

COMENTARIOS AL CÓDIGO CIVIL BOLIVIANO

José Ramón de Verda y Beamonte
DIRECTOR

LIBRO TERCERO
DE LAS OBLIGACIONES

PARTE PRIMERA
DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL

COORDINADORES:

Javier Barceló Doménech, Llanos Cabedo Serna,
Manuel Ángel de las Heras García y Nuria Martínez Martínez

Valencia, Santa Cruz de la Sierra, 2025

**Livia**
EDITORIAL

**IDIBE**
Instituto de Derecho Iberoamericano



**tirant
lo blanch**
GRUPO EDITORIAL

COMENTARIOS AL CÓDIGO CIVIL BOLIVIANO

Director: José Ramón de Verda y Beamonte

LIBRO TERCERO
DE LAS OBLIGACIONES

PARTE PRIMERA
DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL

Coordinadores: Javier Barceló Doménech, Llanos Cabedo Serna,
Manuel Ángel de las Heras García y Nuria Martínez Martínez

Valencia, Santa Cruz de la Sierra, 2025



COMENTARIOS AL CÓDIGO CIVIL BOLIVIANO

© **COMENTARIOS AL CÓDIGO CIVIL BOLIVIANO**
LIBRO TERCERO: DE LAS OBLIGACIONES
PARTE PRIMERA: DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL
Director: José Ramón de Verda y Beamonte
Coordinadores: Javier Barceló Doménech, Llanos Cabedo Serna, Manuel
Ángel de las Heras García y Nuria Martínez Martínez

ISBN: 978-84-09-72973-9
Depósito legal: V-2365-2025

Editorial LIVIA
IDIBE Instituto de Derecho Iberoamericano
TIRANT LO BLANCH Grupo Editorial
Diagramación: Elías On

Reservados todos los derechos. No se permite reproducir, almacenar en sistemas de recuperación de la información ni transmitir alguna parte de esta publicación, cualquiera sea el medio empleado -electrónico, mecánico, fotocopia, grabación, etc., sin el permiso previo de los titulares de los derechos de propiedad intelectual.

Impreso en Valencia, España



ÍNDICE DE AUTORES

Federico Arnau Moya (Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil de la Universidad “Jaume I” de Castellón): arts. 316, 317 y 318.

Javier Barceló Doménech (Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Alicante): arts. 291, 292, 293 y 294.

Llanos Cabedo Serna (Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil de la Universidad de Alicante): arts. 358, 359, 360, 361 y 362.

Almudena Carrión Vidal (Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil de la Universidad de Valencia): arts. 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374 y 375.

María Dolores Cano Hurtado (Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad Cardenal Herrera-CEU, CEU Universities): arts. 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337 y 338.

José María Cardós Elena (Profesor Asociado de Derecho Civil de la Universidad de Valencia): arts. 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448 y 449.

Purificación Cremades García (Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad “Miguel Hernández” de Elche): arts. 310, 311, 312, 313, 314 y 315.

Manuel Ángel de las Heras García (Profesor Permanente Laboral de Derecho Civil de la Universidad de Alicante): arts. 379, 380, 381, 382 y 383.

Borja del Campo Álvarez (Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo): arts. 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402 y 403.

Beatriz Extremera Fernández (Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil de la Universidad de Alicante): arts. 423, 424, 425 y 426.

Pedro José Femenía López (Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Alicante): arts. 302 y 351.

Manuel García Mayo (Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla): arts. 389, 390, 391, 392, 393 y 394.

Pedro José López Más (Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil de la Universidad de Alicante): arts. 352, 353, 354, 355, 356 y 357.

Julián López Richart (Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Alicante): arts. 295, 296, 297, 298, 299, 300 y 301.

Cristina López Sánchez (Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad “Miguel Hernández” de Elche): arts. 339, 340, 341, 342 y 343.

Teresa López Tur (Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil de la Universitat de Les Illes Balears): arts. 319, 320, 321, 322 y 323.

Andrés Marín Salmerón (Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil de la Universidad de Murcia): arts. 427, 428, 429, 430, 431 y 432.

Javier Martínez Calvo (Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza): arts. 324, 325 y 326.

Nuria Martínez Martínez (Profesora Permanente Laboral de Derecho Civil de la Universidad de Alicante): arts. 416, 417, 418, 419, 420, 421 y 422.

Virginia Múrtula Lafuente (Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Alicante): arts. 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414 y 415.

Manuel Ortiz Fernández (Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil de la Universidad “Miguel Hernández” de Elche): arts. 344, 345, 346, 347, 348, 349 y 350.

Alejandro Platero Alcón (Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil de la Universidad de Extremadura): arts. 376, 377 y 378.

Begoña Ribera Blanes (Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Alicante): arts. 327, 328, 329 y 330.

Reyes Sánchez Lería (Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad “Pablo de Olavide” de Sevilla): arts. 384, 385, 386, 387 y 388.

Silvia Vilar González (Profesora Permanente Laboral de Derecho Civil de la Universidad “Jaume I” de Castellón): arts. 303, 304, 305, 306, 307, 308 y 309.

por la propia naturaleza de la obligación: si el incumplimiento consiste en realizar una actividad positiva que provoca la alteración no querida, no tiene sentido examinar si cabe esperar que más tarde se cumpla, puesto que ya se ha producido el incumplimiento al ejecutar aquello en cuya abstención radicaba la satisfacción del interés de la obligación. En las obligaciones negativas no hay deudores morosos, o se cumplen o se incumplen pero no se pueden cumplir tarde.

No obstante lo anterior, en algunos supuestos surge la duda: cuando la obligación no consiste en la prohibición de hacer algo concreto se aplica lo que venimos señalando pero cuando la obligación en cuestión consista en el cese de una actividad que se venía realizando, parece que al menos en cierto modo podría incurrirse en mora, sobre todo si tal cesación no puede efectuarse simplemente absteniéndonos, sino que hace falta la determinación de diversos actos positivos. En tal caso como la obligación en realidad no es puramente de no hacer, sino que podríamos decir que tiene un carácter mixto, se podría hablar de mora siempre y cuando se cumplan los requisitos para ello.

En cualquier caso hay que tener en cuenta que las obligaciones negativas no pueden ser indefinidas ni tener una duración excesiva en el tiempo porque ello iría en contra del principio de libertad contractual. Siendo ello así, las partes habrán de determinar su duración y, a falta de pacto habría que acudir a los tribunales.

Cristina López Sánchez

ART. 344.- (Resarcimiento del daño).-

El resarcimiento del daño, en razón del incumplimiento o del retraso, comprende la pérdida sufrida por el acreedor y la ganancia de que ha sido privado, con arreglo a las disposiciones siguientes.

1. *Consideraciones preliminares.* La primera cuestión que cabe resaltar es que la ubicación del precepto, en el campo de las obligaciones, en general, ya nos pone sobre aviso de que resulta aplicable tanto a la responsabilidad civil derivada de un contrato como a la responsabilidad civil extracontractual. Y ello, a pesar de que el tenor literal del art. 344 CC evoque al sector contractual, pues los términos “incumplimiento” o “retraso” parece que se refieren a tal ámbito. Así las cosas,

al margen de las particularidades que, posteriormente, se realicen en el propio Código o en normas especiales, el artículo recoge el que se ha venido a denominar como principio de reparación de todo el daño patrimonial probado y objetivamente imputable al deudor (contractual) o responsable (extracontractual).

En todo caso, este precepto se limita a definir, llegado el caso, el contenido del resarcimiento de los daños producidos. No estamos, en definitiva, ante un criterio de atribución de la responsabilidad ni, cuanto menos, de determinación del sujeto responsable. Muy al contrario, su finalidad es concretar (de forma incompleta, como se verá), qué perjuicios han de resultar reparados. Por ello, no se ve afectado por otros preceptos (equivalentes, por lo demás, a los artículos 1107 y 1108 CC español) que, ente caso sí, circunscriben el ámbito en el que procede el resarcimiento. Así las cosas, los mencionados preceptos actúan como complementos (necesarios) del comentado ahora art. 344 CC.

Por otro lado, cuando se emplea la palabra daño se está aludiendo al interés lesionado por la conducta de que se trate, ya sea producido sobre los bienes o las cosas, ya afecte a los bienes de la personalidad o a la integridad física o moral, ya sean de carácter inmaterial. Pero, tal y como ocurre con el art. 1106 CC español, recoge los daños patrimoniales olvidando, no obstante, los que no tienen dicha característica.

Una vez señalado lo anterior, conviene realizar dos matizaciones. En primer lugar, por obvio que parezca, de la no inclusión de los perjuicios morales no se deriva que los mismos no sean indemnizables. Parece pacífico admitir, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia españolas, que existe fundamento normativo en otros preceptos para poder resarcir estos daños sin que, por lo demás, sea necesario incluirlos en el concepto de daño emergente que se comentará posteriormente.

En segundo lugar, ciertamente, es preciso tener presente que, con independencia del bien jurídico que se ve afectado, los daños pueden ser patrimoniales o morales. Sin embargo, tal diferencia no obsta para que, en la práctica, cuando se lesione un interés patrimonial, se pueda conculcar, a su vez uno de tipo moral; y, al contrario, cuando el perjuicio tiene lugar con respecto a un interés no patrimonial (tales como los relativos a los bienes de la personalidad), bien puede producirse e indemnizarse una vulneración del ámbito patrimonial.

En otro orden de cosas, no se puede obviar que la reglamentación contenida en el art. 344 CC solamente resulta de aplicación con carácter supletorio, en una doble

medida: en lo que resulte disponible y siempre que exista, se recurrirá a la autonomía de la voluntad, esto es, a los pactos entre las partes; en defecto de la misma, si hubiere normas especiales, siguiendo el aforismo *lex specialis derogat generalis*, tendrán carácter preferente (*vid.* a modo de ejemplo lo que ocurre en España con los daños de circulación producidos por vehículos a motor que cuentan con una legislación específica).

2. *El daño patrimonial y su restitución o reparación.* Cuando nos referimos al resarcimiento del daño (si se quiere, indemnización), se trata de reparar los perjuicios causados por el incumplimiento (del contrato) o, en su caso, por la acción ilícita (si no media vínculo contractual). Al margen de que, tal y como ocurre con la legislación española, se tenga en cuenta la esfera subjetiva del sujeto actuante (buena o mala fe) en diversos preceptos y que se le atribuya efectos relevantes, la indemnización por daños y perjuicios persigue la compensar el interés que ha sido afectado; no sancionar o castigar al causante del mismo. En definitiva, se atribuyen las repercusiones negativas que los actos hayan causado al patrimonio del acreedor o víctima.

A nuestro parecer, de lo anterior se deriva que no es posible identificar el daño sufrido con los beneficios obtenidos por el deudor o sujeto activo del hecho. Una cosa es que tal extremo se pueda tener en consideración, como referencia, para apreciar la existencia de un perjuicio e incluso su cuantificación, según los casos, y otra que se pueda aplicar una suerte de equivalencia entre ambas realidades.

Tradicionalmente, se discute en la doctrina española, sin embargo, si cabe reclamar, en sustitución de la indemnización, lo que se haya obtenido por el incumplidor o infractor (es decir, no solamente el *commodum ex re*, sino también el denominado *commodum ex negatione*). La duda que se plantea al respecto es, al margen de si recibe amparo normativo o no (cuestión que no es baladí), si estamos, en cierta medida, ante una solución cercana al carácter sancionador o si se puede producir un enriquecimiento injusto.

En cuanto a la determinación del daño patrimonial sufrido, parece lógico pensar que se ha de aplicar la teoría de la *conditio sine qua non*; esto es, llevar a cabo un ejercicio mental para dirimir cuál sería la situación del patrimonio del acreedor de no haberse producido el hecho. Una vez realizado lo anterior, la solución aplicable es sencilla, en tanto en cuanto la reparación consistiría, precisamente, en reponer dicho patrimonio al estado que tendría si no se produjese el daño. En suma, el

contenido de la indemnización se identifica con el llamado interés positivo (o interés de cumplimiento). No obstante, esta interpretación puede conducir a resultados injustos por varios motivos.

Por un lado, porque engloba, de forma potencial, todos los perjuicios que puede sufrir el patrimonio del acreedor y olvida que muchos no serán objetivamente imputables siguiendo las reglas del Código. Por otro lado, porque parece admitir que se han de tener en cuenta, sin límites, las posibles ventajas que se produzcan en el patrimonio de la víctima, lo cual tampoco parece aceptable. Por último, porque descarta la reparación del daño, de facto, en los casos en los que el daño se hubiese producido igualmente por un curso causal diferente.

Sea como fuere, señalan algunos autores que de lo anterior no se deduce que existan escenarios en los que la obtención de algunas ventajas o beneficios derivados del incumplimiento sean tenidas en cuenta tanto para afirmar la existencia del mismo como para cuantificarlo. Desde nuestra perspectiva, en tales casos no es que se produzca una compensación entre el daño y el beneficio, sino que, en realidad, el perjuicio que se ha producido ha sido menor o se ha visto minorado por esta circunstancia.

Dicho con otras palabras, si el patrimonio de la víctima se ha visto reducido en una determinada cantidad por la conducta de la otra parte, pero al mismo tiempo ha generado cierto beneficio, no se puede afirmar que el daño sea el primero. Muy al contrario, la verdadera reducción del patrimonio se produce calculando la diferencia entre lo que se pierde y lo que se obtiene (la cantidad “neta”). Repárese em que, de no ser así, se estaría produciendo un enriquecimiento injusto en favor del acreedor.

Por otro lado, se plantea la disquisición de si es indemnizable el interés negativo (o interés de la confianza), que se identifica no ya con la situación que se hubiera producido de no mediar incumplimiento, sino con el contexto que existiría si la víctima no hubiese suscrito el convenio. Ciertamente, no es una cuestión pacífica en la doctrina y, si bien la corriente mayoritaria solamente acepta el interés positivo, también encontramos autores que admiten que se pueda solicitar la indemnización por el interés negativo que puede venir referido a otras opciones perdidas por el acreedor. De hecho, incluso se ha defendido que se pueda solicitar en los supuestos en los que se mantenga el contrato vigente, de tal suerte que la indemnización sería el resultado de restar del precio el valor real de la prestación que no se acomoda. Que, por lo demás, no es equivalente al reajuste contractual.

En último lugar, interesa apuntar que parte de la doctrina (y algunos pronunciamientos) se ha decantado por afirmar que el incumplimiento contractual representa, en sí mismo, un daño indemnizable que se concreta en el valor de la prestación omitida (daño intrínseco o *propter rem ipsam*).

3. Las partidas indemnizatorias en los daños patrimoniales: el daño emergente y el lucro cesante. Cabe destacar que, a pesar de que en las líneas que se siguen se tratará de llevar a cabo una distinción entre el daño emergente y el lucro cesante, con respecto a la reparación del daño tal diferencia no tiene trascendencia práctica. Además, como se verá, existen supuestos cuya categorización no es sencilla y que no están exentos de discusión.

Por lo que se refiere al daño emergente, se identifica con la pérdida efectivamente sufrida como consecuencia de la actuación del tercero, pudiendo identificarse con diversos supuestos: valor del bien destruido, reparación de un bien dañado, gastos sanitarios derivados de las lesiones sufridas, etc.

Por su parte, el lucro cesante viene referido al beneficio que se ha dejado de obtener como consecuencia de la actuación del deudor (interés positivo), sobre los cuales la jurisprudencia española ha mantenido una postura “restrictiva” en cuanto a su reconocimiento. Beneficio que la jurisprudencia española ha admitido, por ser una ventaja evaluable, como pérdida del uso de la cosa.

En todo caso, en abstracto, el lucro cesante engloba tanto el referido interés positivo como el interés negativo, que alude a las ventajas que podría haber obtenido si se hubiese destinado los recursos a otros contratos). Y ello, al margen de los problemas que pueden producirse en sede de imputación objetiva. Cabe reseñar que el lucro cesante indemnizable puede ser actual o futuro.

A los ya conocidos problemas relacionados con la imputación objetiva y con la cuantificación del lucro cesante, hay sumar la prueba de su propia existencia. No se puede obviar que, en definitiva, se encuentra muy ligada a la probabilidad que ha de ser, siguiendo la jurisprudencia española, “de cierta probabilidad objetiva” o de “razonable verosimilitud”. Se trata de recurrir a la teoría de la *perte de chance*, como medio para calcular, en atención a las particulares circunstancias del caso concreto, con qué probabilidad se hubiera producido.

Ha existido debate doctrinal y jurisprudencial en relación con los supuestos de no entrega de un bien, la diferencia entre el precio y el (mayor) valor que tenía en el momento en que debía cumplir y su categorización como daño emergente o lucro cesante. Sin embargo, la doctrina más autorizada entiende que se trata de un lucro cesante. También existe discusión en cuanto al incremento del coste de un negocio de cobertura, existiendo pronunciamientos que se decantan por considerar que cuando ha tenido que abonar un precio superior se trata de un daño emergente.

4. La clasificación del lucro cesante. En este momento, corresponde que exponamos, siquiera brevemente, los distintos tipos de lucros cesantes que se pueden encontrar en la práctica. Siguiendo la doctrina española, se ha clasificado en atención al interés del acreedor afectado por la pérdida/disminución del beneficio. En primer lugar, tal extremo se ha producido en relación con la pérdida de la ventaja en el intercambio cuando, por ejemplo, se frustra la enajenación de un bien por un precio superior al de adquisición.

En segundo lugar, cuando estamos ante una conculcación del interés del acreedor al ver frustrada la obtención de una utilidad de la prestación, como ocurre con la pérdida de ganancia en una reventa o de la renta de un arrendamiento, por ejemplo. Sin embargo, es posible encontrar supuestos en los que las diferencias entre el lucro cesante y la prestación debida no son claras. Piénsese en la remuneración de los servicios o en la obligación de abonar la renta en los contratos de arrendamiento.

En el primer caso, parece las voces más autorizadas centran el foco en si el servicio se ha prestado o no: si es así, se acudiría a una acción de cumplimiento contractual y, en su caso, a una indemnización por demora; si, por el contrario, no se ha realizado, la indemnización se presenta como la vía idónea. En el segundo escenario, la reparación del daño procedería si se ha resuelto el contrato (y no si el mismo está vigente).

En tercer y último lugar, cabe referir los casos en los que se haya producido una afectación de los bienes del deudor cuando existe un interés en su mantenimiento o salvaguarda por ser una fuente de beneficio. Nos referimos a los daños producidos a los bienes que actúan como garantía de una obligación (al margen de que existen supuestos limítrofes que pueden englobarse en el grupo anterior), a la cosa arrendada o depositada, etc.

5. Breve referencia a los daños morales. Los daños morales, siguiendo la jurisprudencia española, se identifican con el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que

en algunas personas pueden producir ciertas conductas, actividades e incluso resultados, con independencia de la naturaleza patrimonial o no del bien, derecho o interés infringido. En suma, son perjuicios que se producen en los bienes o derechos de la personalidad o en la parte afectiva o anímica de la persona o a cualquier interés de contenido no patrimonial o que trascienda a dicha esfera no patrimonial.

Pues bien, si con respecto al ámbito extracontractual no parecía existir demasiado debate en cuanto a su incorporación en el Derecho español, no ha ocurrido lo mismo en sede contractual. Ciertamente, se va admitiendo por los tribunales que el incumplimiento contractual puede conllevar un daño moral, siempre que resulte debidamente probado. Sea como fuere, tal y como destaca la doctrina española, no parece procedente que tal indemnización opere, sin más, en caso de incumplimiento.

Antes al contrario, esa frustración o alteración no resulta, *per se*, resarcible, sino que esta afectación ha de tener cierta relevancia. A lo que hay que anudar los problemas de imputación objetiva, máxime si estamos ante un deudor no doloso.

También parece evidente que, como ponen de relieve las voces más autorizadas, el daño moral no ha de utilizarse como un medio para paliar la falta de prueba de los lucros cesantes o la baja compensación de los perjuicios. Existen mecanismos para solucionar tales escenarios y, desde nuestra perspectiva, es necesario que el daño moral ocupe el lugar que corresponde y tenga un tratamiento acorde.

Manuel Ortiz Fernández

ARTÍCULO 345. (Daño previsto).-

El resarcimiento sólo comprende el daño previsto o que ha podido preverse, si el incumplimiento o retraso no se debe a dolo del deudor.

1. Consideraciones preliminares. Como se tuvo ocasión de señalar, el art. 345 CC (cuyo equivalente lo encontramos en el art. 1107 CC español), se refiere a los daños que pueden imponerse al deudor o, en otras palabras, aquellos que pueden ser imputados objetivamente al sujeto actuante.

Interesa poner de relieve que el precepto solamente resulta aplicable al ámbito contractual. No por la terminología propia del mismo (“incumplimiento”, “retraso”), sino por cuanto a la imposibilidad de extrapolar el criterio de la previsibilidad al sector extracontractual. Este extremo se debe, fundamentalmente, a dos motivos: primero, porque no se puede hablar, propiamente, de incumplimiento en este último; y segundo porque el análisis de la previsibilidad se realiza en relación con el momento inicial (el nacimiento de la obligación) y no con respecto al momento final (del incumplimiento).

2. *Los daños causados por el deudor de buena fe.* La primera cuestión sobre la que debemos detenernos es sobre la referida al tipo de deudor. Como se observa, se trata de un deudor no doloso que, por tanto, puede haber actuado con culpa o negligencia o, simplemente, responder por disposición legal o convencional con independencia del elemento subjetivo.

En segundo lugar, al margen de la compleja redacción del art. 345 CC (casi formulado en un sentido negativo), olvida dos elementos sí contemplados en el art. 1107 CC español y que resultan esenciales: la relación con el incumplimiento. Por un lado, señala que el resarcimiento comprende el daño “previsto o que ha podido preverse”, pero no aclara en qué momento temporal. Por otro lado, que los daños aparezcan como consecuencia necesaria de la conducta del deudor. Y es que, a la luz del art. 345 CC se puede deducir únicamente un requisito para que exista responsabilidad en este caso: la previsibilidad del daño al momento de suscribir el contrato.

A) *El juicio de previsibilidad del daño.* Sobre la primera cuestión, cabe destacar que no es menor, pues no es lo mismo que el análisis se lleve a cabo en el momento inicial (y con los conocimientos que se tenían) que cuando se produce el incumplimiento, cuyo contexto puede ser totalmente diferente. Esta discusión puede conectarse con el caso fortuito y la fuerza mayor, en el sentido de que estas últimas centran su atención en la imputación de hechos que, en el momento del incumplimiento, puedan ser previstos. Es decir, responsabilizar, en suma, de los riesgos voluntariamente asumidos.

Sin embargo, cuando nos referimos a los daños previsibles desde la óptica del resarcimiento, lo relevante es concretar los perjuicios que, al inicio de la obligación, aparecían como probables. Afirma la doctrina, pues, que no se trata de imputar, sino de determinar qué consecuencias negativas son indemnizables. Sea como fuere, quizás esta última afirmación pueda ser discutible, toda vez que, siendo

cierto que la lógica de uno y otro escenario difieren, parece que la responsabilidad contractual, en general, se ocupa de los daños globales del contrato; ya sean aquellos que aparecían como probables al inicio; ya aquellos que surgieron al momento del incumplimiento. Y en ambos se atiende al elemento subjetivo para imputar o atribuir las consecuencias.

Así las cosas, parece que no se trata tanto de diferenciar entre la concreción de los daños resarcibles y la imputación pues, en definitiva, la derivación lógica es la misma: que se repare o no el daño. En suma, desde nuestra perspectiva se debe analizar qué riesgos asume el deudor (al inicio o al final) y el modo en que lo lleva a cabo (culpa, negligencia o dolo) y de dicho examen se concluirá acerca de la indemnización.

No obstante, surge otra cuestión relacionada con la imputación objetiva de los perjuicios en aplicación del juicio de previsibilidad como es el relativo al criterio con respecto al cual debe estudiarse dicha probabilidad. Parece lógico pensar que no será relevante lo que, a juicio del acreedor, resultase posible, sino que lo importante es determinar lo que aparecía como predecible desde la esfera del deudor.

Afirman las voces más autorizadas que este último ha de poder efectuar una baremación inicial y racional de costes y beneficios derivados tanto del potencial cumplimiento como del incumplimiento. Por este motivo, concluyen que, si dichos daños superan el nivel de previsibilidad normal, el acreedor ha de informar adecuadamente al deudor para que pueda decidir si asume un nivel de riesgos superior al ordinario o no para, en su caso, acomodar proporcionalmente la contraprestación exigida o, directamente, no celebrar el negocio. De hecho, ese elemento subjetivo conecta, de forma directa, con el tipo de incumplimiento (culposo o doloso), como se tuvo ocasión de señalar.

En todo caso, quizás por los problemas prácticos probatorios que se derivan, la doctrina ha tratado de objetivar, en cierta medida, la atribución de responsabilidad. Ello se ha realizado trayendo a colación, por exportación de la dogmática alemana, el que se ha denominado fin de protección del contrato. Si se depara con detenimiento, esta regla permite recurrir a pautas generales tales como el precio, la información prestada por la contraparte, los usos del tráfico, etc. Además, tal extremo no solamente dirimirá si existe un daño indemnizable por cuanto también se empleará para decidir el importe del resarcimiento (téngase en cuenta, en todo

caso, que existen autores que descartan esta posibilidad y que solamente permiten una moderación judicial si la responsabilidad excediese con mucho de lo previsto).

De ahí no se deduce, de ningún modo, que no sean importantes las circunstancias del caso concreto y de las personas que intervienen. Nada más lejos de la realidad. Al margen de que en cada tipo de contrato puedan extraerse ciertas reglas aplicables al resto de supuestos (piénsese, por ejemplo, en el valor del bien objeto de la prestación), no se pueden perder de vista las particularidades existentes en cada contexto. Este último influirá, inexorablemente, en las expectativas que las partes depositan en el negocio jurídico y, por tanto, en el ámbito de protección que se deriva.

Y, en dicho escenario, las personas tienen una influencia indiscutible. No parece que sea equivalente contratar con un reputado empresario con una trayectoria intachable o con un conocido incumplidor de sus obligaciones. A este respecto, los conocimientos que tenga el deudor adquieren una significación especial. Imagínese que se quiere enajenar un cuadro que no pertenece al autor que se atribuye y el vendedor es un marchante de arte. ¿Puede excluir su responsabilidad por no ser algo previsible para él?

Existen motivos que justifican que el tratamiento no debería idéntico en estos escenarios, por cuanto el conocimiento que tiene una persona influye en la actuación que desempeña. Pero también puede plantearse si, en cierta forma, se está “sancionando” a aquel que, por las razones que sean, tiene una mayor formación o información sobre un aspecto concreto.

Como quiera que no es posible adentrarnos en la mente del deudor para concretar qué riesgos o qué conocimientos poseía, se aplican reglas de responsabilidad que no se asemejan a una imputación. Nos referimos a las fórmulas tales como el espectador objetivo o la diligencia media, cuya virtualidad radica en atribuir, objetivamente, las consecuencias negativas que se derivan de un incumplimiento. Se trata, en suma, de responsabilizar por aquellos daños que fueran previsibles de haber actuado siguiendo las reglas de la buena fe, esto es, de aquellos perjuicios que no puedan obviarse sin actuar con un manifiesto desprecio por el respeto al pacto.

Desde esta perspectiva, se atribuyen los daños que se derivan del contrato y, relacionado con esto último, también cabe realizar algo similar con los conocimientos del deudor y con el tipo de incumplimiento. Así, a pesar de que el dolo, como se verá, tenga que ser probado, siempre se efectuará de un modo indiciario. Por lo

tanto, también cabe que se atribuya al deudor cuando se deduzca del contexto y de la prueba practicada.

B) La relación con el incumplimiento del contrato. Por lo que respecta a la segunda disquisición, la vinculación con el incumplimiento contractual permite que se apliquen criterios de imputación objetiva que, incluso, podrían dar lugar a la ausencia de responsabilidad de un deudor con respecto a un perjuicio previsible. No obstante, a pesar de que no se prevé de forma expresa, consideramos que la vinculación con el incumplimiento resulta vigente desde una perspectiva, si se quiere, de justicia material.

En este sentido, si al dirimir los daños que tiene que hacerse cargo el deudor solamente recurrimos a un criterio de probabilidad (el cual puede ser muy complejo de determinar en ciertos casos), se tendrían que reparar perjuicios que, por más que previsibles, no guardan relación alguna con el incumplimiento de la obligación. Desde esta lógica, si un hecho no es previsible no podrá ser imputado; como tampoco lo será si es previsible pero no aparece como una condición necesaria del incumplimiento. Consiste en diferenciar entre causalidad y casualidad.

Sea como fuere, como ponen de relieve algunos autores, no aporta demasiado este extremo de forma aislada, pues la serie de consecuencias relacionadas directa o necesariamente con el incumplimiento puede ser muy elevada. Se precisan, pues, criterios que permitan seleccionar causalmente los daños que son imputables al deudor.

La doctrina española suele aludir para excluir la responsabilidad, en este punto, a cuestiones tales como los riesgos generales de la vida (que han de ser asumidos por todos), la ausencia de incremento del riesgo por el deudor, la prohibición de regreso (esto es, que la actuación de un tercero rompa en curso causal de la acción) o la adecuación (el juicio de un observador experimentado), entre otros.

C) Unas reflexiones finales. Cuando nos aproximamos al art. 345 CC podemos extraer dos juicios o reglas que, además, se sitúan en momentos y en estadios o planos diferentes. En primer lugar, hay que tener en cuenta que la vinculación necesaria con el incumplimiento no es objeto del análisis de probabilidad que referíamos, tal y como se deduce del propio tenor del precepto. En segundo lugar, algunos autores, derivado de lo anterior, consideran que el daño de la prestación no realizada (*circa*

rem) se estudia en relación con el incumplimiento y, por su parte, los daños *extra rem* en sede de previsibilidad.

A nuestro entender, no cabe excluir ninguno de los dos exámenes, pero tampoco atribuir funciones que no dispone. El juicio de previsibilidad se concreta en un análisis probabilístico de la causalidad. Si se quiere, sirve para excluir aquellos perjuicios que no han de ser indemnizados bajo la óptica del resarcimiento contractual. Esto es, dado que no procede responsabilizar al deudor de aquellas consecuencias que no pudo evitar o, en otras palabras, que no asumió (el riesgo), no cabe que tenga que resarcirlas.

Por su parte, desde la perspectiva de la necesidad y de la conexión con el incumplimiento, se ha de concluir acerca de la relación con la conducta del deudor. Se trata, pues, de imputar aquellos daños que se deriven directa y necesariamente de la no realización de lo previsto en el negocio jurídico y descartar, por el contrario, aquellos que se hayan producido por causas ajenas al incumplidor. Estamos ante un juicio de causalidad adecuada que se corresponde con la comparación del hecho realizado con lo previsto en una norma o en un contrato para concluir, de forma reforzada, si estamos ante un acto al que hay que atribuir responsabilidad.

No pueden, sin embargo, interpretarse como compartimentos estancos. Ambos forman parte de una misma realidad; de un todo: el principio del resarcimiento del daño. Así las cosas, la aplicación conjunta permite decidir, en un supuesto concreto, qué daños resultan indemnizables y, por tanto, ha de asumir el deudor-incumplidor. Es por ello, que es posible pensar en ciertos escenarios que aparecen, a priori, como posibles en el ámbito de un negocio pero que sobre los que no se deba responder (por ejemplo, porque la intervención de un tercero ha “roto” el nexo causal).

O, al contrario, que se produzca un incumplimiento contractual y se produzca un daño que, normalmente, se deriva de tal circunstancia, pero el deudor no tenga que indemnizar por cuanto tal perjuicio se ha producido por elemento externo al control de este último (por caso fortuito, por ejemplo).

3. *Los daños causados por el deudor de mala fe.* De la compleja redacción del art. 345 CC parece deducirse que el deudor doloso responderá de todos los daños que se deriven del contrato, con independencia de que hubieran o no podido preverse. Por su especial regulación en el art. 346 CC, reservaremos los comentarios a este respecto para dicho precepto.

4. *El deber del acreedor de mitigar el daño.* Para finalizar, hemos de aludir al deber de mitigar el daño por parte del acreedor (en la actualidad incluido en el principio de buena fe contractual). Se trata, en definitiva, de que el acreedor adopte una conducta que no incremente los efectos (los daños) derivados del incumplimiento.

Su fundamento se encuentra en las legítimas expectativas que todo deudor (incluido el doloso) tiene de poder conocer, a priori, cuál es el coste del incumplimiento del contrato para adoptar una u otra actitud. Desde esta lógica, afirman algunos autores que todo acreedor está obligado a mantener una conducta económica, de tal suerte que le resulte menos gravoso el incumplimiento imputable a su contratante.

Estas cuestiones serán tratadas con mayor detenimiento en el ámbito del art. 348 CC, donde encuentra una plasmación expresa al regular la posible culpa concurrente del acreedor en la creación o el incremento del daño

Manuel Ortiz Fernández

ARTÍCULO 346. (Daños inmediatos y directos).-

Aunque haya dolo del deudor, el resarcimiento no debe comprender, en cuanto a la pérdida experimentada por el acreedor y la ganancia de que ha sido privado, sino lo que sea consecuencia inmediata y directa del incumplimiento.

1. *Consideraciones preliminares.* Tal y como tuvimos ocasión de señalar, de una lectura del art. 345 CC, pareciera que el deudor doloso responderá de todos los daños que se deriven del contrato, con independencia de que hubieran o no podido preverse. Así, incorpora un aspecto que ha sido criticado en la doctrina española como es el relativo a la aparente “ilimitada” responsabilidad por dolo, toda vez que no se relaciona, como sí se hace con los perjuicios producidos mediando negligencia, con el criterio de la previsibilidad. De esta suerte, si no se aplicase una interpretación correctora, sería la pura causalidad la que determinase la responsabilidad.

Además, cabe matizar que, siguiendo el mencionado art. 345 CC, se presenta más costoso obtener dicha interpretación porque, como indicamos, no se alude a la conexión con el incumplimiento (siguiendo el tenor literal del art. 1107.II CC español,

“los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento”). Sin embargo, tal conclusión se modifica si atendemos a lo previsto en el art. 346 CC, como se tendrá ocasión de comprobar. Y ello, porque este último no permite que se resarza todo aquello que no “sea consecuencia inmediata y directa del incumplimiento”.

2. *La extensión de la responsabilidad por dolo: un criterio corrector.* Siguiendo la doctrina española, consideramos que no tiene excesivo sentido aplicar una interpretación literal ni del art. 1107 CC español ni, por idénticos motivos, del ahora analizado art. 346 CC. La “desconexión” con los criterios de previsibilidad del daño y de necesidad de vinculación con el incumplimiento puede dar lugar a consecuencias tan negativas como absurdas.

De hecho, tampoco la jurisprudencia ha entrado de una forma completa en esta disquisición y, con buen criterio para algunos autores, ha equiparado el resarcimiento para los deudores negligentes y para los dolosos, pero excluyendo que pueda ampararse en limitaciones legales o convencionales de responsabilidad.

Conviene destacar que una postura como la que se propone no es, como recogen las voces más autorizadas, una excepción al principio de reparación integral del daño patrimonial (en aplicación, por lo demás, del último inciso del art. 1106 CC español). Muy al contrario, se trata de llevar a cabo una visión de conjunto, de tal forma que la conclusión es que el Derecho civil solamente permite la reparación del daño (ya daño emergente, ya lucro cesante) que sea objetivamente imputable; y no que la falta de imputación objetiva permite no aplicar la regla que obliga a la satisfacción del interés del acreedor frente al incumplimiento. Y, además, sirve para clarificar las diferencias con otras figuras que sí suponen una verdadera excepción al principio comentado (*vid.* las limitaciones por aplicación de baremos, por ejemplo).

Por otro lado, como apuntan algunos autores, en el caso del Derecho español las fuentes precodificadas demuestran que el legislador no se estaba refiriendo al deudor de mala fe en el momento del incumplimiento, sino a los supuestos de dolo precontractual. Esto es, el legislador estaba pensando en aquellos casos en los que, a diferencia de lo que ocurre con carácter general en el sector contractual donde los incumplimientos se producen por una cuestión económica, una de las partes trata de engañar a la otra mediante maquinaciones insidiosas y fraude. Este último escenario conecta con los tipos de dolo y, más concretamente, con el que se ha identificado por algún autor como “dolo malo”.

En realidad, todas las interpretaciones ofrecidas tienen un objetivo común: evitar la aplicación literal del precepto por contener consecuencias absurdas. Lo que varía es la propia argumentación que se emplea para ello. Veamos cada una.

A) La interpretación extensiva del incumplimiento culposo y del incumplimiento doloso. Parte de la doctrina considera que no tiene excesivo sentido que la responsabilidad del deudor que incumple de forma dolosa sea ilimitada. Muy al contrario y teniendo en cuenta las reglas aplicables al incumplidor culposo o negligente, considera que cabe recurrir a los mismos juicios en este caso, toda vez que el fundamento es resarcir el daño y no castigar.

Desde esta lógica, con independencia de que se tenga en cuenta el elemento subjetivo (intención), no es posible hacer responsable a una persona con respecto a daños que no pudo ni prever ni que guarden relación directa con el incumplimiento. En todo caso, el tratamiento no es totalmente equivalente con el deudor culposo, pues no permiten que el doloso se beneficie de limitaciones legales o convencionales (y, además, suprimen toda moderación judicial de la responsabilidad).

B) La interpretación intermedia o de la “consecuencia necesaria”. Por otro lado, encontramos autores que recurren a una interpretación original del art. 1107 CC para considerar que los términos “conocidamente” y que “se deriven” equivalen a que los daños sean “consecuencia necesaria” del incumplimiento. Sin embargo, teniendo en cuenta que el CC boliviano exige que sean consecuencia “inmediata y directa” de la falta de cumplimiento, no sería preciso llevar a cabo el esfuerzo mencionado. Sea como fuere, lo que sí descartan es la aplicación del juicio de previsibilidad para los deudores dolosos.

C) A vueltas con el concepto y los tipos de dolo. Generalmente, el concepto de dolo se identifica con actitud contraria al cumplimiento; es decir, con el incumplimiento voluntario de la obligación. No obstante, algunos autores han querido ver distintos tipos de dolo, como hemos tenido ocasión de señalar, exigiendo en algunos casos que se anude una suerte de intencionalidad en la causación del daño o requiriendo que se trate de un fraude grosero a la hora de suscribir el acuerdo.

Desde esta perspectiva, la desconexión con el incumplimiento (y con la probabilidad) se vincula, pues, solamente al mencionado dolo malo, al que se produce con un propósito malicioso de engañar y dañar al acreedor. Y ello, porque, en realidad, en estos casos se está generando una nueva obligación que se aleja de la primigenia del

negocio jurídico. De este modo, no cabe aplicar “reducción” de la responsabilidad alguna y debe resarcir de todo el daño causado.

Por su parte, el deudor que actúa con un dolo, si se quiere, incidental, sí ha de recibir un tratamiento más parecido (que no similar) al que ha producido el incumplimiento de forma negligente y que, en suma, se identifica con el que contempla el art. 346 CC.

3. Reflexiones finales. El art. 346 CC excluye, de forma expresa, la responsabilidad del deudor que cause un daño que no esté vinculado de forma inmediata y directa con el incumplimiento. La referencia a la pérdida experimentada y a la ganancia de que ha sido privado no son más que reiteraciones de los conceptos indemnizatorios (ya analizados en el art. 344 CC): el daño emergente y el lucro cesante.

La propia literalidad del precepto, a nuestro parecer, evita discusiones como las aludidas, ya que los términos que incorpora se asemejan al incluido en el art. 1107 CC español referido a la “consecuencia necesaria”.

Si cabe, por lo demás, aplicar una interpretación como la que hemos comentado, de tal suerte que el art. 346 CC adquiera vigencia, únicamente, para los deudores que actúan con un dolo incidental (no con “dolo malo”) y que, incluso, se pueda aplicar el juicio de previsibilidad para evitar efectos indeseados.

Manuel Ortiz Fernández

ARTÍCULO 347. (Resarcimiento en las obligaciones pecuniarias).-

En las obligaciones que tienen por objeto una suma de dinero, el resarcimiento por el retraso en el cumplimiento sólo consiste en el pago de los intereses legales desde el día de la mora. Esta regla rige aún cuando anteriormente no se hubieran debido intereses y el acreedor no justifique haber sufrido algún daño. Si antes de la mora se debían intereses en medida superior a la legal, se deberán los intereses moratorios en la misma medida, siempre que se encuentren dentro de los límites permitidos.

1. *Consideraciones preliminares.* El precepto se ocupa de las consecuencias resarcitorias que se derivan del incumplimiento por parte del deudor de obligaciones consistentes en una suma de dinero. Así pues, no se refiere tanto a la regulación de dicho incumplimiento, por cuanto su finalidad es establecer la solución aplicable, no ya al incumplimiento definitivo, sino al retraso en el cumplimiento (la mora). En tales casos, deberá el deudor abonar una indemnización consistente en el pago de unos intereses.

En realidad, encierra tres presunciones. Por un lado, en cuanto a la indemnización de daños y perjuicios por el retraso en el cumplimiento de la obligación pecuniaria, a falta de acuerdo entre las partes, se corresponderá con el abono de intereses pactados. Por otro lado, la relativa a los intereses acordados que, salvo pacto en contrario, se corresponden con el interés legal del dinero. En tercer lugar, en fin, también supone que la mora provoca un daño *per se* que produce el devengo simultáneo y automático de los intereses.

En todo caso, no se puede obviar que, para que se genere el deber de abonar de intereses es preciso que la obligación sea líquida, cierta y exigible; en suma, puede resumirse en el brocardo latino *in illiquidis non fit mora*, esto es, no hay mora en las deudas ilíquidas.

2. *Los tipos de intereses y el anatocismo.* Tal y como afirma la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, estos intereses no tienen la naturaleza jurídica de “intereses reales”, sino que se califican como de “sanción o pena”, pues su objetivo es indemnizar los perjuicios causados por el deudor por el retraso en el cumplimiento de sus obligaciones. En definitiva, estamos ante los que se han venido a denominar intereses moratorios.

Ciertamente, podemos anudar, a los ya mencionados, otros dos tipos de intereses: intereses remuneratorios (compensatorios o retributivos) e intereses procesales. Así las cosas y a pesar de que el préstamo civil es un contrato genuinamente gratuito (a falta de pacto en contrario), siempre que se estipule una cantidad de dinero como contraprestación por dicho préstamo nos encontraremos ante los primeros.

Desde esta perspectiva, se está retribuyendo por el disfrute o uso del capital prestado. Si se depara con detenimiento, en realidad es una parte del precio del uso de una obligación dineraria que hay que restituir. Algo similar ocurre con la apertura de crédito o con el aplazamiento del precio en el marco de la compraventa.

Por su parte, los intereses procesales (denominados en algunos casos penitenciales o punitivos) tienen una finalidad diferente, aunque comparten algunas características. A este respecto, si los moratorios tratan de, en cierta medida, castigar por la demora en la entrega de dinero, los procesales promueven el cumplimiento de las sentencias condenatorias emitidas en primera instancia. Es decir, tratan de evitar el retraso malicioso por parte del deudor que, únicamente con una finalidad espuria, atrasa la devolución del capital recurriendo a otras instancias procesales (sin tener posibilidades de éxito).

En tal escenario, el importe suele ser superior al de los intereses moratorios y, por ejemplo, en el caso del art. 576 LEC española, devenga un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos (el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la ley). Como se puede observar, comparten, en última instancia, el objetivo de incentivar el cumplimiento de la obligación por parte del deudor. Pero difieren en los fundamentos y en su naturaleza.

En este punto, cabe traer a colación una cuestión sobre la que parece guardar silencio el art. 347 CC como es la relativa al anatocismo o capitalización de los intereses; en suma, si es posible que los intereses vencidos (no los futuros) se agreguen al principal y generen, a su vez, nuevos intereses. En el caso del art. 1109 CC, hay que señalar que es permisivo siempre que exista intimación judicial, pero con el importe del interés legal del dinero.

Sobre estas disquisiciones, de una forma muy resumida, podemos indicar que es posible diferenciar entre el anatocismo legal o judicial y el anatocismo convencional. En el primer caso, se debe solicitar en la demanda la incorporación de los intereses legales a los ya devengados para que se liquide en el proceso. En el segundo, deriva de

un pacto entre las partes, en aplicación del principio de autonomía de la voluntad, e incluso, en el ámbito mercantil, se admite que sea consecuencia de los usos generales de una rama del tráfico económico o negocial.

Desde esta perspectiva, responden a la misma lógica que los intereses moratorios, pues es la falta de pago de los intereses vencidos la que genera el nacimiento de los intereses anatócicos. Su existencia depende, pues, de la obligación previa de pagar intereses, de que estos últimos sean líquidos, estén vencidos y no pagados y de que sean reclamados judicialmente. Se ha planteado la doctrina española, por lo demás, si es posible que exista una “acumulación sucesiva” de intereses, es decir, que se capitalicen también los intereses que se van generando, de tal forma que generen nuevos intereses, y así sucesivamente.

En otras palabras, si se admite el denominado interés compuesto. Pues bien, existen voces enfrentadas al respecto y tampoco ha sido solventado de forma adecuada por la jurisprudencia española.

3. Requisitos para el nacimiento de los intereses moratorios. Como hemos venido afirmando en las líneas precedentes, las obligaciones pecuniarias generan, como efecto del retraso en la devolución, intereses. Del precepto objeto de estudio se pueden deducir varios requisitos para que proceda esto último. En primer lugar, parece deducirse del tenor literal que la generación de intereses como indemnización de daños y perjuicios solamente se produce en el ámbito de las obligaciones de dinero (pecuniarias).

En relación con esto último, se ha cuestionado la doctrina española si solamente se puede aplicar el precepto a aquellas deudas de suma, pero no a las deudas de valor. Así las cosas, es bien sabido que el dinero, como unidad de medida, puede tener dos funciones económicas: determinar el valor que se le atribuye a las cosas y a los bienes, en general; representar un instrumento de cambio de bienes y de servicios. Teniendo en cuenta, eso sí, que toda prestación dineraria tiene capacidad para generar frutos.

En definitiva, en las deudas de suma el dinero aparece, precisamente, como la prestación a entregar al acreedor, la unidad de cuenta. Y es que, la función del dinero en estos casos es permitir el intercambio por otros bienes, siendo lo buscado por el acreedor, precisamente, dicha prestación económica. Sin embargo, en las deudas de valor el dinero opera como una compensación (o restitución) de otro bien, esto

es, indemnizan cuando no es posible desarrollar la prestación original o cuando es preciso reparar los daños y perjuicios causados. No es, pues, el dinero lo buscado por el acreedor, sino que actúa como medida de valor de otras cosas o servicios de los cuales aparece como equivalente o sustitutivo.

Pues bien, una parte de la doctrina española considera, con buen criterio a nuestro parecer, que se pueden aplicar los intereses a ambos tipos de deuda, pues no tiene excesivo sentido restringirlo a las deudas de suma.

En segundo lugar, se ha dicho que la obligación ha de estar vencida, ser líquida, cierta y exigible. De esta suerte, el comienzo se produce una vez incumplido el plazo previsto, en los supuestos previstos en la ley o en los casos tasados convencionalmente. No se puede obviar que estamos ante una materia, a salvo las excepciones que podamos resaltar, eminentemente dispositiva. No es necesario, por tanto, que se cuantifique de forma exacta los intereses por cuanto, en última instancia, si nada se ha indicado al respecto, será de aplicación el interés legal del dinero.

Esta fórmula previene, precisamente, frente a las excesivas dificultades a las que podría enfrentarse el acreedor para concretar y demostrar el importe de los daños derivados del incumplimiento de una obligación dineraria. Se trata de un cálculo a tanto alzado que, lejos de analizar el daño efectivamente producido, opta por una vía más práctica y efectiva como es presumir dicho perjuicio como consecuencia directa del incumplimiento.

Dado que el género nunca perece, corresponde al deudor que ha incumplido la obligación soportar las fluctuaciones de la moneda y, en particular, los efectos derivados de que se produzca una depreciación en el valor del dinero.

En este punto, se plantea el límite de la autonomía de la voluntad en relación con la propia presunción comentada. Es decir, ¿cabe pactar un daño mayor en el contrato? ¿Se puede prever en el negocio jurídico la aplicación supletoria de esta indemnización a falta de prueba en contra del acreedor? Es más, ¿pueden las partes disponer una cantidad inferior al interés legal del dinero como interés moratorio?

Algunas voces de la doctrina española, al comentar el art. 1108 CC, apuntan que es posible que el acreedor pruebe que se ha producido un daño mayor y que el mismo deba ser resarcido, poniendo como ejemplo el incumplimiento doloso de la obligación. De ahí se deduce, en consecuencia, que podemos encontrar casos en

los que estos intereses no resarzan la integridad de los perjuicios causados y que, en tales escenarios, siguiendo la lógica del principio de reparación, ha de admitirse un pago adicional.

Como prevén ciertos autores, no sería justo que un acreedor de una obligación no dineraria pudiera acudir a un resarcimiento total desarrollando una labor probatoria adecuada y que, sin embargo, se restrinja esta posibilidad al que lo es de una obligación pecuniaria. De este modo, tanto el deudor negligente (por los daños que pudieron preverse y derivados del incumplimiento) como el deudor doloso (por todos los daños que sean consecuencia de la falta de cumplimiento) pueden ser condenados a abonar una indemnización más elevada.

Siguiendo con la argumentación, no nos parece inadecuado extender dicha conclusión a la posibilidad de que, mediante convenio, se prevea este extremo en el contrato. Y que, incluso, se contemplen medidas resarcitorias diferentes a los intereses moratorios (como una cláusula penal). Por idénticos motivos, consideramos que, a falta de regulación especial que lo impida, las partes pueden incorporar unos intereses inferiores al previsto en el art. 347 CC.

Sea como fuere, no se puede perder de vista que la autonomía de la voluntad tiene límites y, en muchos casos, estos derivan de la desigualdad entre ambos contratantes. Piénsese, por ejemplo, en la relación entre consumidor o usuario y empresario donde, en muchos supuestos, nos encontramos ante negocios de adhesión, sin que quepa negociar el clausulado. En este sentido, en España existen diversas normas tales como la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales o, con carácter general, Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

La finalidad última es asegurar que exista una adecuada información y que el consumidor conozca el contrato que va a suscribir (control formal) y que, además, no se produzca un desequilibrio excesivo entre las partes (control material), evitando que puedan incorporarse cláusulas abusivas.

Así, por ejemplo, se contempla en el art. 8 de la citada Ley 15/2010 el derecho del acreedor a reclamar todos los costes de cobro que, no obstante, se han de determinar aplicando los principios de transparencia y proporcionalidad respecto a la deuda

principal. Continúa señalando dicho precepto que la indemnización no podrá superar, en ningún caso, el 15 por ciento de la cuantía de la deuda, excepto en los casos en que la deuda no supere los 30.000 euros en los que el límite de la indemnización estará constituido por el importe de la deuda de que se trate.

En tercer lugar, como también se ha indicado anteriormente, uno de los requisitos es que el acreedor realice una intimación al deudor; una reclamación judicial. Y es a partir de ese momento (y no antes) cuando comienza la obligación del pago de intereses. Además, como se ha tenido ocasión de poner de relieve, nada tendrá que demostrar con respecto a la existencia de dicho daño, que se presume. Muy al contrario, únicamente habrá de probar el retraso en el cumplimiento.

A colación de estas reflexiones surgen algunas cuestiones sobre las que es preciso reflexionar. Por un lado, admitiendo que la reclamación sea un requisito para la existencia de intereses, no parece adecuado concluir que se computan desde el momento de la intimación ni, cuanto menos, desde la emisión de la sentencia judicial. A nuestro entender, se han de aplicar por la autoridad judicial con carácter retroactivo desde que se produce el incumplimiento, el retraso, pues de otro modo se estaría incentivando el cumplimiento de las obligaciones.

Por otro lado, también se ha afirmado por parte de la doctrina española que no es imprescindible que el acreedor haga referencia de forma expresa en la demanda a dichos intereses, sino que, en aplicación del propio precepto, se ha de recurrir a ellos de forma supletoria y subsidiaria. En tal escenario, se considerará, si nada se ha previsto en el negocio jurídico, que el interés es el legal del dinero y que dicha indemnización supone una reparación de todo el daño sufrido por el acreedor.

Por último, otra cosa es si, en aplicación, de nuevo, de la autonomía de la voluntad, cabe que las partes eximan de este deber al acreedor, esto es, si pueden excluir la necesidad de que exista una reclamación judicial para el nacimiento de los intereses moratorios. Opción que, por lo demás, no viene prohibida en el Código y que, por tanto, parece válida.

Manuel Ortiz Fernández

ARTÍCULO 348. (Culpa concurrente del acreedor).-

I. Si un hecho culposo del acreedor hubiere concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento se disminuirá en proporción a la gravedad del hecho y a la importancia de las consecuencias derivadas de él.

II. No hay lugar al resarcimiento por el daño que el acreedor hubiera podido evitar empleando la diligencia ordinaria.

1. Consideraciones preliminares. De una lectura del art. 348 CC se puede comprobar que la conducta del acreedor es también, a los efectos del cumplimiento de las obligaciones, muy relevante. Y ello, no solamente por la existencia de obligaciones recíprocas o sinalagmáticas en las que ambas partes ocupan la posición de acreedor y de deudor. Muy al contrario, incluso en aquellas unilaterales (o bilaterales, con respecto al deber de la contraparte), es preciso analizar las implicaciones que tiene para el acreedor.

Todo ello, no hace más que poner de relieve que, *strictu sensu*, no cabe hablar de derechos “incondicionales” o “puros”, ya que siempre existirán deberes para su titular. Piénsese, por ejemplo, en la necesidad de que el acreedor facilite y permita el cumplimiento de la obligación, pudiendo el deudor solicitar la consignación y constituirlo en mora. O en la exigencia legal de expedir un justificante de pago al deudor como prueba de la realización de la prestación cuando se lleva a cabo esta última.

Sea como fuere, el art. 348 CC contempla dos supuestos diferentes. Por un lado, aquellos casos en los que el acreedor desarrolla una actividad negligente que concurre en la propia creación del daño. Por otro lado, se recoge el denominado deber de todo acreedor de mitigar el daño, en la medida de sus posibilidades.

2. La realización de un hecho culposo y la concurrencia de culpas. Así, pues, el primer apartado del art. 348 CC se ocupa de aquellos escenarios en los que el acreedor comete un hecho culposo o negligente que, en definitiva, contribuye a la causación del perjuicio. Siguiendo esta lógica, el precepto prevé la consiguiente moderación de la responsabilidad del deudor de forma proporcional a dicha conducta realizada por la contraparte.

Desde nuestra perspectiva, este artículo regula una realidad que no se equipara al deber de mitigar el daño que comentaremos posteriormente. No estamos, en suma, ante el incumplimiento de una genérica obligación de reducir los efectos negativos del incumplimiento del deudor, sino que, en estos casos, se produce, de forma directa, una conducta que coadyuva en la creación del daño.

Se trata de dirimir sobre en qué medida la acción del acreedor se ha inmiscuido en el curso causal de la actividad del deudor y ha favorecido la generación del resultado. Sobre el particular, hay que realizar varias precisiones. En primer lugar, el precepto refiere aquellas actuaciones culposas del acreedor, esto es, aquellas en las que existe culpa o negligencia. No obstante, en teoría, cabe plantear un contexto en el que el hecho se haya producido de forma dolosa. Se plantea, entonces, las consecuencias que pueden derivarse en tanto en cuanto podrá concurrir con un deudor negligente o doloso.

Pues bien, a nuestro entender ha de interpretarse de forma extensiva el término “culposo”, siendo posible que sea un hecho “doloso”. A este respecto, este extremo se tendrá en consideración para concretar la responsabilidad del deudor. Así, en aplicación del art. 348 CC se pueden deducir dos reglas para determinar la concurrencia del acreedor en la causación del daño: la gravedad de la acción y la importancia de las consecuencias derivadas de la misma.

No se puede obviar que la gravedad del hecho del acreedor culposo no es idéntica a la del acreedor doloso y que, igualmente, las consecuencias que se pueden derivar de una u otra conducta pueden diferir radicalmente. Y esta cuestión ha de tenerse muy presente para obtener una respuesta que pueda reputarse como justa y válida jurídicamente.

Sin embargo, como se tuvo ocasión de señalar, también la actividad del deudor puede compartir tales características, esto es, puede ser negligente o dolosa. De esta suerte, parece lógico pensar que existe una “compensación” entre los dolos empleados por ambas partes, en atención, eso sí, a las circunstancias concurrentes.

En segundo lugar, a pesar de que el precepto solamente aluda a los hechos del acreedor que hubiesen concurrido a ocasionar el daño, se pueden incluir aquellos contextos en los que contribuye a agravar el perjuicio. En definitiva, no tiene excesivo sentido que solamente se tenga en cuenta la actividad del acreedor que participa en la creación del daño, sino que se presenta más adecuado analizar esta última en su

totalidad en la medida en que el injusto de su acción se incorpore al realizado por el deudor.

En tercer y último lugar, por más que no se prevea de un modo expreso en el art. 348 CC, entendemos que se pueden plantear supuestos de exención total de responsabilidad por parte del deudor. Nos referimos a los casos en los que la conducta del acreedor es tan grave que, lejos de integrarse desde un punto de vista causal, supone una rotura del propio nexo. Esto es, que tenga tal entidad que cambie el curso de la acción de forma definitiva, suprimiendo el hecho del deudor y creando uno nuevo.

En este sentido, el artículo 1192 de la Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos de España indica que el deudor “no responde del daño en la medida en que el acreedor ha contribuido a causarlo”.

No consideramos, en todo caso, que estas reflexiones supongan una excepción al principio de resarcimiento integral del daño. Y ello, porque no se trata de establecer una reducción de la indemnización, por cuanto lo relevante es que, precisamente, el daño no es el mismo como consecuencia de la actitud adoptada por el acreedor. Bien porque ha favorecido la creación del resultado, bien porque ha contribuido en su agravamiento, bien porque, en los casos más graves, ha generado un perjuicio diferente y autónomo.

3. El deber del acreedor de mitigar el daño. Para finalizar, hemos de hacer una referencia, siquiera breve, al denominado *quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire* en el Derecho común, incorporado en la actualidad en el principio de buena fe contractual. Se trata, en definitiva, de que el acreedor adopte una conducta que no incremente los efectos (los daños) derivados del incumplimiento.

Ciertamente, se ha debatido acerca de su naturaleza jurídica y de la propia finalidad perseguida. Parte de la doctrina considera que su fundamento se encuentra en las legítimas expectativas que todo deudor (incluido el doloso) tiene de poder conocer, a priori, cuál es el coste del incumplimiento del contrato para adoptar una u otra actitud. Desde esta lógica, afirman algunos autores que todo acreedor está obligado a mantener una conducta económica, de tal suerte que le resulte menos gravoso el incumplimiento imputable a su contratante.

En otro orden de cosas, existen voces que consideran inadecuada su propia denominación (debido a su traducción del inglés *duty to mitigate*). Y ello, porque la consideración como un deber no se corresponde con su fundamento último, toda vez que aparece como una carga. Igualmente, el término mitigar parece olvidar una parte de la realidad, como es la posibilidad de que, incluso, se pierda el derecho a toda indemnización por coincidir la carga. A este respecto, la mencionada carga bien puede identificarse con la necesidad, no ya de reducir el daño, sino de evitar su producción.

Desde nuestra perspectiva y al margen de lo acertado o no de la terminología empleada, lo cierto es que este deber responde a la exigencia de buena fe de las partes contratantes vigente en todo el Derecho de obligaciones. Esto no es óbice para entender, en la línea de algunas voces, que su fundamento radica, como en todo el resarcimiento, en la compensación o reparación, sin que quepa atribuir funciones punitivas. Por lo anterior, no se trata de “castigar” ni al deudor por el incumplimiento, ni al acreedor por no actuar para mitigar el daño. Simplemente, se calcula el perjuicio causado teniendo en cuenta que cuando se agrava el daño por la conducta del acreedor, en realidad, la consecuencia lesiva del deudor es inferior.

En suma, lo que ocurre es que, cuando el acreedor produce o agrava el daño con su actuación está inmiscuyéndose en el propio curso causal de la conducta del deudor, pudiendo dar lugar a una minoración de la responsabilidad e incluso, en los casos más extremos, a la total exoneración. En el primer caso, la jurisprudencia española ha optado por recurrir a la “compensación de culpas”, distribuyendo el coste entre ambas partes en atención a la ponderación realizada por el tribunal del riesgo creado.

Por su parte, cuando no concurre en la creación del perjuicio o en su empeoramiento, corresponde que lleve a cabo las medidas que resulten razonables para aminorar la repercusión negativa, dependiendo el estándar aplicable de las circunstancias concretas del escenario. Además, ha de optar por la alternativa más económica, so pena de soportar el riesgo de su decisión. Y tampoco debe empeñarse en el cumplimiento, invirtiendo dinero para favorecer este extremo, cuando el deudor ha manifestado de forma inequívoca su voluntad de no cumplir.

El Código Civil español guarda silencio en este punto y su desarrollo se ha producido por la doctrina científica y por la labor jurisprudencial. Señalan algunos autores que no se puede indemnizar al acreedor por aquellos daños que pudo mitigar o evitar

y que debieron serlo desde la perspectiva de la buena fe y de las reglas económicas aplicables. Se deducen, pues, tres reglas:

- Que el acreedor que sufre un daño como consecuencia del incumplimiento del deudor ha de adoptar las medidas razonables para reducir las pérdidas, pues no podrá reclamar por las que efectivamente se produzcan por su no actuación.

- Por aquellos daños no soportados como consecuencia de su deber no corresponderá indemnización alguna pues, sencillamente, nada hay que reparar.

- En todo caso, todos aquellos gastos que resulten razonables y que haya sufrido el acreedor con el objeto de evitar la agravación del daño, serán resarcibles con independencia de que se obtenga o no la finalidad perseguida.

De hecho, las referencias a este deber se encuentran dispersas y hemos de buscarlas en normas internacionales o de otra rama del Derecho. En este último caso, se puede destacar, por ejemplo, la previsión contemplada en el ámbito del contrato de seguro en relación con la conducta que ha de llevar a cabo el asegurado con respecto a la cosa asegurada.

Asimismo, en el campo del Derecho supranacional se puede aludir a la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (art. 77), a los Principios Unidroit, a los Principios de Derecho Contractual Europeo, al Borrador del Marco Común de Referencia, a la infructuosa Propuesta de Reglamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, que finalmente no prosperó y a la propia Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos en España.

Con respecto a la Propuesta de Reglamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, por ejemplo, su art. 163 prevé que no se hará responsable de las pérdidas al deudor cuando el acreedor hubiera podido mitigarlas llevando a cabo unas “medidas razonables”.

En igual sentido se manifiesta el art. 1192 Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos en España al señalar que el deudor no tendrá que indemnizar el daño que el acreedor hubiera podido evitar o reducir, adoptando las medidas requeridas por la buena fe. En todo caso, añade que el

deudor deberá asumir los gastos derivados de tales medidas, aunque hayan resultado infructuosas.

En este punto, se plantea qué hay que entender por medidas razonables o requeridas por la buena fe que, en definitiva, aluden a la misma realidad. Así, no queda claro, ni tampoco parece que deba por ser conceptos jurídicos indeterminados, el alcance de dichas previsiones. Como no puede ser de otro modo, será la interpretación del caso concreto la que determine las medidas que se presentan como razonables o, en otras palabras, que pueden ser exigidas al acreedor siguiendo las reglas de la buena fe.

Por último, consideramos fundamental que, tal y como se contempla en la Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos en España, el deudor deba abonar los gastos de aplicar las mencionadas medidas. Y ello, con independencia de la mejor o peor fortuna en su resultado. De otro modo, estaríamos, quizás, ante un enriquecimiento injusto o ante una distribución injusta de las cargas del contrato.

En todo caso, como se indicó anteriormente, no parece que compartan esta suerte aquellas inversiones que el acreedor lleve a cabo conociendo la voluntad de no cumplir del deudor o que no estén justificadas desde la lógica de la buena fe. Este exceso tendrá que costearlo con su patrimonio sin que quepa repercutirlo al deudor.

Manuel Ortiz Fernández

ARTÍCULO 349. (Responsabilidad por hecho de los auxiliares).-

El deudor que para cumplir la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salva voluntad diversa de las partes.

1. *Consideraciones preliminares.* Ciertamente, el art. 349 CC se refiere a una cuestión básica de la responsabilidad civil como es la responsabilidad por hecho ajeno. Esta posibilidad, propia del Derecho privado y que no cabe extrapolar a otras ramas donde la responsabilidad es personal (como en el Derecho penal), presupone, al menos, tres relaciones jurídicas: la del deudor con el acreedor; la del deudor con el tercero, mediante el cual se sirve; la del tercero con el deudor.

Cada una de ellas, puede ser calificada de diferente forma, contractual o extracontractual, existiendo diferencias entre una y otra categoría. De hecho, la referencia equivalente al art. 349 CC en el Derecho civil español hay que buscarla en el art. 1903 CC español, en sede, precisamente, del Derecho de daños (esto es, responsabilidad extracontractual o producida por personas entre las que no media vínculo contractual).

Sí encontramos, por lo demás, un equivalente en el artículo 1172 de la Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos de España referido a los auxiliares en el cumplimiento que destaca que, si el deudor se sirviere del auxilio de un tercero para el cumplimiento, los actos y omisiones de este se imputarán al deudor como si los hubiera realizado él mismo. La misma regla se aplicará a los actos que han de ser realizados por el acreedor.

En todo caso, téngase en cuenta que, dentro de los límites de la autonomía de la voluntad que ya han sido comentados, estamos ante una materia dispositiva y que rige en defecto de acuerdo de las partes, de tal suerte que podremos encontrarnos ante escenarios en los que hayan excluido o matizado estas disquisiciones en virtud de su derecho de autodeterminación.

2. Las relaciones entre el deudor y el acreedor. El deudor se encuentra unido con el acreedor por un deber derivado de un negocio jurídico por el cual se vincula a entregar o realizar una cosa o bien (mueble o inmueble) o prestación concreta y en cuyo marco se vale de un tercero para llevarlo a cabo. En otras palabras, decide apoyarse en la asistencia de una persona ajena a la relación comentada. Es evidente, pues, que es el obligado principal y el responsable último del buen resultado del contrato mencionado. Por lo que respecta a este vínculo, no hay demasiadas reflexiones que apuntar, pues estamos ante la existencia de un contrato.

No obstante, se puede plantear si la posibilidad de recurrir a otra persona está o no permitida y si, en todo caso, es acorde a las reglas del Derecho de las obligaciones y de los contratos. Por supuesto, no nos estamos refiriendo a aquellas obligaciones que, por su naturaleza, sean personalísimas, pues en tales casos no cabrá sustitución alguna en la figura del deudor y tendrá que llevar a cabo el programa previsto por él mismo. Piénsese, por ejemplo, en un contrato por el cual un profesional debe realizar una tarea concreta y en el que la figura de esa persona ha sido un criterio fundamental para celebrarlo.

No ocurre lo mismo con aquellas otras en las que no importa, en principio, quién las ejecute. Lo relevante es, al contrario, que se cumpla con lo previsto en el negocio y que el acreedor vea satisfecho su derecho de crédito. Parece que, en estos supuestos, no es posible impedir que el deudor “subcontrate” con un tercero la realización de la prestación, con independencia de que este extremo se contemple o no en el acuerdo.

Cuestión distinta es que se haya previsto, precisamente, lo contrario; esto es, que, por el motivo que sea, no puede recurrir a otras personas para desarrollar la obligación. Claro está que, a pesar de ello, el deudor acude a esta subcontratación, está incumpliendo los términos del contrato. Pero también es cierto que, en muchos escenarios, el acreedor obtendrá la prestación deseada.

Verdaderamente es complejo ofrecer una solución inequívoca en estos contextos, pero consideramos que no cabe que el acreedor rechace el cumplimiento y promueva su realización forzosa por parte del deudor o, en su caso, solicite una indemnización por daños y perjuicios por el incumplimiento. Sí que podrá, siempre que pueda acreditarlo por cualquier medio de prueba admitido en derecho, reclamar el abono de los daños que la no observancia de los términos del negocio le haya causado.

3. Las relaciones entre el deudor y el tercero y entre este último y el acreedor. Al margen de las matizaciones que realizaremos sobre esta clasificación, parece evidente que para que surja la responsabilidad por hecho ajeno debe existir un especial vínculo entre el deudor y el tercero, ya sea por derivar del parentesco y de los deberes inherentes (patria potestad de los padres), ya por la existencia de una jerarquía y de ajenidad en el seno de una organización (empresarios y trabajadores), por la ausencia de capacidad para tomar decisiones de los sujetos (menores de edad en centros docentes) o, por ejemplo, por mediar un negocio jurídico que les une (como el mandato).

Apuntan algunos autores que se trata de una relación de dependencia, lo cual debe conllevar la existencia de un poder de dirección, inspección, fiscalización o supervisión, concedido al “principal”, con respecto a la actuación del “dependiente”. No se puede perder de vista, en todo caso, que podemos encontrar supuestos de responsabilidad por hecho ajeno en que no se produce este extremo. Piénsese, por ejemplo, en la responsabilidad del titular de un vehículo a motor por los daños causados por una persona a la que ha autorizado la conducción.

Este vínculo, encierra una suerte de obligación de vigilancia (*culpa in vigilando*), de educación y formación (*culpa in educando*) o de escoger el más preparado para

desempeñar el trabajo de que se trate (culpa *in eligendo*). No obstante, si reparamos con detenimiento, por más que se hable de responsabilidad vicaria por el hecho de otro, se trata de indemnizar por un hecho y por culpa propia; para el caso, no vigilar o custodiar adecuadamente, no educar como corresponde o no elegir de un modo concienzudo y correcto. De hecho, la jurisprudencia española ha recurrido, en muchos casos, a una responsabilidad casi automática de los sujetos “responsables” cuando se ha demostrado la culpabilidad de los terceros.

Manteniendo la referencia formal a la conducta del principal, así como a la doctrina del riesgo para apreciar su culpa, de una lectura concienzuda de muchos pronunciamientos se puede concluir que tal extremo no se acompaña de un razonamiento y conclusión similar. Se considera que la conducta objetiva realizada por el principal con respecto al daño cuyo resarcimiento se pretende no tiene relevancia dentro del régimen de responsabilidad y, por idénticos motivos, tampoco la imputación objetiva ni la culpa.

En este sentido, creemos firmemente que la propia construcción de la responsabilidad por hecho ajeno es innecesaria y, de alguna forma, tergiversa la realidad. Y ello, porque por más que se afirme que se responde por la conducta de otro, en realidad lo hace por propia actuación. No tendría sentido permitir liberar de responsabilidad probando la actuación diligente si se es culpable por el ilícito de otro, pues este último no dejaría de serlo de esta forma. En otras palabras, el hecho culposo o negligente continuará siendo culposo o negligente por más que se pruebe por otro sujeto llevó a cabo una actividad diligente.

Por ello, en puridad, estamos ante una responsabilidad por culpa propia (por hecho propio) si bien el daño, en sí, ha sido por una conducta culposa de un tercero. De alguna manera se está haciendo responder porque el Derecho entiende que si hubiera sido diligente en su actuar, el daño podría no haberse producido.

Como apunta la doctrina científica española, los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno no están tasados ni suponen un *numerus clausus*. Muy al contrario, responden a realidades muy diversas y cabe aplicar, analógicamente, *mutatis mutandis*, las reflexiones que se adopten en este ámbito para otros escenarios similares.

Si se depara con detenimiento, el deudor responde frente al acreedor por responsabilidad contractual pues, en definitiva, se ha producido un incumplimiento

en el seno de un contrato del cual él es obligado principal. Asimismo, existirá un vínculo de igual naturaleza entre el deudor y el tercero por el cual este último adquiere el deber de realizar, por cuenta del primero, la prestación debida. Sin embargo, no mediará, en la generalidad de los casos, negocio jurídico entre acreedor y tercero.

En la práctica, parece pacífico admitir que el acreedor podrá demandar a los dos, pero por vías y fundamentos diferentes. Por lo que se refiere al incumplimiento del contrato y solo por cuanto al mismo se refiere, podría pensarse que solamente podrá accionar contra el deudor. Y es que, si se depara con detenimiento, ningún negocio le une con el tercero y, por tanto, no debe indemnizar por ello. Sí podría, en todo caso, reclamar todos aquellos daños que excedan del contrato o que no guarden relación con el mismo. Así, su existencia se debe a una conducta voluntariamente asumida por el tercero y que ha generado un perjuicio autónomo.

Sin negar lo cierto de la anterior reflexión, consideramos que cuestiones de justicia material y por la necesidad de reparar íntegramente el daño causado requieren de una interpretación alternativa. Desde esta perspectiva, entendemos que el tercero, en la medida en que acepta el encargo conscientemente se está integrando, de algún modo, en el programa obligacional, con independencia de que conozca o no quién es el destinatario final del producto o servicio.

Es su deber poner a disposición del deudor (y, en consecuencia y de modo indirecto) una conducta diligente, acorde con las circunstancias del caso, y ha de asumir las consecuencias que se puedan derivar de la falta de cumplimiento. En otras palabras, no responde, en puridad, por el incumplimiento del deudor, sino que responde por su propia negligencia (que, eso sí, derivó en una falta de cumplimiento del contrato inicial).

Por supuesto y con más razón, el acreedor podrá dirigirse (de forma directa) frente a su deudor para que repare el daño causado. Además, la responsabilidad de este último y del tercero es, a diferencia de lo que ocurre en sede contractual y siguiendo la lógica del Derecho de daños, solidaria. Lo cual favorece más, si cabe, la reparación del perjuicio sufrido.

Sea como fuere, el sujeto que abone la indemnización podrá repetir contra el otro responsable, es decir, si el deudor/tercero indemniza por la totalidad del daño, podrá reclamarle al tercero/deudor, al menos, la mitad de lo pagado. Podría, sin embargo,

y al margen de pacto entre ellos, analizarse por parte de la autoridad judicial la cuota concreta de responsabilidad a la hora de determinar quién tiene una responsabilidad mayor, aplicar una suerte de concurrencia de culpas o una ponderación.

4. Breves reflexiones sobre la diferencia entre responsabilidad contractual y la extracontractual y la unidad de culpas civil. En España, el debate entre responsabilidad contractual y extracontractual siempre ha encerrado una cuestión fundamental y que, a la postre, está detrás de dicho debate. Nos referimos a que la acción por responsabilidad extracontractual prescribe, en principio, en un año y, por su parte, la contractual a los cinco años (antes a los quince). Por lo tanto, contamos con un plazo demasiado breve en sede del Derecho de daños que no ofrece, en la práctica, la cobertura a muchas situaciones y no hace realmente “justicia”.

Sin entrar en el problema de los daños continuados, en la segunda mitad de los años ochenta, en España, fue cuajando una nueva teoría en relación con esa zona pretendidamente fronteriza que existe entre la responsabilidad contractual y la extracontractual. Se trata de la teoría de la “unidad de la culpa civil” acuñada por el Tribunal Supremo español y que supone que el perjudicado por un comportamiento dañoso podrá basar su pretensión contra el daño invocando, de forma conjunta o cumulativa, la fundamentación jurídica propia de la responsabilidad contractual y de la extracontractual.

Se ha venido destacando que, de alguna manera, bajo esta figura se trata de salvar la prescripción de la acción extracontractual ejercitada. Pero, lo cierto, es que no vemos razones para que existan dos tipos de acciones por las razones que a continuación se exponen. Primero, por un motivo puramente procesal. El sistema español no está basado en acciones, sino que es un sistema de pretensiones, por lo que salvo que el propio ordenamiento establezca algún requisito especial, lo cierto es que tendría que resultar indiferente la acción que se ejercite siempre que se prueben los requisitos que se determinen.

La segunda es de orden puramente lógico. No tiene sentido alguno distinguir entre dos acciones. Lo más coherente sería aproximar ambos regímenes y establecer un único sistema. De esta forma, se otorgaría un plazo único, más amplio y que no dejaría insatisfechas las pretensiones de los afectados como ocurre con un plazo de prescripción de un año.

Además, se acabarían con las disquisiciones teóricas acerca de si se aplica el régimen contractual de forma supletoria a todo lo previsto expresamente en los preceptos dedicados al ámbito extracontractual.

Por todo ello, consideramos que podría establecerse un sistema único para ambos tipos de acciones, con un mismo plazo de prescripción (5 años, por ejemplo), y con unos mismos requisitos a probar. Además, podrían establecerse ciertas especialidades, que exigirían una actitud probatoria mayor por el demandante.

Manuel Ortiz Fernández

ARTÍCULO 350. (Cláusulas exonerativas de responsabilidad).-

Los pactos siguientes son nulos:

- 1. Los que anteladamente exoneren o limiten el deber de resarcir el daño que deriva de la responsabilidad del deudor por dolo o por culpa grave.*
- 2. Los que anteladamente exoneren o limiten el deber de resarcimiento originado por la responsabilidad del deudor para los casos en que un hecho de él o de sus auxiliares viola obligaciones establecidas por normas de orden público.*

1. Consideraciones preliminares. La autonomía de la voluntad y, en su seno, el derecho de autodeterminación, no son absolutos. Muy al contrario, las relaciones jurídicas no siempre son igualitarias, ni en cuanto al nivel económico de las personas ni en cuanto a los conocimientos que poseen, por ejemplo. A ello, hay que sumar la evidente tensión existente y la constante pugna por querer someter a la otra parte.

Este contexto justifica que el Derecho, partiendo de la función y perspectiva social que posee, actúe, normalmente mediante normas imperativas, para paliar los efectos negativos que pueda sufrir el más débil, evitando el ejercicio abusivo, así como para tutelar intereses dignos de protección. Esta es la justificación, a grandes rasgos, que explica el motivo por el que disponemos de ciertas limitaciones en el sector económico y, más concretamente y por cuanto nos atañe, en el ámbito contractual.

Estas (excepcionales) reglas pueden venir referidas a múltiples realidades: a la hora de escoger el Derecho aplicable, el juez territorialmente competente o para sujetar la controversia a un árbitro, para elegir el tipo negocial de entre los ofrecidos por el ordenamiento jurídico e, incluso, por lo que se refiere al propio contenido que quiera incorporarse en el negocio jurídico.

Como se ha tenido ocasión de comprobar, el dolo, en el cumplimiento, se identifica con conducta intencionada del deudor contraria al marco obligacional pactado. Se trata, pues, de un criterio de imputación cuya existencia provoca que la indemnización por daños y perjuicios se extienda a todos aquellos perjuicios que se deriven del incumplimiento, sin que quepa aplicar moderación alguna ni, como apunta el art. 350 CC, un pacto que exonere de responsabilidad en tal caso.

Y es que, es muy posible que se trate de un dolo que, lejos de producirse únicamente en fase de cumplimiento, se haya extendido desde el momento inicial, *in contrahendo*, lo cual se identifica con un vicio de la voluntad que afecta a un elemento esencial (el consentimiento) y que puede dar lugar a la anulación del negocio.

Además, se entiende, en suma, que una cláusula como la comentada es contraria a las reglas de la buena fe y a la propia moral. Esta última supone un límite a la libertad contractual toda vez que prohíbe los actos contrarios a lo que se considera justo y honesto desde la óptica de los valores éticos que imperan en la sociedad.

El incumplimiento doloso es, como señalan algunos autores, inherente a la vinculación del deudor y al concepto mismo de obligación y, por ello, la solución jurídica no puede ser otra que la nulidad. Y es que, supone quebrar la regla general de que el contrato es “ley” entre las partes y permite que su cumplimiento quede al arbitrio de una de ellas. Este extremo no es óbice para que el resto de acuerdo pueda subsistir al margen de la declaración de nulidad de la cláusula concreta.

A ello, hay que anudar la denominada culpa grave que, conceptualmente, puede diferenciarse del dolo. Así las cosas, aunque la consecuencia jurídica que se deriva en el campo de los pactos de exoneración de responsabilidad, no cabe identificar ambos conceptos como sinónimos.

Por su parte, el orden público representa el conjunto de valores fundamentales, de tipo político y económico, en el que se inspira la sociedad y que han de ser

respetados por las partes. Igualmente, aparece configurado como un límite en el ordenamiento jurídico español (*ex art. 1255 CC español*).

Desde esta perspectiva, nos encontramos ante, si se quiere, excepciones a la libre autonomía de la voluntad, constituyendo una de esas (pocas) normas imperativas que existen en el Derecho privado (eminentemente dispositivo). Son renunciaciones a acciones futuras que se producen previamente al incumplimiento, al constituir la obligación (o durante su vigencia). De ahí no se deduce que, una vez producido el daño y siendo el crédito, en consecuencia, exigible, pueda el acreedor renunciar a la acción o, simplemente, no ejercitarla.

En otro orden de cosas y por más obvio que parezca, conviene advertir que la consecuencia del art. 350 CC (nulidad de pleno derecho) se aplica también a las cláusulas que, sin suprimir la totalidad de la responsabilidad, la limitan o moderan para los casos de dolo o de contrariar el orden público. No es relevante la forma que haya adoptado dicho pacto: pena convencional liquidatoria, renuncia a la resolución por incumplimiento, plazo de garantía para liberar al deudor, etc.

2. *La renuncia a la acción en el caso de dolo o culpa grave.* En primer lugar, a pesar de que no se deduzcan, en este contexto, especiales efectos derivados, interesa apuntar las principales diferencias entre dolo y culpa grave con tal de comprender las situaciones a las que nos estamos refiriendo. Pues bien, el dolo se vincula a la conciencia y a la voluntariedad en la actuación del deudor; esto es, una contravención de los pactos. Sea como fuere, dicha voluntariedad se centra en el incumplimiento de la obligación y no, como ocurre en el sector extracontractual, con respecto al resultado lesivo.

Estamos ante acciones que se alejan del programa prestacional de forma consciente y no simplemente frente a una mera inobservancia negligente de lo debido. Y es que, desde el punto de vista de la responsabilidad, las consecuencias en uno y otro contexto varían, al menos, desde el punto de vista teórico.

Sin embargo, algunos autores consideran que el incumplimiento consciente que solamente se concrete en una omisión de la conducta debida no tendría que ser considerado como doloso, siempre que la obligación fuese, todavía, realizable y el comportamiento del deudor no fuese “especialmente reprobable”. Lo anterior nos conduce a afirmar que el dolo únicamente adquiere vigencia o bien cuando se trata

de una acción o bien cuando nos encontramos ante una omisión que no cumple con el canon indicado (por ejemplo, por no ser posible realizar la prestación).

Para determinar estos actos reprobables se suele traer a colación aquellos casos en los que el deudor asume consciente y voluntariamente que su comportamiento bien puede provocar un daño a la contraparte y, a pesar de ello, decide llevarlo a cabo o, por ejemplo, en supuestos donde obtiene una ventaja para sí mismo, en los que abusa de su posición de preeminencia, o en los que emplea medios engañosos para alcanzar su propósito.

En fin, otras voces restringen todavía más el dolo y defienden que solo se puede plantear el mismo cuando se haya querido causar un perjuicio o cuando se haya cometido un fraude “grosero” en la fase previa de negociación con el acreedor o cuando se detecte una intención de lesionar a la otra parte o de actuar de forma contraria ya sea a una norma jurídica, ya a las reglas y exigencias de la buena fe.

Por lo que respecta a la culpa grave, entiende parte de la doctrina española que no es posible asimilarla al dolo y que, en definitiva, sí se puede recurrir a la facultad moderadora de la responsabilidad (con independencia de que pueda existir un hecho que haga que el juzgador decida no aplicarla). Ni tampoco se puede excluir, por lo demás, el criterio de la previsibilidad del daño que tuvimos ocasión de analizar en sede del art. 345 CC.

En todo caso, debemos destacar que parte de dicha doctrina, atendiendo a las irrisorias diferencias que, a la postre, aplica la jurisprudencia, descarta la necesidad de conceptualizar el dolo y de diferenciarlo de otras figuras. De hecho, esta última postura parece que ha sido la acogida por el legislador boliviano en tanto en cuanto asimila la prohibición del pacto que excluya la responsabilidad en ambos escenarios.

Algunos civilistas españoles se han planteado, en esta línea, la virtualidad práctica del precepto, llegando incluso a considerar que tiene un valor normativo “modesto”. Desde esta perspectiva, apunta que si la responsabilidad es exigible en toda clase de obligaciones y si, en suma, tenemos un único modelo normativo de culpa.

3. La renuncia a la acción en relación con el orden público. Sobre el orden público, algunas voces prevén que son los principios que se deducen del sistema jurídico, considerado en su conjunto, con independencia de que, con frecuencia, se cristalice en normas jurídicas determinadas. En el Derecho patrimonial, se suele aludir al

mismo como “orden público económico”, cuyo ámbito de actuación y vigencia viene referido a la revisión de la validez de la autonomía privada.

Cabe señalar que la doctrina diferencia entre el “internacional” y el “nacional”. Así las cosas, el primero se identifica con las disposiciones o principios de carácter imperativo de un ordenamiento jurídico que no se pueden derogar por la autonomía de la voluntad. En cuanto al orden público nacional, presenta un concepto más restringido y aparece como aquellos principios que inspiran un ordenamiento jurídico determinado y que materializan los valores esenciales de una sociedad y en un momento temporal concretos.

De esta suerte, algunos autores citan, como ejemplo, la legítima sucesoria que sería un supuesto de orden público nacional (interno) en España y, sin embargo, no conformaría el orden público internacional.

Si bien con respecto a la posibilidad de impedir la aplicación del Derecho extranjero en España por ser contrario al orden público, parte de la doctrina afirma que ha de tener un carácter excepcional y actual. De esta forma, para su aplicación es preciso que se produzca un claro atentado contra los principios y valores fundamentales. Además, en la medida en que es una cláusula general, la autoridad judicial tiene cierto margen de discrecionalidad, de apreciación, a la hora de determinar su efecto en el caso concreto.

Dentro del orden público podemos citar, a modo de ejemplo, los derechos fundamentales y la necesidad de que sean respetados en las relaciones entre particulares (lo que también se puede denominar eficacia horizontal o *Drittwirkung*, frente a la eficacia vertical frente a la administración pública). A este respecto, la doctrina científica española destaca la tensión entre dos derechos: libertad e igualdad.

Entre los supuestos donde se puede detectar esta pugna suelen citarse los relativos a las libertades de expresión, opinión e información en las relaciones en las que existe una subordinación (como las laborales) y los deberes de buena fe imponen el silencio o el control de las manifestaciones vertidas o el ejercicio de la libertad religiosa, de cátedra o de conciencia. También cabe aludir a la colisión entre las reglas de inembargabilidad para tutelar la supervivencia de los deudores y la protección de los acreedores.

Por lo demás, como se ha podido comprobar, son escenarios muy variados y entre los que se aprecian diferencias notables. Lo que parece evidente es que, por supuesto,

los derechos fundamentales son aplicables a las relaciones de Derecho privado y pueden ser alegados por las partes. No se puede obviar que las constituciones, como normas magnas, “irradian” el resto del ordenamiento jurídico y que, por cierto, las otras disposiciones se sitúan en una posición jerárquicamente inferior. En otras palabras, el resto de actos o negocios que se celebren que, en consecuencia, deben respetar los mandatos de la primera y ser interpretados *secundum constitutionem*.

Cada uno de los derechos dispone de un ámbito concreto de protección y tutela un sector específico de la realidad (sin que se produzcan solapamientos) y otorga instrumentos y herramientas a las potenciales víctimas para reclamar su observancia. En muchas ocasiones se hace referencia a las colisiones entre derechos y a la necesidad de dirimir, en el caso concreto, qué facultad ha de ser atendida. Existen, pues, disputas entre derechos que, en principio, son dignos de amparo y se requiere que el jurista o juzgador determine el que ha de prevalecer.

No obstante, desde nuestra perspectiva, esta posición no es todo lo adecuada que sería deseable y está formulada sobre una falacia. Y es que, no es real que existan los supuestos enfrentamientos entre los derechos, sino que se producen comprensiones erróneas de los mismos. Así, se pretenden amparar conductas en ciertas facultades cuando, en realidad, estas últimas no protegen dichas actividades. Por lo tanto, descartamos esta interpretación conflictiva de los derechos fundamentales y proponemos, como alternativa, su correcta definición y la delimitación de sus contornos, con lo que desaparecerían las precitadas colisiones.

Por último, hemos de hacer referencia al papel vital que desempeñan los tribunales constitucionales, como máximos intérpretes de las constituciones, para concretar y dotar de contenido a los preceptos. En muchos casos, las constituciones se limitan a contemplar la necesidad de tutelar un derecho sin determinar qué realidad está protegiendo ni dirimir, en la práctica, como ha de operar.

Manuel Ortiz Fernández

La presente obra es única en su género.

Forma parte de un proyecto más amplio encaminado a llevar a cabo un comentario sistemático del Código civil boliviano, colmando una laguna existente en la realidad jurídica boliviana.

Se trata de una obra escrita de manera clara y concisa, en la que juristas de reconocido prestigio aportan su saber para explicar coherentemente el articulado del Código.

Está llamada, sin duda, a ser una obra de referencia y de consulta necesaria para los estudiosos del Derecho y los operadores jurídicos, que encontrarán en ella criterios orientativos para el ejercicio de sus profesiones.

José Ramón de Verda y Beamonte

 **Livia**
EDITORIAL

 **IDIBE**
Instituto de Derecho Iberoamericano

 **tirant
lo blanch**
GRUPO EDITORIAL