providencia de cada ser humano depende de la cantidad de máximas de experiencia conocidas de manera individual, de su rapidez para captar los síntomas presentes y la consiguiente evolución posterior y, en definitiva, de su perspicacia y hasta de su predisposición a tener presentimientos. Esto caracteriza el distinto temperamento profético de cada uno y, en consecuencia, su carácter présago del futuro, la diversa perspicacia individual y la sabiduría en el modo de comportarse.

La previsión puede guardar relación con los acontecimientos futuros más variados, ya sean de orden natural, económico o de otra índole y, en particular, con las consecuencias de las propias acciones u omisiones o de las ajenas, junto con la interrelación entre causas, concausas y eventos. Hoy día, adquiere una particular relevancia la previsión de carácter económico, tanto la relativa a la esfera general como a la individual. La previsión de los beneficios y de las pérdidas que pueden derivarse de la realización de un negocio o del incumplimiento de una obligación en virtud de un contrato previo, forma parte de este segundo tipo de previsión económica.

Distintas serán la previsión y la expectativa <sup>(15)</sup> en lo que concierne a un acontecimiento generalmente propicio para quien lo prevé, en términos de gran probabilidad, hasta el punto de llegar casi a apostar por su realización futura.

La diferencia entre acontecimientos previstos y efectivamente acaecidos reside en el riesgo, cuya esencia íntima persiste en la incógnita acerca del efectivo acaecimiento de los acontecimientos previstos. El hombre, al actuar inspirándose en las previsiones, realiza una apuesta por el futuro y, en consecuencia, asume un riesgo.

---

<sup>(14)</sup> *Ob. ult. cit.*, p. 1128.

<sup>(15)</sup> DE FINETTI, *Teoria della probabilità*, Turín, 1970, págs. 721 y ss.; GANDOLFO, *Metodi di dinamica economica*, Milán, 1973, págs. 26 y ss.; DE FELICE-PELLONI, *Aspettative razionali, teoria economica e politiche di stabilizzazione*, Milán, 1982, y bibliografía citada en págs. 227 y ss.

En resumidas cuentas, la previsión puede definirse como aquel fenómeno en virtud del cual el hombre anticipa, en un determinado momento, los probables o posibles sucesos futuros, basándose en su conocimiento de sucesos análogos acontecidos en pasado.

Pasemos pues a identificar, de seguido, la esencia de la previsibilidad a la que alude el art. 1225. Esta norma considera tan sólo lo previsible y no aquello que se ha previsto individualmente, en contraposición con cuanto dispuesto en el art. 1228 del Código Civil de 1865 y art. 1150 del Código Napoleónico. En definitiva, el ordenamiento italiano no atribuye una particular importancia a la capacidad personal de prever, ya resulte superior o inferior a la capacidad del hombre medio <sup>(16)</sup>. La previsión individual se traduce, normalmente, en un pronóstico *a priori*. La previsibilidad, contemplada en el art. 1225, se corresponde, sin embargo, con aquella propia del hombre medio, con un patrimonio cultural normal y una astucia no excepcional. El objeto de lo previsible viene determinado por los acontecimientos efectivamente acaecidos y en función de la relación de causalidad (nexo entre efecto y causa) con el incumplimiento. No resultan relevantes los acontecimientos preVISIBLES pero no acaecidos o ajenos a la relación causal con el incumplimiento. Por consiguiente, el ámbito o alcance de lo previsible queda, en virtud del art. 1225, limitado tan sólo al daño derivado efectivamente del incumplimiento, previsible, a su vez, en el momento de la celebración del contrato.

La previsibilidad representa, en definitiva, un juicio de pronóstico *a posteriori* mediante el que el juez se coloca mentalmente en el momento de celebración del contrato de cara a establecer cuáles de entre las consecuencias derivadas del incumplimiento eran o no preVISIBLES, en aquel preciso instante, por parte del hombre medio <sup>(17)</sup>. Asimismo, la previsibilidad a la que se alude es típica del deudor incumplidor medio, mientras que, en otras circunstancias, se tienen en cuenta ambas partes contratantes <sup>(18)</sup>. Por último, dicha previsibilidad concierne —en

---

<sup>(16)</sup> En el sentido del resarcimiento del daño previsto, aun no siendo normalmente previsible: TRABUCCHI-CIAN, *Commentario*, cit., sub art. 1225, p. 822.

<sup>(17)</sup> La expresión nos remite a V. HIPPEL, *Diritto penale*, II, págs. 144 y ss.

<sup>(18)</sup> En relación con la previsibilidad abstracta, conforme a los criterios de común



mi opinión— tan sólo a las consecuencias dañosas probables y no a las meramente posibles <sup>(19)</sup>.

5. – El TS italiano hace hincapié, de forma acertada, en la autonomía de la previsibilidad respecto a los demás requisitos concurrentes. El aspecto más importante concierne a la distinción entre previsibilidad y causalidad.

En la historia del Derecho, la previsibilidad se ha confundido sobre todo con la causalidad (los denominados daños intrínsecos o *circa rem*). Aún hoy día siguen persistiendo los confines conceptuales, a menudo inciertos e indefinidos, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia <sup>(20)</sup>. En efecto, es frecuente la tendencia a superponer ambos criterios cuando se afirma que conciernen a las mismas «consecuencias normales» originadas por el incumplimiento. La diferencia reside en que la causalidad atiende a las consecuencias más remotas, resarcibles, en definitiva, en virtud del art. 1223, mientras que el art. 1225 actuaría como límite integrativo de las primeras, reduciendo el resarcimiento únicamente a las consecuencias previsibles.

Esta opinión pone de manifiesto un comprensión errónea tanto del concepto de causalidad como de su límite, al tiempo que corre el riesgo de extender la resarcibilidad a las consecuencias más remotas. Por el contrario, el art. 1223 limita la resarcibilidad únicamente a las consecuencias directas e inmediatas del incumplimiento y, aun cuando estén incluidas aquellas indirectas o mediatas, debe tratarse, exclusivamente, de «consecuencias normales» <sup>(21)</sup>. Las «consecuencias remotas» no pueden

---

experiencia de hechos y circunstancias normales, véanse, entre otras, las SSTs italiano núm. 619, de 30 de enero de 1985, en *Repertorio del Foro italiano*, 1985, voz *Previdenza sociale*, núm. 495; la núm. 5896, de 11 de octubre de 1983, en *Repertorio del Foro italiano*, 1983, voz *Responsabilità civile*, núm. 84; la núm. 3694, de 28 de mayo de 1983, *ibidem*, voz *Danni civili*, núm. 44; en el *common law* o derecho consuetudinario inglés, la jurisprudencia menos reciente hacía referencia a la previsibilidad de ambas partes; véase BONELLI, en *La vendita internazionale*, Milán, 1981, p. 255, núm. 6.

<sup>(19)</sup> Para tener una visión intermedia entre posibilidad y probabilidad: BARBERO, *Sistema istituzionale di diritto privato*, Milán, 1951, II, págs. 57 y ss.

<sup>(20)</sup> Incluso la STS italiano núm. 3694/83 incurre en esta confusión, en cuanto considera suficiente el nexo causal para sostener igualmente la previsibilidad del daño.

<sup>(21)</sup> Trata esta cuestión, entre otros autores: DE CUPIS, en *Giurisprudenza italiana*, 1983, I, p. 1, c. 1525.

considerarse tales <sup>(22)</sup>. La referencia a las consecuencias normales postula una concepción de la causalidad basada en el principio de la «causalidad adecuada» <sup>(23)</sup> y no en el de la *conditio sine qua non* que, en la práctica, las extiende sin limitación alguna.

Esta premisa nos lleva a realizar la siguiente consideración: las consecuencias relevantes en el ámbito de la causalidad no coinciden con aquellas otras relevantes en el ámbito de la previsibilidad, dado que constituyen ámbitos de referencia distintos entre sí. El alcance temporal en la causalidad es distinto respecto del alcance temporal en la previsibilidad. De hecho, el período de referencia en la causalidad se corresponde con el considerado en el incumplimiento, mientras que en la previsibilidad se identifica con el «momento de estipulación contractual».

Para concluir, en el caso del incumplimiento culposos serán resarcibles aquellas consecuencias dañosas, normalmente reconducibles al incumplimiento, que se podían prever también en el momento de formación del contrato. La causalidad representa una consideración *a priori* y la previsibilidad una consideración sucesiva, que distingue las consecuencias resarcibles en caso de incumplimiento culposos respecto del incumplimiento doloso. Obviamente, las consecuencias no serán resarcibles, aun siendo previsibles en el momento de celebración del contrato, pese a no haberse verificado con motivo del incumplimiento y aun cuando no se trate de consecuencias normales derivadas de este último.

Incluso la naturaleza intrínseca de ambas premisas es completamente diferente. La causalidad se traduce en una post-visión o juicio *a posteriori* en lo referente al incumplimiento, mientras que la previsibilidad se concretiza en un juicio de pronóstico posterior en lo que concierne al tiempo de formación del contrato. La previsión, a su vez, se distingue de la previsibilidad en cuanto la primera es un pronóstico *a priori*, mientras que la segunda es un pronóstico *a posteriori*.

---

<sup>(22)</sup> Se muestra contrario BELLINI, *L'oggetto della prevedibilità del danno ai fini dell'art. 1225 c.c.*, en *Rivista di diritto commerciale*, 1954, II, p. 362, espec. 380.

<sup>(23)</sup> Sobre la causalidad adecuada, que nos remite a V. HIPPEL y a la relativa elaboración dogmática, cfr. MEZGER, *Diritto penale*, Padova, 1935, págs. 139 y ss.

**6.** – Cualquier acontecimiento externo puede ser objeto de posible previsión, al igual que puede serlo un comportamiento humano o un evento natural, social o económico que interactúe con aquél y las consecuencias que se deriven del mismo.

Como ya hemos mencionado antes, el daño pertenece a la esfera de las consecuencias económicas del comportamiento humano y de la interacción con aquél de los más variados fenómenos y, en particular, el alza o la baja de los precios, el nivel de inflación o el comportamiento ajeno, especialmente el de la parte afectada, entre otros muchos. El daño contractual puede definirse como «la lesión del interés del acreedor por la no prestación [o entrega] puntual por parte del deudor del bien o cosa debidos».

Todo bien puede ser estimado en base a su utilidad de uso (como, p.ej., la materia prima o una máquina para un empresario o fabricante), o en función de su valor de mercado (tal es el caso de la mercancía para el comerciante, acostumbrado a intervenir sobre las diferencias de precio). De esta forma, el daño sufrido por el empresario o fabricante no se verá limitado a la pérdida o al lucro cesante relativo al valor de mercado de aquel bien, sino que se extenderá a las consecuencias normales derivadas de la no utilización de aquel bien en el sucesivo proceso de transformación o fabricación de la mencionada industria. Por el contrario, el daño sufrido por el comerciante responderá, principalmente, a las variaciones entre el precio pactado de la mercancía y el precio sobrevenido con motivo del incumplimiento.

Una vez más, el bien puede estar constituido por una *species* (elemento irreemplazable) o por un *genus* (elemento reemplazable). Esto resulta particularmente relevante de cara al cumplimiento de la obligación de evitar el riesgo agravado del daño previsto en el art. 1227.2.<sup>o</sup>

En definitiva, la imposibilidad de reemplazar una *species* o, por el contrario, la no sustitución de un bien fungible, aun siendo posible, o una sustitución tardía y el precio relativo tendrán consecuencias distintas en función del daño causado al empresario o al comerciante y en base al respectivo resarcimiento. En relación con la *species*, se objetaba que el vendedor había enajenado a terceros el bien, no recogido por el

adquirente, a un precio desvalorizado, hasta el punto de reclamar un resarcimiento considerado imprevisible.

El daño del que hablábamos antes responde a las consecuencias normales y no a las consecuencias remotas del incumplimiento. Por su parte, en los ejemplos citados del empresario o del comerciante, la previsibilidad concierne, ante todo, al comportamiento económico de la parte afectada y, en consecuencia, al uso que habría dado a aquel bien en cuanto deducible de su destino de uso o aprovechamiento, del tipo de actividad profesional de la contraparte y, en general, de la información recibida en el momento de celebración del contrato. La previsibilidad se extiende, asimismo, a los diversos acontecimientos que pueden eventualmente interactuar e influir en el daño y en su alcance, representado, por ejemplo, por el probable aumento de los precios con motivo de eventos naturales, precedidos por determinados síntomas (la sequía), eventos sociales (tensiones internacionales), o de preferencia del público, entre otros.

La previsibilidad se extenderá a las normales consecuencias dañosas próximas del incumplimiento, al momento del daño y no alcanzará el *tempus rei iudicandae*, del todo imprevisible.

7. – Para concluir, pasemos al sempiterno debate suscitado por el objeto de la previsibilidad, acerca de si concierne al evento o al daño, a un daño abstracto frente a un daño concreto, a la causa o al «*quantum* del daño».

Comenzaremos diciendo que el objeto de lo previsible no puede considerarse el «evento» en su acepción naturalista, sino el «daño».

En este sentido, resulta determinante el propio tenor literal de la norma. Por lo demás, la doctrina ha considerado acertadamente que en el acto ilícito resulta «esencial el daño» y, en consecuencia, la lesión o el riesgo del interés protegido, si bien el efecto natural representa tan sólo un «indicador» o modo de ser de dicha lesión <sup>(24)</sup>, llegando incluso a afirmar que el daño es una

---

<sup>(24)</sup> G. DELITALA, *Il concetto di evento*, en *Scritti di diritto penale*, Milán, 1976, págs. 121 y ss. Acerca de la compatibilidad de la previsibilidad del evento con la imprevisibilidad del daño, por ejemplo, en el ilícito aquiliano: STS italiano núm. 2488, de 28 de abril de 1979, en *Repertorio del Foro italiano*, 1979, voz *Responsabilità civile*, núm. 70.

«consecuencia del evento» y no se identifica con este último <sup>(25)</sup>. En este sentido, el TS italiano ha afirmado recientemente (Sentencia núm. 3352, de 18 de julio de 1989), de forma incisiva, que el «daño no es la destrucción de una cosa o la pérdida de utilidad o de aprovechamiento de la misma», sino que representa «el perjuicio económico» y, en consecuencia, la disminución del patrimonio sobre la base del principio de la *Differenztheorie* <sup>(26)</sup>.

Examinemos ahora la controversia de fondo a cuyo propósito se ha originado un largo enfrentamiento de opiniones contrastantes en la doctrina y en la jurisprudencia italiana y francesa. Dicho enfrentamiento concierne al problema de si debe entenderse o no por objeto de la previsibilidad el daño en abstracto o concreto, la causa o la serie causal del daño o, por el contrario, el «*quantum* del daño».

La opinión largamente predominante ha sido la expuesta por Chironi y Demolombe, entre otros <sup>(27)</sup>, según la cual basta que el incumplidor pueda prever la «causa del daño» para tener que responder del perjuicio ocasionado. En época más reciente, Bellini ha propuesto una variante, en un amplio y significativo estudio <sup>(28)</sup>, según la cual es suficiente que el incumplidor pueda prever la «serie causal» para tener que responder completamente del daño, en cuanto acontecimiento intrínseco a la serie.

Completamente opuesta resulta la opinión defendida por Giorgi, Messineo y Bianca, entre otros <sup>(29)</sup>, en virtud de la que,

<sup>(25)</sup> BELLINI, *ob. cit.*, p. 369.

<sup>(26)</sup> STS italiano núm. 3352, de 18 de julio de 1989, en *Il Massimario del Foro italiano*, p. 492.

<sup>(27)</sup> CHIRONI, *Colpa contrattuale*, Turín, 1987, págs. 581 ss.; BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milán, 1948, III, p. 1213; L. COVIELLO, *L'obbligazione negativa*, Nápoles, 1934, II, p. 96. En jurisprudencia, entre otras muchas, las SSTS italiano núm. 5811, de 7 de diciembre de 1978, en *Repertorio del Foro italiano*, 1978, voz *Danni civili*, núm. 28; la núm. 3438, de 21 de octubre de 1969, *ibidem*, 1969, voz *Danni per inadempimento di contratto*, núm. 5, y la núm. 2510, de 14 de septiembre de 1963, *ibidem*, 1963, I, p. 2099.

<sup>(28)</sup> BELLINI, *ob. cit.*, págs. 362 y ss.; PERLINGIERI, *Commento al codice civile*, Turín, 1980, IV, págs. 64 y ss.; DELL'UTRI, *ob. cit.*; en jurisprudencia: STS italiano núm. 1600, de 23 de mayo de 1972, en *Repertorio del Foro italiano*, 1972, voz *Danni civili*, núm. 47.

<sup>(29)</sup> GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, Florencia, 1903, II, págs. 187 y ss.; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milán, 1954, III, § 115, págs. 338 y ss.; BIANCA, *ob. cit.*, págs. 318 y ss.; entre otros, en la doctrina francesa: AUBRY RAU, *Cours de droit civil français*, París, 1871, IV, p. 105; PLANIOL-RIPERT, *Traité elem.*, París, 1949, págs. 492 y ss.; H. y L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, París, 1950, III, págs. 492 y ss.

En jurisprudencia: STS italiano núm. 2488, de 28 de abril de 1979, antedicha; Sent. del Tribunal de Apelación de Bolonia de 30 de marzo de 1950, en *Repertorio del Foro*

sin embargo, la previsibilidad concierne asimismo al «*quantum* del daño», por lo que opera la responsabilidad dentro de los límites en que podía preverse el propio daño.

Esta última tesis ha sido admitida por la sentencia que nos ocupa. El autor de estas líneas se inclina por dicha teoría para sustentar las consideraciones aquí expuestas.

Resulta oportuno comenzar examinando las bases o fundamentos comunes de las opiniones que reducen la previsibilidad a la causa o a la serie causal de un daño, carente de una dimensión cuantitativa. Está claro que nos encontramos en presencia de una interpretación restrictiva del art. 1225, con el objetivo de compatibilizar la previsibilidad con el principio del resarcimiento global del daño, respecto al que constituiría una excepción.

Esta opinión se resuelve, fundamentalmente, en la inaplicación del art. 1225 a favor del dogma del resarcimiento global del daño. A este respecto, conviene recordar la importancia concedida por Chironi a la no adopción de un texto favorable a la moderación, por parte del legislador más antiguo, para acabar concluyendo que el daño debe resarcirse globalmente. De forma aún más explícita, Bellini, por su parte, sostenía «la exigencia de limitar al máximo el carácter de excepcionalidad de la norma contemplada en el art. 1225» con respecto «al principio general del Derecho (arts. 1218 y 2043 del CC italiano y arts. 40 y 185 del CP italiano), según el cual quien causa un daño debe proceder al resarcimiento global», con independencia de cualquier consideración del elemento psicológico del dolo o de la culpa<sup>(30)</sup>. En base a lo anterior, se ha excluido que la previsibilidad pueda extenderse al *quantum* del daño.

No puede existir acuerdo con estas tesis porque –como ya hemos dicho– el dogma del resarcimiento global no tiene bases positivas e incluso choca con el sistema admitido por el legislador italiano, conforme al cual cabe resarcir el daño hasta un cierto límite y no de forma global (arts. 1223, 1227.2.º y 2056.2.º). la culpa aquiliana o contractual dolosa. Cabe hacer la misma consideración en lo referente a

---

italiano, 1950, voz *Responsabilità civile*, núm. 216; STS italiano núm. 1678, de 17 de mayo de 1939, *id.*, 1939, I, p. 1449.

<sup>(30)</sup> BELLINI, *ob. cit.*, págs. 372, 377 y ss.

Por otra parte, el art. 1225 puede, en este sentido, interpretarse tan sólo como excepción que confirma la regla y que tiene carácter distintivo del daño contractual respecto del extracontractual.

Asimismo, hemos de añadir que, en teoría, ni siquiera resulta hipotizable la existencia de un daño abstracto, exento de dimensiones cuantitativas. El daño –como hemos dicho– es una lesión de interés, es decir, un evento económico y, como tal, tiene una dimensión cuantitativa. En otros términos, el daño es concreto, por definición, y la *Differenztheorie* postula, necesariamente, un «*quantum* del daño». Éste es, precisamente, el enfoque axiomático adoptado por la jurisprudencia, en virtud de la que no puede considerarse existente un daño en sí mismo y de por sí, aun cuando hubiese dado lugar a la condena genérica al resarcimiento del daño. En efecto, la opinión generalizada concuerda en que no hay que separar la constatación de la efectiva existencia del daño en sí de la de su alcance, así como en que la condena genérica tampoco equivale a una constatación de la existencia de un daño, en la medida que sea <sup>(31)</sup>. En última instancia, no se puede hipotizar la previsibilidad de un daño abstracto y no concreto, de un daño en sí extrínseco al «*quantum* del daño».

El razonamiento según el cual el art. 1225 trata el concepto de «daño» y no de «*quantum* del daño» carece de relevancia. Bajo ningún concepto resulta aceptable la tesis que limita la previsibilidad a la causa del daño. Así es, no se puede cuestionar seriamente que la identificación de una causa exija la del «*quantum* del daño», tal y como queda demostrado por el hecho de que la causalidad en el juicio sobre el *an debeatur* quede degradada al nivel de mera idoneidad causal <sup>(32)</sup>. A ésta se reducen asimismo y de manera sustancial las series causales de un daño exento de dimensión cuantitativa.

---

<sup>(31)</sup> SSTS italiano núm. 645, de 23 de enero de 1987, en *Repertorio del Foro italiano*, 1987, voz *Sentenza civile*, núm. 64; la núm. 1556, de 26 de abril de 1977, y la núm. 1702, de 5 de mayo de 1977, *ibidem*, 1977, voz citada, núms. 66 y 64. En el sentido de la infraccionabilidad legal del daño: STS italiano núm. 839, de 20 de marzo de 1972, *id.*, 1972, I, p. 2878.

<sup>(32)</sup> SSTS italiano núm. 2965, de 29 de abril de 1983, en *Repertorio del Foro italiano*, 1983, voz *Sentenza civile*, núm. 72, y la núm. 1556/77, antes mencionada.

Cabe corroborar, al respecto, que la causa del daño reside en el propio incumplimiento y hay que distinguirla de aquellos factores actuantes mencionados al principio, concausas de la dimensión del daño.

Por lo general, la jurisprudencia ha afirmado que «la existencia de una causa concurrente en la producción del evento dañoso constituye, por definición, un problema relativo al *quantum* y, como tal, es irrelevante en el juicio sobre el *an debeatur*, dado que incide, exclusivamente, en el alcance del resarcimiento»<sup>(33)</sup>.

Cabe añadir igualmente que la teoría de las «series causales» no es aceptable en la medida en que postula la resarcibilidad de las consecuencias remotas, en contraste con el criterio de la normalidad, base del criterio de causalidad. Las «series causales», mencionadas a modo de ejemplo por su defensor y partidario, constituyen cadenas de consecuencias remotas y mediatas<sup>(34)</sup>.

8. – Sobre la base de cuanto se ha dicho hasta ahora, a propósito de la no separabilidad del daño de su *quantum*, se concluye que la previsibilidad contemplada en el art. 1225 se extiende a la dimensión cuantitativa del daño mismo.

El que la posibilidad de prever las consecuencias normales del incumplimiento haga referencia al momento de la formación del contrato, equivale a su reconducibilidad al riesgo normal que entraña aquél. La previsibilidad de las consecuencias normales del incumplimiento constituye una expresión del riesgo normal que el suscriptor asume en primera persona, por la hipótesis del propio incumplimiento. Por último, hemos de hablar de la objeción según la que no se puede prever con precisión el «*quantum* del daño»<sup>(35)</sup>.

Dicha objeción se supera pensando que la previsibilidad concierne a una «franja de valores cuantitativos» y no a un importe preciso. Además, en este sentido se pronunciaba Pothier,

---

<sup>(33)</sup> STS núm. 75, de 6 de enero de 1983, en *Repertorio del Foro italiano*, 1983, asunto *Sentenza civile*, núm. 75.

<sup>(34)</sup> Lo reconoce BELLINI, *ob. cit.*, págs. 379 y 380; véase también la STS italiano núm. 4236, de 19 de julio de 1982, en *Repertorio del Foro italiano*, 1982, bajo *Previdenza sociale*, núm. 121.

<sup>(35)</sup> Entre otras muchas: STS núm. 2510, de 14 de septiembre de 1963, en *Il Foro italiano*, 1963, I, p. 2099.



principal defensor del requisito de la previsibilidad, que reivindicaba el principio «en virtud del que un deudor que no incurra en dolo no puede considerarse obligado al resarcimiento de los daños por incumplimiento por encima del importe más alto que [dichos daños] hubiesen podido alcanzar», por lo que representa un principio basado en la razón y en la equidad natural <sup>(36)</sup>.

En otras palabras, el alcance del precepto previsto en el art. 1225 no se traduce en la propuesta de resarcibilidad del importe exacto del «*quantum* del daño» previsible, sino más bien al contrario, esto es, en el carácter no resarcible del «*quantum* del daño» imprevisible en el momento de la formación del contrato. Señalábamos antes que se trata de un juicio de pronóstico *a posteriori* mediante el cual el juez estima las consecuencias normales del incumplimiento, trasladándose idealmente al momento de perfección del contrato.

El anterior representa un juicio fundamentalmente empírico, basado en las máximas de experiencia de quien debe juzgar *a posteriori*. El mejor indicio de la imprevisibilidad del «*quantum* del daño» reside en el carácter «sorpresivo» de la dimensión cuantitativa del daño para quien debe juzgar. Así, por ejemplo, en el caso del suministro no efectuado de materia prima al fabricante citado con anterioridad, el daño por rescisión contractual no tendrá en cuenta una suspensión o paralización en la producción, de mayor duración de lo previsible. Del mismo modo, el daño derivado del incumplimiento por parte de un adquirente de valores o mercancías no podrá comprender el daño grave con motivo de una imprevisible caída de los precios. En última instancia, la previsibilidad guardará relación con el comportamiento ajeno, con las situaciones incidentales y, entre ellas, con el normal comportamiento de los precios, por lo que no podrán considerarse previsibles el alza o caída extraordinaria de los precios por valor y/o duración, la evolución de los tipos de interés y la inflación, en lo referente a las denominadas explosiones inflacionistas, entre otros factores.

El requisito de la previsibilidad propone una solución compatible del problema de la determinación del momento de referencia en la valoración del daño, representado por el

---

<sup>(36)</sup> POITHIER, *Traité des obligations*, París, 1805, I, págs. 88 y 107.

momento de la efectiva realización del daño, mientras que, el período sucesivo generará intereses moratorios resarcibles con motivo del retraso en el pago de la indemnización. La adopción de otros criterios, tales como el del *tempus rei iudicandae* o la teoría del título de crédito, equivalen a negar el requisito de la previsibilidad —como escribí hace tiempo— a causa del respectivo automatismo <sup>(37)</sup>.

Por otro lado, es posible que el requisito previsto en el art. 1225 se traduzca en abusos y resultados no conformes a la equidad. En este caso, el juez dedicará una especial atención a constatar que la mora, que devenga intereses día tras día, no haya pasado, en el ínterin, de ser culposa a ser dolosa.

Por último, la previsibilidad, al constituir una premisa o condición del daño resarcible, dará lugar a una contestación y no a una excepción, en el sentido estricto de la expresión, por parte de quien resulte obligado a resarcir.

La carga de la prueba de la previsibilidad, en caso de contestación, recaerá sobre el acreedor del resarcimiento <sup>(38)</sup>. Asimismo, dicha carga u obligación no está destinada a asumir una rigurosa importancia, dado que las pruebas quedarán constituidas en su mayor parte por circunstancias consabidas y simples presunciones basadas en máximas de experiencia común. No obstante, el juez —hecho verdaderamente decisivo— tendrá que motivar de forma adecuada su decisión en orden a la existencia de la previsibilidad, dado que esto constituye —tal y como establece la presente resolución— un importante límite al resarcimiento del daño.

***Se remite al texto:***

U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milán, 1991, págs. 647, 658 y 661.

---

<sup>(37)</sup> VALCAVI, *Il tempo di riferimento*, cit.; Id., *Indennizzo e lucro nel risarcimento del danno*, cit.

<sup>(38)</sup> BIANCA, *ob. cit.*, p. 386; PERLINGIERI, *ob. loc. cit.*; STS italiano núm. 4480, de 15 de diciembre de 1984, en *Repertorio del Foro italiano*, 1954, voz *Danni per inadempimento di contratto*, núm. 40.