

**LO PÚBLICO Y LO PRIVADO
EN EL DERECHO**

**ESTUDIOS EN HOMENAJE AL PROFESOR
ENRIQUE BARROS BOURIE**

**ADRIÁN SCHOPF OLEA
JUAN CARLOS MARÍN GONZÁLEZ
EDITORES**



THOMSON RE

LO PÚBLICO Y LO PRIVADO EN EL DERECHO

ESTUDIOS EN HOMENAJE AL PROFESOR ENRIQUE BARROS BOURIE

© ADRIÁN SCHIOPF OLEA - JUAN CARLOS MARÍN GONZÁLEZ (EDITORES)

2017 Legal Publishing Chile • Miraflores 383, piso 10, Santiago, Chile • Teléfono: 25105000 • www.thomsonreuters.cl

Registro de Propiedad Intelectual N° 278.401 • I.S.B.N. 978 - 956 - 346 - 885 - 4

1ª edición junio 2017 Legal Publishing Chile

Tiraje: 500 ejemplares

Impresores: CyC Impresores - San Francisco 1434, Santiago

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE



ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor. El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento, de la presente publicación, queda expresamente prohibido. Usos infractores pueden constituir delito.

público expreso o explícito, mientras que las buenas costumbres configuran el orden público tácito, implícito o virtual. Dicho en términos tradicionales, el orden público es el género, mientras que la ley y las buenas costumbres son las especies.

Esa interpretación permite establecer una relación sistemática entre los tres conceptos (orden público, ley y buenas costumbres), así como el lugar preciso que la idea de buenas costumbres ocupa en el marco más general de los límites a la autonomía privada y libertad de conducta en el derecho privado.

RELACIÓN ENTRE PREVISIBILIDAD Y CULPA DEL ACREEDOR COMO FACTORES DE DELIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

LILIAN C. SAN MARTÍN NEIRA*

I. INTRODUCCIÓN

1. La regla "todo o nada" y su crítica reciente

El objetivo de un juicio de responsabilidad civil es determinar si concurren los requisitos jurídicos para que la víctima de un daño traspase a un tercero su costo, mediante la imposición de la obligación de indemnizarlo.¹ Para que este objetivo se cumpla, deberán constar en el proceso judicial: el hecho dañino, el daño, la culpa del agente (cuando menos según la regla general) y el nexo de causalidad. Establecidos estos elementos, el tercero sindicado como responsable quedará obligado a la indemnización integral del daño sufrido por la víctima. Por el contrario, si alguno de esos elementos falla, la víctima no tiene derecho a indemnización alguna. De esta manera, el juicio de responsabilidad civil lleva intrínseca una regla "todo o nada" que se traduce en determinar si la víctima tiene o no derecho a la indemnización. Establecido este derecho a la víctima corresponderá

* Profesora de Derecho Civil, Universidad Alberto Hurtado. Doctora en Derecho, Universidad de Roma, La Sapienza. Este trabajo, destinado al libro en homenaje al profesor Enrique Barros Bourie, forma parte del Proyecto Fondecyt N° 11140246 "La culpa de la víctima como causa exclusiva o concurrente del daño", y del Proyecto Anillo de Investigación Asociativa en Ciencias Sociales "Estudios Histórico-Dogmáticos de Derecho Patrimonial Privado: Una mirada a los artículos de los libros II y IV del Código Civil de Chile", SOC 1111, de Conicyt.

¹ "Desde un punto de vista lógico, la responsabilidad civil es un juicio normativo que consiste en imputar a una persona una obligación reparatoria en razón del daño que ha causado a otra persona". BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 2006, p. 15.

el *resarcimiento integral del daño*.² Según pone en evidencia una autora inglesa, los tribunales evitan esta regla “todo o nada” sólo en situaciones fácticas específicas: (i) cuando se trata de daños obvia y físicamente divisibles, por ejemplo, cuando un peatón es atropellado por un automóvil que le quiebra una pierna y luego un segundo automóvil le quiebra la otra pierna, y (ii) cuando los tribunales tienen que decidir sobre la probabilidad de un evento futuro hipotético, por ejemplo, la probabilidad de que el peatón, como consecuencia de la fractura de la pierna, desarrolle osteoartritis.³

La situación descrita es particularmente relevante en aquellos casos en que la causalidad se establece utilizando las estadísticas, por ejemplo, existe un 60% de probabilidades de que el daño sea producto del hecho del agente, lo que es considerado suficiente para que éste sea obligado a indemnizarlo en su integridad.⁴ Lo mismo ocurre cuando a la producción del daño han concurrido otros factores ajenos a la culpa del agente, pues esta circunstancia es irrelevante para la responsabilidad civil, que mediante la distinción entre “causas” y “condiciones”⁵ se preocupa de identificar

² Sobre el principio de reparación integral en Chile, vid. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, “Los límites al principio de reparación integral del daño”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 15, 2010, pp. 9-28; BANFI DEL RÍO, Cristián, “Por una reparación integral del daño extracontractual limitada a los hechos dolosos o gravemente negligentes”, *Ius et Praxis*, año 18, N° 2, 2012, pp. 3-32. Vid. también las consideraciones realizadas en SAN MARTÍN NEIRA, Lilian C., *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, pp. 21 y ss.; PINOCHET OLAVE, Ruperto, “El principio de reparación integral del daño y su relación con la función social del derecho civil”, en *Estudios de Derecho Civil VIII*, Santiago de Chile, LegalPublishing-Thomson Reuters, 2013, pp. 585 y ss. y bibliografía ahí citada.

³ GREEN, Sarah, “The risk pricing principle: a pragmatic approach to causation and apportionment of damages”, *Law, Probability and Risk*, N° 4, 2005, pp. 159-175, especialmente p. 160.

⁴ Sobre la certeza y probabilidades en la determinación de la causa, vid. BARROS, cit. (n. 1), pp. 378 y ss.; NOCCO, Luca, “Causalità: dalla probabilità lógica (nuovamente) alla probabilità statistica, la Cassazione civile fa retromarcia”, *Danno e Responsabilità*, N° 12, 2006 pp. 1238-1245; COOKE, Peter; COWLING, Arianna, “On the attribution of probabilities to the causes of disease”, *Law, Probability and Risk* N° 4, 2005, pp. 251-256; COOKE, Peter, “Clarification and corrections to ‘On the attribution of probabilities to the causes of disease’ by Peter Cooke and Arianna Cowling”, (*Law, Probability and Risk* (2005), 4, 251-256)”, *Law, Probability and Risk*, N° 8, 2009, pp. 67-68.

⁵ En los ordenamientos seguidores del Code Civil esta idea ha estado siempre implícita, aunque no siempre haya sido evidenciada por la doctrina y la jurisprudencia. En tal sentido son particularmente claras las ideas de Domat cuando distingue entre “causa” y “ocasión” del

“la causa” jurídica del daño, a la cual se impondrá la obligación de resarcimiento integral. En estos casos puede suceder que el agente responsable del daño resulte obligado a pagar una indemnización sustancialmente más elevada que el riesgo que su conducta creó o que, frente a una negligencia menor, la indemnización sea considerablemente alta.⁶ Como contrapartida puede ocurrir que los jueces, frente a casos como los descritos, decidan simplemente negar la responsabilidad del agente, dejando a la víctima sin indemnización alguna.

Debido a lo anterior, en los últimos años, sobre todo en el ámbito de *common law*, pero también en la doctrina y jurisprudencia italiana,⁷ se ha producido un rechazo a la regla “todo o nada”, propiciando la imposición de una regla de “responsabilidad parcial” (*apportionment of liability*)

daño. Véase el análisis de esta distinción en SAN MARTÍN, cit. (n. 2), pp. 158 y ss. En el derecho contemporáneo, la distinción más clara a este respecto la debemos a Hart y Honoré, especialmente a este último, quien distingue entre condiciones “necesarias” y “suficientes”, dejando en evidencia que no siempre las condiciones necesarias pueden ser consideradas jurídicamente “causa” del daño. Vid. HART, H. L. A., HONORÉ, Tony, *Causation in the law*, Oxford, Clarendon Press, 1985, 2ª ed., pp. 68 y ss.; HONORÉ, Tony, “Necessary and Sufficient Conditions in Tort Law”, en OWEN, David G. (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford, Oxford University Press, 1995, pp. 363-385, ahora con traducción castellana bajo el nombre “Condición necesarias y suficientes en la responsabilidad extracontractual”, *Revista Chilena de Derecho* vol. 40, N° 3, 2013, pp. 1073 y ss.

⁶ En algunos países esta consecuencia se evita entregando al juez la posibilidad de rebajar la indemnización en casos como éste. En este sentido vid. Brasil, Código Civil, artículo 944 España, Código Civil, artículo 1103.

⁷ TASSONE, Bruno, “Solidarietà e parziarietà nell’ordinamento italiano, un’analisi operativa”, *Danno e Responsabilità*, N° 11, pp. 1095-1109; CAPECCHIA, Marco, “Il reverimento della Corte di Cassazione sulla interpretazione dell’art. 2055 C.C.: si apre una nuova stagione nel rapporto tra nesso causale e risarcimento del danno?”, *Danno e Responsabilità*, N° 4, 2010, pp. 376-387 correspondiente al comentario de la sentencia resumida en la misma revista bajo el título “Efficacia delle concause e attribuzione di responsabilità”, *ibídem*, pp. 372-375; NOCCO, Luca, “Rilevanza delle concause naturali e responsabilità proporzionale: un discutibile revirement della Cassazione”, *Danno e Responsabilità*, N° 2, 2012, pp. 149-164; ZORZIT, Daniela, “Il problema del concorso di fattori naturali e condotte umane. Il nuovo orientamento della Cassazione”, *Danno e Responsabilità*, N° 5, 2012, pp. 507-514; TASSONE, Bruno, “Concause, orientamenti recenti e teorie sulla causalità”, *Danno e Responsabilità*, N° 6, 2013, pp. 633-660; GNANI, Alessandro, “Causa umana e causa naturale in concorso: nuovi possibili scenari dopo le sentenze della Cassazione”, *Danno e Responsabilità*, N° 11, 2013, pp. 1041-1048; GATTI, Stefano, “Concorso di cause e principio di proporzionalità”, *Danno e Responsabilità*, N° 6, 2015, pp. 625-643.

proportionate-damages),⁸ en que se admite la concurrencia causal entre la conducta humana y un evento ajeno a ella, tal como las condiciones preexistentes de la víctima o eventos de la naturaleza, así como una indemnización equivalente a la probabilidad de que el agente haya sido efectivamente el causante material del daño. El fundamento de esta nueva doctrina es que el tercero no debe ser obligado a indemnizar más que aquella parte del daño que su hecho efectivamente contribuyó a producir.⁹

2. Objetivo del trabajo

Sin perjuicio de los reparos que nos pueda merecer la corriente doctrinaria antes expuesta,¹⁰ lo interesante, y la razón por la cual la mencionamos en esta sede, es que esta *nueva doctrina*, que pretende poner en tela de juicio la regla “todo o nada”, tiene dos parientes cercanos en la historia del derecho privado: (i) la previsibilidad del daño en la responsabilidad contractual y (ii) la culpa de la víctima en la responsabilidad civil extracontractual pues ambas instituciones constituyen una excepción a la fórmula “todo o nada”.

Como es sabido, el Código Civil chileno recoge ambas situaciones. El artículo 1558 del referido Código limita la indemnización debida por

⁸ Sobre el particular vid. WEIR, Tony, “All or Nothing?”, *Tulane Law Review*, vol. 78, 2003-2004, pp. 511-552; GREEN, cit. (n. 3), pp. 159-175; LESHEM, Shmuel; MILLER, Geoffrey P., “All-or-Nothing versus Proportionate Damages”, *Journal of Legal Studies* (Universidad de Chicago), vol. 38, 2009, pp. 345-382.

⁹ En este punto cabe recordar la experiencia francesa, en que a partir de la sentencia en el caso *Lamoricière*, de 19 de junio de 1951, tuvo lugar la llamada teoría de la *causalidad parcial*, que daba lugar a la repartición de la responsabilidad entre las múltiples causas de un mismo daño, dando precisamente ese argumento. Sin embargo, al margen de la predisposición de la víctima, que todavía subsiste en cierta medida, dicha doctrina fue paulatinamente desapareciendo a partir de 1968, y desde 1975 la jurisprudencia francesa ha constantemente sostenido la posición contraria, sin perjuicio de que actualmente haya algunos autores partidarios de la proporcionalidad. Para una adecuada reconstrucción de esta situación, vid. RUFFINI, María Letizia, “Il concorso di colpa e di caso fortuito nella produzione del fatto dannoso: l’esperienza francese e il diritto italiano”, *Rivista del diritto commerciale*, parte I, 1946, pp. 39-59; CHABAS, François, *Cien años de responsabilidad civil en Francia*, traducción castellana de Tapia Rodríguez, Mauricio, Santiago de Chile, Flandes Indiano, 2009 (2000), *passim*, especialmente p. 73; VIOLANTE, Umberto, *La responsabilità parziale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004, pp. 70 y ss.; QUÉZEL-AMBRUNAZ, Christophe, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 2010, p. 297 y ss.

¹⁰ En un sentido crítico vid. BARROS, cit. (n. 1), p. 145, n. 138.

el deudor simplemente culpable a los daños que se previeron o pudie prever al tiempo del contrato.¹¹ Mientras que la *culpa concurrente de víctima* está recogida en el artículo 2330 del Código Civil, que contera reducción del resarcimiento cuando quien ha sufrido el daño se ha puesto imprudentemente a él.¹² En esta sede hemos querido referirnos estas limitaciones conjuntamente en razón de que, aunque no siempre tenga en consideración, ambas instituciones están relacionadas y, adertienen un origen histórico común. En efecto, según se verá a continuación la formulación de ambas reglas obedeció a la necesidad de establecer la incidencia de la conducta del acreedor en el juicio de responsabilidad civil y, por tanto, existe una íntima conexión entre las dos instituciones tanto así que podría decirse que la “culpa del acreedor transforma en

¹¹ En efecto, la doctrina reconoce en esta norma una excepción al principio de reparación integral del daño, razón por la cual en algunas oportunidades ha sido duramente criticada señalando que ella implica *injustificadas* diferencias entre la responsabilidad contractual y la extracontractual. En el ámbito nacional, siguiendo básicamente a la doctrina francesa ha sido la opinión de Carmen Domínguez, quien ha abogado por su supresión (aunque necesariamente de manera formal, sino por la vía de una *reformulación*), con el fin de “evitar las consecuencias injustas e injustificables a que conduce”. DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, “Algunas consideraciones en torno al daño como elemento de la responsabilidad civil”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° XIX, 1998, p. 247. En principio la misma opinión sería Cárdenas, pues afirma que comparte “los argumentos que postulan la nueva doctrina civilística, en cuanto a la supresión de la regla de la previsibilidad en el ámbito contractual”; sin embargo, acto seguido el autor destaca las bondades de mantener la regla de limitarla a los casos de responsabilidad contractual. CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo, “Sobre la extensión de la reparación del daño moral derivado de contrato”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, N° 2, 2005, pp. 379-387; vid. también BARRÍAS PAREDES, Manuel, “La previsibilidad materia de daños”, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 223-224, 2005, pp. 155-168. En sentido contrario se ha sostenido que esta regla debiera no sólo mantenerse sino extenderse a la responsabilidad extracontractual, BANFI, cit. (n. 2), *passim*. Sobre el alcance y explicación de esta regla nos hemos pronunciado en otra sede, vid. SAN MARTÍN NEIRA, Lilian C., “La previsibilidad como límite al resarcimiento del daño por incumplimiento contractual”, *Estudios de Derecho Civil IX*, Santiago de Chile, LegalPublishing-Thomson Reuters, 2007, pp. 649-668.

¹² En este sentido lúcidamente señala DOMÍNGUEZ ÁGUILA “nuestro Derecho no conoce de exoneración parcial. La fuerza mayor exime totalmente de responsabilidad, que no puede concurrir con el hecho culpable del demandado. Igual cosa sucede con el hecho de terercuando se trata de las relaciones entre la víctima y el demandado. Así, pues, la disposición del artículo 2330 es excepcional y debe interpretarse conforme a su texto: la exoneración sólo existe si el hecho de la víctima ha sido imprudente”. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, “El hecho de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad civil”, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 136, 1966, p. 36.

previsible el daño sufrido a causa de ella” o, desde otra perspectiva, “que incurre en culpa el acreedor que no advierte a su deudor sobre los riesgos extraordinarios que gravan su actividad”. El corolario de esta relación es la pertinencia de aplicar en sede contractual una regla equivalente a la del artículo 2330 Código Civil, de manera generalizada, no sólo para casos que constituyan supuestos de cúmulo entre responsabilidad civil contractual y extracontractual, como actualmente acontece.¹³

En lo sucesivo, intentaremos demostrar tal aserto mediante una sucinta reconstrucción histórico-dogmática de las reglas. Para ello nos referiremos a los orígenes de la previsibilidad como criterio de delimitación del resarcimiento en la obra de Dumoulin, a partir de sus antecedentes romanos, y luego a la regla de repartición de responsabilidades en el seno del derecho

¹³ En efecto, la revisión de la jurisprudencia evidencia que, a pesar de declarar abiertamente la extensión de la regla contenida en el artículo 2330 a la responsabilidad contractual, en la práctica ella sólo se aplica a casos de responsabilidad contractual derivada de la violación a las llamadas obligaciones de seguridad (o deberes de protección) que, como se sabe, corresponden a casos típicos de concurrencia o cúmulo de responsabilidades, que generalmente se acogen al estatuto contractual por las ventajas que éste presenta en relación al extracontractual; especialmente prolifera es la aplicación de esta regla a responsabilidad contractual por accidentes del trabajo, vid. BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, “La culpa de la víctima en los accidentes del trabajo: Dogmática y jurisprudencia chilenas”, en *Cuadernos de Extensión Jurídica*, Santiago de Chile, Universidad de los Andes, N° 10, 2005, pp. 123-153; BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, “La culpa de la víctima en los accidentes del trabajo: Dogmática y jurisprudencia chilenas”, en *Cuadernos de Extensión Jurídica*, Santiago de Chile, Universidad de los Andes, N° 20, 2011, pp. 147-182. Sin embargo, dicha regla no se aplica cuando se trata de daños derivados de un incumplimiento contractual “puro”, pues en estos casos los jueces continúan aplicando la regla “todo o nada”, recurriendo para ello al expediente de la causalidad. Claramente en este sentido, vid. Corte Suprema, 25 de mayo de 2015, rol N° 12918-2014, redacción a cargo de Rosa María Maggi D., en que expresamente se resolvió que, a pesar de que el demandado (un banco) había incurrido en culpa, el único causante del daño reclamado había sido el demandante. Una situación similar se produce en el ámbito del *common law*, vid. ANDREWS, N. H., “No Apportionment for Contributory Negligence in Contract”, *The Cambridge Law Journal*, vol. 45, N° 1, 1986, pp. 8-10; SMITH, Stephen A., *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*, Oxford, University Press, 6ª ed., 2005, p. 398; MARKESINIS, Basil et al. *The German Law of Contract*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2ª ed., 2006, p. 478. Distinta es la situación en el ámbito europeo continental y en el derecho privado uniforme, principalmente de *soft law*, pues diversos cuerpos normativos reconocen expresamente la posibilidad de reducir la responsabilidad del deudor sobre la base de la participación que ha correspondido al acreedor en el incumplimiento. Por todos, vid. NEUMANN, Thomas, *The duty to cooperate in international sales. The scope and role of article 80 CISG*, München, Selp, 2012, *passim*; ZIMMERMANN, Reinhard, “Limitation of liability for damages in European contract Law”, *The Edingburg Law Review*, vol. 18, N° 2, 2014, pp. 193-224.

germánico, específicamente en la obra de Christian Wolff y el Código C alemán (BGB).

II. EL ORIGEN DE LA PREVISIBILIDAD Y SU RELACIÓN CON LA CONDUCTA DEL ACREEDOR

1. El surgimiento de la previsibilidad como explicación para C.7.4

Según hemos tenido ocasión de analizar en otra sede,¹⁴ durante el llamado derecho romano clásico la *responsabilidad contractual* tenía dos características fundamentales: el carácter exclusivamente pecuniario de la condena y el hecho de que su cuantía estaba directamente ligada a la fórmula correspondiente al contrato cuyo incumplimiento se alegaba. De esta manera, el acreedor podía obtener la suma nominal obligada por la fórmula equivalente pecuniario de la prestación incumplida (*quanta ea res est – e fuit*), o bien el *id quod creditoris interest*, en este último caso, el acreedor tenía derecho, además del valor pecuniario de la prestación incumplida, al resarcimiento del daño (*damnum emergens* y *lucrum cessans*) derivado del incumplimiento. En este último caso, la fórmula podía incluir la cláusula *fide bona*, en cuyo caso el juez quedaba autorizado para juzgar de acuerdo a las circunstancias del caso y, de esta manera, ampliar o reducir la *summa condemnationis* conforme a las exigencias de la buena fe.¹⁵ El ejercicio de esta facultad excepcional exigía una refinada sensibilidad jurídica,¹⁶ de modo que los jueces se guiaran por los pareceres de los juristas.

El sistema recién descrito dio paso a un nuevo sistema procesal sustantivo, en que se estableció que todos los juicios debían ser resueltos conforme a las mismas directrices y se generalizó el empleo del *id quod interest* como método de evaluación de la condena. A su vez, comer-

¹⁴ SAN MARTÍN, cit. (n. 2), pp. 41 y ss.

¹⁵ Vid. VACCA, Letizia, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1982, reimpresión; TALAMANCA, Mario, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 658.

¹⁶ Como señala Cicerón, era obra del “*magnum iudex*” decidir correctamente en este tipo de juicios. Véase CIC. *De officiis* 3.17.70. Sobre este pasaje vid. CARDILLI, Riccardo, “*Bona fides*”, *tra storia e sistema*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 40.

a utilizarse la ejecución forzada de la prestación como método de tutela judicial generalmente aceptado; de esta manera, aunque no se diga expresamente, surge la distinción entre prestación e indemnización de perjuicios. Esta situación se vio afectada por una circunstancia adicional: el proceso de decaimiento en que entró la ciencia jurídica romana, que llevó a que los jueces ya no contaran con la sabia opinión de los grandes jurisconsultos del pasado.¹⁷ En esta atmósfera, la generalización del *id quod interest* (ex *fide bona* para el caso de incumplimiento) representaba un problema.¹⁸ Todos estos antecedentes llevaron a una de las grandes innovaciones de la época posclásica en materia de resarcimiento del daño: la introducción, por obra del emperador Justiniano,¹⁹ de límites generales al *quantum condemnationis*,²⁰ dependiendo de si se trataba de un caso cierto o incierto. En el primer evento, la indemnización se limitaba al *duplum*, mientras que en el segundo quedaba entregada a criterio del juez. De esto da cuenta la constitución contenida en C.7.47.²¹

¹⁷ Véanse: SOLARI, Arturo, *La crisi dell'Impero Romano*, Milano, Societa anonima editrice D. Alighieri, 1936; SOLAZZI, Siro, voz "Citazione (legge delle)", *Novissimo digesto italiano*, vol. III, Torino, UTET, 1962; FERNÁNDEZ CANO, Ana Cristina, *La llamada ley de citas en su contexto histórico*, Madrid, Fundación Seminario de Derecho Romano, 2000.

¹⁸ Vid. PROVERA, Giuseppe, Recensión a BELOW, Karl-Heinz, "Die Haftung für lucrum cessans in römischen Recht", *SDHI*, Nº 37, 1971, pp. 222 y ss.

¹⁹ El derecho legislado es otras de las características del período posclásico. En efecto, mientras en la época republicana las normas jurídicas eran creadas por la jurisprudencia para el caso concreto, en la época imperial esta situación poco a poco cambió, sobre todo desde el tiempo del bajo imperio, el ordenamiento deviene progresivamente un régimen fundado, predominantemente en: las disposiciones de origen legislativo, el derecho creado por la voluntad del emperador y el derecho recogido en las codificaciones preparadas por orden imperial. Cf. PIANO MORTARI, Vincenzo, *Aspetti del pensiero giuridico medievale*, Napoli, Liguori, 1988, 2ª ed., p. 11; PADOA SCHIOPPA, Antonio, *Storia del diritto in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2007, pp. 19 y ss.

²⁰ Véase RATTI, Umberto, "Il risarcimento del danno nel diritto giustiniano", *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, vol. 40, 1932, pp. 169 y ss.

²¹ Según su texto, la Constitución de Justiniano distingue dos hipótesis de obligaciones incumplidas y a cada una de ellas conecta una determinada modalidad de evaluación de perjuicios. La primera se refiere a los llamados *casos ciertos* (o sea, aquellos *qui certam habent quantitatem vel naturam*), entre los cuales se incluyen el arriendo, la venta y en general todos los contratos. La segunda se refiere a los llamados *casos inciertos* (*qui incerti esse videntur*). En los casos ciertos la condena no podía exceder del doble del valor de la cosa (criterio del *duplum*), en los casos inciertos la valoración del monto del daño quedaba entregada a la moderación del juez. SMORTO, Guido, *Il danno da inadempimento*, Padua, Cedam, 2005, p. 143.

En lo concerniente a la imposición del *duplum* como límite resarcimiento, la mayoría de la doctrina coincide en que corresponde a la intervención posclásica, aunque existen autorizadas opiniones en contrario. Para efectos de este trabajo, lo importante es que a partir de la imposición de la responsabilidad del deudor por el incumplimiento se limita el resarcimiento a la cantidad debida, a menos que lo adeudado fuera incierto, como las obligaciones del mandatario, en cuyo caso se aplica la moderación del juez.

Una vez redescubierto el *Corpus Iuris*, los doctores medievales dedicaron cuantiosas páginas a la extensión del resarcimiento, según lo establece el C.7.47, pues constituye la única de sus disposiciones que toca al tema.²² Sin embargo, las dificultades de comprensión que la Constitución son tantas que aún hoy la doctrina no logra acuerdo sobre ella. Así se explica que haya dado lugar a numerosas controversias,²⁴ principalmente en lo relacionado con la distinción entre el caso cierto e incierto,²⁵ panorama que se mantuvo hasta el siglo XVIII, que ello significara grandes conflictos. Así, en Francia, frecuentemente un tribunal consideraba cierto, otro lo consideraba incierto, si bien no hubiera ningún criterio general al respecto.²⁶ Sin embargo,

²² Para esta discusión vid. bibliografía citada en SAN MARTÍN, cit. (n. 2), p. 143.

²³ Un completo análisis de las opiniones de los doctores medievales en la materia se encuentra en PROCCHI, Federico, "Dall' id quod interest alla costruzione dell' CC. 'Difficile' ad opera di Friedrich Mommsen", en *Questioni vecchie e nuove in tema di diritto romano*, Napoli, Jovene 2011, pp. 363 y ss.

²⁴ En este sentido sostiene Dumas que "Notre constitution apparaissait aux sages et des postglossateurs comme un texte des plus difficiles du Code" (Du "Origines romaines de l'article 1150 du Code Civil", en *Etudes d'histoire juridique*, t. II, Paris, Librairie Paul Geuthner, 1913, p. 101), confirmado por las palabras de Accursio, quien al iniciar su glosa sostiene "difficilioribus totius Codicis" (ACCURSIO, *Commentaris. Corpus Iuris Civilis, totius Venetiis*, 1592, c. 2135). Véanse las referencias proporcionadas en: LUPOLI, Mario, *La moderación del deudor en el derecho italiano y francés*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 38, n. 65.

²⁵ Véase DUMAS, cit. (n. 24), pp. 101 y ss.; LUPOLI, cit. (n. 24), pp. 40 y ss. Véase también: BADOSA COLL, Ferran, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación de entrega*, Publicaciones del Real Colegio de España, 1987, p. 20.

²⁶ LUPOLI, cit. (n. 24), p. 24.

comercio –con el consecuente aumento de la contratación– trajo consigo la necesidad de una adecuada “interpretación” de las normas sobre la cuantía del resarcimiento.²⁷ Esta misión fue cumplida por Charles Dumoulin (1500-1566),²⁸ cuyo *Tractatus de eo quod interest*,²⁹ no sólo modificó el panorama de ese entonces, sino que estableció las bases del actual sistema de resarcimiento del daño contractual.³⁰

En efecto, observando las distinciones propuestas por Juliano (en D.19.1.13),³¹ Dumoulin afirma que la distinción entre *casus certus e incertus* no depende del tipo contractual, como hasta entonces se había sostenido, sino de las circunstancias que originan la obligación de resarcimiento. Más específicamente, del objeto de la obligación de resarcimiento, pues ésta no deriva del incumplimiento, ni de la privación del bien sufrido por el comprador, sino de la presencia de un daño.³² En este sentido, sostiene, es distinto el caso en que el vendedor no efectúe la tradición (o el vendedor sea privado posteriormente de la cosa), de aquel en que entregue una cosa viciosa, pues, en este caso, el vendedor no responde por la cosa, sino por

²⁷ Véase BARCELONA, cit. (n. 25), pp. 83 y ss.

²⁸ En latín, MOLINEAUS; sobre este autor vid. VIOLLET, Paul, *Historie du droit civil français*. Aalen, Scientia, 1966, pp. 224 y ss.

²⁹ En recopilación de antecedentes que constituyen la base de este trabajo se tuvieron a la vista tres versiones del *Tractatus*. La primera, editada en Venecia el año 1574, en donde el autor aparece bajo el nombre de fantasía Gaspare CABALLINO DE CINGULO, pues por ese entonces regía la prohibición de publicación de sus obras. La segunda es la que aparece en el volumen III de la *Opera Omnia* editada en París, edición de 1681. Ambas conservadas en la Biblioteca Nazionale de Roma. La tercera, de 1576, publicada en Colonia, también a nombre de Gaspare Caballino de Cingulo, disponible en: <http://www.google.it/books?id=oSk8AAAACAAJ>.

³⁰ Así, a propósito del resarcimiento en la compraventa, sostiene Pothier que Dumoulin es quien “ha profundizado esta materia mejor que ningún otro comentador”. POTHIER, Robert Joseph, *Tratado de contrato de venta*, trad. castellana bajo la dirección de Dupin, M., Buenos Aires, Atalaya, 1954, p. 40. Mientras que sobre el *Tractatus de eo quod interest* sostiene Barcelona que “alcuni passi di quest’opera del XVI sec., (...) sono di frequente assunti a punto di partenza di uno svilup. teorico senza fratture e considerati quasi come espressione di principi metastorici (...). Il criterio della ‘previdibilità’, la teoria del dolo, el límite della ‘causalità’ si ritiene trovino in essi le loro prime formulazioni tecnicamente mature e/o le loro prime basi argomentative teoricamente adeguate”, BARCELONA, cit. (n. 25), p. 30.

³¹ Cf. *Tractatus*, § 4.

³² Sobre este punto véase LUPOL, cit. (n. 24), p. 46; BARCELONA, cit. (n. 25); p. 40.

el perjuicio que ésta cause al comprador.³³ De esta manera, la o evicción de la cosa confieren a la obligación de resarcimiento específico cierto; en cambio, la entrega de un bien viciado, o la de las cualidades prometidas, le confieren un objeto específico porque en estos casos el vendedor se hace responsable, no por objeto de la prestación, sino por los daños que éste ocasione en el comprador. En este último caso, habrá lugar al resarcimiento del *id quod interest*, que consiste en “omnem iustum verum, p non remotum detrimentum”.³⁵

En este punto surge la previsibilidad del daño como explicación de la limitación del resarcimiento al *duplum*. En efecto, entre los que los autores medievales no habían logrado explicar estaba la cuestión del límite del *duplum*: ¿por qué cuando se trataba de *casus interesse* se limitaba al *duplum*? Y, por otro lado, ¿qué parame seguir los jueces a la hora de determinar la cuantía del resarcimiento en los casos inciertos? Para contestar estas interrogantes Dumoulin introduce la previsibilidad,³⁶ siguiendo un criterio que ya había sido en las fuentes romanas, específicamente en D.19.1.43, parte final.

³³ *Tractatus*, § 4.

³⁴ BARCELONA, cit. (n. 25), p. 40. Así, el que entrega vasijas defectuosas es responsable por el valor de éstas, sino por el valor del licor derramado a causa (Tractatus, § 49).

³⁵ “(...) Et huius obligationis obiectum non ad certam partem, & qualitatem ad tantam quantam perisse, & interesse euentus declarabit, & sic casus huius ob interesse incertus est, futurum incertum tempore contractus habet obiectum. Et s ad primum, sed ad secundum huius l. responsum, ut veniam omne iustum, verum non remotum detrimentum” (Tractatus, § 5).

³⁶ Sobre el punto véase GNANI, Alessandro, *Sistema di responsabilità e pre danno*, Torino, Giappichelli, 2008, *passim* y bibliografía ahí citada; vid. también Giordano, “La prevedibilità del danno nella sistemática della responsabilità”, *Danno e n* N° 4, 2009, pp. 356-362.

³⁷ D.19.1.43: “(...) nam empti iudicium ad eam quoque speciem sufficere, ut enim pretium continet tantum, sed omne quod interest emptoris servum non evincit tantum pretium excedisse proponas, ut non sit cogitatum a venditore de tanta surronas agitatore postea factum vel pantomimum evictum esse eum, qui minimo iniqum videtur in magnam quantitatem obligari venditorem” (la acción de compra para este objeto; porque no comprende solamente el precio, sino todo lo que el comprador que no sea reivindicado el esclavo. Pero si propusieras que el precio e

afirma que la razón de ser de C.7.47 se debe a que el interés extrínseco—en los casos ciertos e inciertos— no debe exceder los límites del objeto que, verosímelmente, aparecían al tiempo del contrato, o bien los límites del peligro (asumido) o del caso previsto, o tácitamente aceptado.³⁸

Ahora bien, cuando se trata de los casos ciertos, lo previsto será el *duplum*, pues, verosímelmente, el deudor no habría previsto, ni pensado, asumir un daño, o peligro, mayor que la cosa principal, más de lo que costaba la misma.³⁹ Cuando se trata de un caso incierto, no hay una cantidad a la cual hacer referencia, pero se debe razonar de la misma forma, en consecuencia, el monto “previsto” debe ser determinado por el juez haciendo uso del *competens moderamen*.⁴⁰

En definitiva, Dumoulin unifica los *casus certi e incerti* bajo una misma *ratio*: “la previsión del daño”.⁴¹ En el *casus certus* se presume que lo previsto no excede el *duplum*, mientras que en el *incertus* se otorga al juez una herramienta para indagar el *quod re vera inducitur damnum*, determinando así cuáles de los daños alegados por el acreedor deben ser atribuidos al responsable y cuáles deben quedar fuera de la *summa condemnationis*.⁴²

que no se haya pensado por el vendedor sobre tan grande suma, por ejemplo, si supusieras que, hecho después conductor de carros en el circo, o pantomimo, fue reivindicado el que fue vendido por un precio mínimo, parece injusto que el vendedor se obligue a una grande cantidad).

³⁸ Después de haberse planteado la pregunta sobre la justificación del límite (§ 57), el autor identifica ocho motivos por los cuales resulta equitativo limitar el *interesse extrinsecum al duplum*. El octavo, y último, es precisamente que el vendedor no debe ser obligado a más de aquello a que verosímelmente se habría obligado, o sea, el *duplum*. Vid. *Tractatus*, § 57-60.

³⁹ En este sentido nos dice Dumas: “Tout l’effort de Dumoulin tend à prouver que cet intérêt extrinsèque, qui constitue le deuxième élément des dommages et intérêts, ne doit pas excéder la valeur de l’objet. C’est une peine et la peine ne doit pas excéder la faute. Pas davantage, l’accessoire ne doit dépasser le principal”, vid. DUMAS, cit. (n. 24), pp. 112-113.

⁴⁰ Véase *Tractatus*, § 60.

⁴¹ Nótese la rúbrica con la que se indica esta materia en el índice del *Tractatus*: “60. *Analoga casuum incertorum ad certos* 61.62.64.65”.

⁴² A este efecto es clarificador el ejemplo contenido en el § 179. En éste el autor pone el caso de un inquilino que quema culposamente la casa. Con posterioridad al contrato de arriendo, el propietario había celebrado un contrato de compraventa, recibiendo 4.000 por concepto de la mitad del precio y comprometiéndose a hacer la tradición de la casa a final del año, bajo una cláusula penal. Todos los daños que deriven al propietario de no poder cumplir el contrato

El criterio para efectuar esta determinación es el *riesgo* (peligro) e o tácitamente aceptado por el deudor incumplido al tiempo del contrato, o criterio expresamente formulado en D.19.1.43 y subyacente a D.19.1.43, que sirvió de base a la distinción medieval entre *interest circa* y *extra*. En efecto, este último pasaje refiere el caso de un vendedor que, en mora de entregar el trigo y vino vendidos; ello acarrea al comprador dos daños: la muerte de los esclavos a causa de la falta de trigo para alimentarlos y la pérdida de la ganancia por la no comercialización de los mismos. Analizando la extensión del resarcimiento, Paulo afirma que él alcanza “toda la utilidad”, pero ésta comprende sólo el valor de la cosa (*utilitas circa rem consistit*), quedando excluidos el valor de los esclavos muertos y la ganancia por la eventual venta del vino. Ahora bien, refiriéndose a la ganancia frustrada, la doctrina romanista es conteste en que ella no se imputa al comprador porque el comprador no era un comerciante que acostumbrase a comprar para reventa;⁴⁴ en otras palabras, el riesgo de esa pérdida no había sido previsto por el vendedor al tiempo de contratar, pues no se trataba de un riesgo incluido en el contrato.

2. La culpa del acreedor no debe agravar ni mejorar la condición del deudor: La previsibilidad como una forma de excluir la regla “todo o nada”

La razón de la reseña antes hecha radica en que, en el esquema de Dumoulin, aquellos daños que sean producto de la *culpa* del acreedor, in caso de incumplimiento imputable al deudor, son *daños imprevistos*

de compraventa, sostiene, son daños no previstos por el inquilino al tiempo del contrato, éste no responde sino por el valor de la casa. Vid. *Tractatus*, § 179.

⁴³ Ésta es una distinción básica para el entendimiento de las reglas de indemnización modernas, pues será la superación de esta distinción la que llevará a formular el principio de resarcimiento integral del daño.

⁴⁴ Expresamente en este sentido: GLÜCK, Cristiano Federico, *Commentario alle per il Libro II, tit. XIV*, trad. italiana de De Marinis, G., Milano, Villardi, 1889, pp. 819-820; I. Contardo, *Manuale di pandette*, Milano, Libreria, 3ª ed., 1908, p. 585; ARANGIO-RUIZ, Vito, *La compraventa in diritto romano*, Napoli, Jovene, 1990 (reimpresión de la 1ª ed.), p. 438; TALAMANCA, Mario, voz “Vendita”, *Enciclopedia del Diritto*, vol. XLVI, Milano, Giuffrè, 1969, p. 438; BOVE, Lucio, voz “Danno” (diritto romano) *Novissimo digesto italiano*, vol. X, Torino, UTET, 1969, p. 145.

por tanto, se excluyen de la indemnización. En efecto, los tres ejemplos que da para ilustrar el funcionamiento de la previsibilidad (§§61-64) se refieren a daños atribuibles a la *culpa* de acreedor, según las palabras textuales del autor.⁴⁵ A continuación se ofrece una reseña de cada uno de los tres casos, todos los cuales serían luego tomados por Pothier precisamente para ilustrar la regla de la previsibilidad.⁴⁶

En orden de aparición, el primer caso tratado es la venta de tinajas fabricadas para la conservación de cerveza o sidra y que el comprador usa para la conservación de vino, éstas, al no ser aptas para tal fin, se rompen.⁴⁷ El autor no duda en calificar de *culpa* la actitud del comprador y pasa luego a determinar la responsabilidad. Al efecto sostiene que, si el vendedor entregó vasijas aptas para el fin convenido, sólo el comprador ha incurrido en *culpa*, por tanto, a éste debe imputarse todo el daño.⁴⁸ En esta parte de su obra Dumoulin corrobora su teoría sobre la previsibilidad, sosteniendo que el vendedor no ha asumido el riesgo de la conservación del vino, por consiguiente, no debe responder.⁴⁹ En otras palabras, el deudor no ha incurrido en incumplimiento.

Empero, ¿qué pasaría si las tinajas vendidas no hubieran sido aptas ni siquiera para conservar la cerveza o la sidra? Éstas se rompieron conteniendo vino, fue ésta la pérdida sufrida por el comprador, además, él está en *culpa*, pues introdujo vino en tinajas para cerveza. Una aplicación estricta de la regla “todo o nada” (o compensación de culpas) llevaría a que el comprador no tiene derecho alguno al resarcimiento, pues su *culpa* compensa aquella del vendedor. Sin embargo, Dumoulin sostiene que el comprador está en *culpa*, pero ésta no debe agravar ni purgar la *culpa* del vendedor. En otras palabras, por el hecho de que el comprador incurra en culpa, el vendedor no debe ver empeorada ni mejorada su condición; por tanto, en ambos casos responderá sólo hasta el peligro expresa o tácitamente previsto al tiempo

⁴⁵ En el mismo sentido véase LEONE, Francesco, “Nesso causale tra colpa e danno”, *Rivista di Diritto Civile*, 1913, N° 5, p. 596.

⁴⁶ Para un análisis detallado de tales casos, vid. SAN MARTÍN, cit. (n. 11), *passim*.

⁴⁷ *Tractatus*, § 60.

⁴⁸ *Ibidem*, § 61.

⁴⁹ *Ibidem*, § 60.

del contrato, o sea, el valor de la cerveza o sidra que el comprador le ordinariamente puesto en las vasijas.⁵⁰

Acto seguido el autor pone un segundo ejemplo, prácticamente idéntico al anterior. Supongamos, sostiene, que una persona tenga dos casas diferentes tamaños y compra vigas para reconstruir o bien apuntalar la pequeña, pero luego, habiendo cambiado de idea, decide usarlas para la grande. Si las vigas resultan ser viciosas, de modo que no habrían soportado ni siquiera el peso de la casa pequeña para la cual fueron compradas la pregunta ¿debemos considerar al vendedor responsable por el *detrimento* sufrido en la casa grande, “in totum, vel nullo modo, aut quate Nuevamente en este caso el autor desecha la regla del “todo o nada” no libera al vendedor de responsabilidad, sino que la limita al daño verosimilmente habría sufrido la casa pequeña, pues sólo éste fue el “*praecogitatum, & illud solum tacite fusceptum*, y agrega, *reliquur dominus imputet: et hoc est aequissimum*”, pues, sostiene, si éste hubiese advertido al vendedor del destino que daría a las vigas, este último le habría sido más diligente y solícito a fin de entregar vigas sanas.⁵¹

El tercer caso también se refiere a la compraventa de vigas para reconstruir una casa que no resultan aptas para tal fin. Mientras se llevan a cabo las reparaciones, la casa se derrumba a causa del vicio de las vigas, aplastando muebles que el propietario había dejado dentro. Surge entonces la pregunta ¿hasta dónde se extiende la responsabilidad del vendedor? La respuesta del autor es que sin duda la *culpa* de vendedor es *causa sine qua non* del daño.⁵² Empero, debe responder solamente por el valor del edificio por los muebles que estaban en su interior. Para justificar esta solución cuatro motivos: primero, si bien se trata de una consecuencia inmediata no es una consecuencia necesaria de la destrucción de la casa;⁵³ segundo, el vendedor no había previsto tal peligro, sino sólo aquel referido al edificio; tercero, el comprador debe imputar a sí mismo la pérdida

⁵⁰ *Ibidem*, § 61.

⁵¹ *Ibidem*, § 62.

⁵² *Ibidem*, § 63.

⁵³ *Ibidem*, § 63.

las cosas que, pudiendo y debiendo haber sido sacadas de la casa, fueron expuestas a un peligro que podía haber sido evitado;⁵⁴ cuarto, según las normas de la *actio empti*, el vendedor es responsable sólo por el edificio y las cosas adherente a éste, no por las cosas que podían y debían ser sacadas. Empero, sostiene, este caso es diferente de aquel en que la casa, que estaba vacía durante los trabajos, se caiga una vez terminados éstos y cuando estaba ya habitada, pues, en esta hipótesis, el vendedor responde no sólo del valor del edificio, sino también de los muebles que estén en su interior.⁵⁵ En síntesis, en la primera hipótesis la destrucción de los muebles no da lugar a indemnización porque no desamoblar la casa mientras se arregla constituye *culpa* del comprador, cuestión que genera un daño no atribuible al vendedor: *imprevisible*. De hecho, una vez enumeradas todas las razones, el autor insiste en que el principal motivo del no resarcimiento radica en las dos últimas razones.⁵⁶ Por el contrario, dado que la casa debe amoblarse para vivir en ella, no hay ninguna *culpa* del acreedor en tener amoblada la casa una vez terminados los trabajos y, por tanto, el riesgo de destrucción de los muebles debe ser asumido por el deudor incumplidor, en otras palabras, se trata de un *daño previsible*.

Así las cosas, en la obra de Dumoulin la *previsibilidad* del daño se entrelaza con la *culpa del acreedor*. Los tres casos en que emerge claramente la *culpa* del acreedor, sea para excluir, o bien limitar la responsabilidad, pretenden demostrar que el contratante incumplidor no debe indemnizar los daños que correspondan a riesgos no contemplados al tiempo de contratar, pues tales riesgos deben ser asumidos precisamente por quien, de manera negligente, (i) no los hizo parte del contrato (no informó el motivo del contrato); (ii) dio lugar a ellos con posterioridad al acuerdo (destinando la prestación a un fin distinto del convenido), o (iii) se expuso a ellos imprudentemente (no adoptó las medidas conducentes a precaver el daño).

La conclusión que podemos extraer de este análisis es que la *culpa* exclusiva o concurrente del acreedor hace *imprevisibles* los daños sufridos a raíz

⁵⁴ *Ibidem*, § 64.

⁵⁵ *Ibidem*, § 64.

⁵⁶ *Ibidem*, § 64.

de ella. Asimismo, del análisis emana claramente una carga de informe que impone a los contratantes la necesidad de ponerse recíprocamente al tanto del conocimiento de los riesgos que gravan su actividad y del destino que a la prestación contratada. Veremos enseguida que la inobservancia de esta carga fue incluida precisamente como un caso de *culpa consigno mixta* en el § 254 del BGB.

III. RELACIÓN ENTRE PREVISIBILIDAD Y CULPA DE LA VÍCTIMA EN EL CÓDIGO CIVIL ALEMÁN

1. Los antecedentes de la repartición de responsabilidad en la obra de Christian Wolff

Sin perjuicio de que, como quedó demostrado en el apartado precedente, la *culpa del acreedor* había sido considerada por Dumoulin para delimitar la responsabilidad del deudor, existe un cierto consenso en la doctrina moderna en torno a que la regla de repartición de la responsabilidad entre víctima y agente, en los términos concebidos por el derecho vigente, tiene su origen en la obra de Christian Wolff, quien la habría formulado como una reacción a la llamada *compensación de culpas* vigente en la mayor parte del derecho intermedio.⁵⁷ Sin embargo, lo que no es de manifiesto es que dicha regla no fue formulada a propósito de la responsabilidad extracontractual o *aquiliiana*, sino para un caso de responsabilidad contractual en que se discutía si el acreedor negligente al tiempo de la contratación, tenía o no derecho a indemnización por incumplimiento (*culpable*) del deudor.

⁵⁷ Con todo, no podemos dejar de señalar el hecho de que, conforme hemos sostenido en otra sede, la llamada *culpa concurrente* de la víctima ha dado desde antiguo origen a una repartición de la responsabilidad entre víctima y agente, algunas veces recurriendo precisamente al mecanismo de los daños divisibles (la distinción clásica entre hebreo y muerte, D.9.2.52pr.), otras mediante la identificación de criterios que permitían la división (es el caso de la necesidad del dinero prestado en D.14.1.7pr.) y, finalmente, sobre la base de la gravedad de la *culpa* de ambas partes, según la fórmula propuesta por Christian Wolff. Vid. SAN MARTÍN NEIRA, Lilian C., "La reducción del resarcimiento por culpa de la víctima: Reflexiones a la luz del análisis de algunas fuentes romanas", *Revista de Derecho Práctico* Universidad Externado de Colombia, N° 27, 2014, pp. 35-67.

2. La previsibilidad como límite al resarcimiento en el Derecho alemán: Entre culpa de la víctima y ámbito de protección del contrato

La organización del BGB refleja la partición de los tratados elaborados por la doctrina alemana de ese tiempo.⁶³ Una de sus principales características fue la inclusión de una parte general, ausente en todos los códigos anteriores.⁶⁴ Otra característica importante, aunque ya estaba presente en el Código Civil austriaco, fue el reconocimiento de una “Obligación de resarcimiento”, que prescinde de la fuente de la responsabilidad. De esta manera, no hay distinción entre obligación de resarcimiento del daño contractual y extracontractual, sino que existe sólo una obligación de resarcir el daño causado.⁶⁵ Una vez establecida la obligación de resarcimiento, la extensión de la misma siguió muy de cerca el pensamiento de Windscheid. En consecuencia, el BGB consagró el llamado principio de *resarcimiento integral del daño* y el único límite oficialmente sancionado fue la *culpa del perjudicado*, englobando en ella todas las hipótesis de *daño evitable* identificadas por los autores pandectistas,⁶⁶ con dos innovaciones.

La primera innovación dice relación con las consecuencias que la *culpa* de la víctima produce con respecto a la responsabilidad del demandado. En este punto se acogió la doctrina de Wolff en el sentido de que el tercero responsable no debía quedar exento de responsabilidad, sino que ésta debía repartirse proporcionalmente entre agente y víctima, aunque el factor

⁶³ El proceso de codificación alemán tuvo inicio recién en 1873, con la dictación de las bases para la elaboración de un Código Civil (“ley Lasker”) y en él tuvo especial importancia la figura de Bernhard Windscheid. Sobre el punto véase WIEACKER, Franz, *Storia del diritto privato moderno*, vol. II, trad. italiana de Santarelli, Umberto y Fusco, Sandro A., Milano, Giuffrè, 1980, p. 178; PADOA SCHIOPPA, cit. (n. 19), p. 534.

⁶⁴ Cf. ibídem. En todo caso, no debemos olvidar que la parte general estaba ya incluida en la *Consolidação* y en el *Esboço* de TEIXEIRA DE FREITAS, antecedentes del Código Civil brasileño de 1916.

⁶⁵ Sobre el punto véase GNANI, *Sistema di responsabilità (...)*, cit. (n. 36), p. 113. En todo caso, esto no significa que no haya distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, sino que, una vez establecida la responsabilidad, sea por una obligación incumplida o por un hecho ilícito, la consecuente obligación de resarcimiento sigue reglas autónomas, iguales para ambas clases de responsabilidad. En otros términos, el *an debeatur* mantiene su autonomía en cada estatuto, pero el *quantum respondeatur* es único.

⁶⁶ Sobre este análisis vid. SAN MARTÍN, cit. (n. 2), pp. 213 y ss.

principal de división consagrado no fue la culpa, sino la “causalidad”. La segunda innovación se refiere a la *previsibilidad* del daño. En efecto, el Proyecto 2, § 247, el deber de indemnizar por razón de incumplir de una obligación no se extendía al daño “cuyo nacimiento estuviera del alcance de lo probable o que, según las circunstancias que el dolo supiera o tuviera que saber, pudiera considerarse como fuera de este alcance”. Esta disposición, que no se aplicaba a la responsabilidad delictual, fue eliminada por el *Bundesrat*, manteniéndose este criterio por el *Reichstag* a pesar de los intentos opuestos.⁶⁸ Sin embargo, a fin de morigerar la supresión, el *Reichstag* incluyó como hipótesis de *culpa de la víctima* el caso en que el acreedor no advierta al deudor de un riesgo particular que puedan derivar daños y que el deudor no conozca y no deba conocer

⁶⁷ ZIMMERMANN, Reinhard, *The law of obligations. Roman foundations of the common law tradition*, Cape Town-Deventer (Boston), Juta & Co.-Kluwer, 1992, pp. 1010 y ss.; BENEDETTI, José Carlos, *A Conduta do Lesado como Pressuposto e Critério de Imputação do Dano Extracontractual*, Comibra, Almedina, 2007, pp. 359 y ss. Sobre la historia de esta disposición vid. BENIGNI, Placido, “La così detta compensazione delle colpe”, extracto de *Revista di Diritto e Giurisprudenza*, N°s. 5-6, 7-8, 11-12, Napoli, Prem. Stab. Tip. Cav. G. M. 1906, pp. 59 y ss.; JANSEN, Nils, § 254. Mitverantwortlichkeit des Geschädigten, en SCHÖNHEIMER, Mathias; RÜCKERT, Joachim; ZIMMERMANN, Reinhard (eds.), *Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB*, t. II/1, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, pp. 655-714.

⁶⁸ Cf. ENNECCERUS, Ludwig, *Derecho de las obligaciones*, vol. I, trad. castellana de González, Blas y Alguer, Jose, Barcelona, Bosch, 2ª ed., 1976, p. 74.

⁶⁹ BGB § 254: “Mitverschulden”.

“(1) Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist.

(2) Dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, dass er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen musste, oder wenn er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. *Die Vorschrift des § 278 entspricht der Anwendung*”.

“(1) Si cualquier tipo de culpa por parte de la persona dañada ha contribuido a causar el daño, la obligación de indemnizar a la parte perjudicada y el alcance de la indemnización a realizar dependen de las circunstancias; sobre todo hasta qué punto el daño ha sido causado predominantemente por una u otra parte.

(2) Esto se aplica también incluso si la culpa del perjudicado consistió sólo en no advertir a la hora de llamar la atención del deudor acerca del peligro de un daño anormal que el acreedor no conocía ni debiera haber conocido o en una omisión a la hora de evitar o mitigar el daño. La disposición del § 278 se aplica *mutatis mutandis*”).

esta manera, la distribución de riesgos que Dumoulin realizaba mediante la previsibilidad fue introducida a través de la *culpa de la víctima*.⁷⁰ En este sentido explica Von Tuhr que en el derecho alemán la coculpabilidad del perjudicado puede estar a los orígenes del daño, señalando que “el Código civil alemán pone de relieve en modo expreso un caso concreto de este tipo: la coculpabilidad puede consistir en que el perjudicado no advierta a la parte contraria del peligro que haya de que se produzca un daño de cuantía extraordinaria, daño que éste no conocía y no tenía por qué conocer. Así, por ejemplo, quien confía en un mensajero una carta sin advertirle de que lleva dentro una suma considerable, caso de que la carta se pierda por descuido del portador, sólo puede exigir que se le indemnice una parte del daño; es lógico pensar que, de habersele advertido lo que llevaba, el mensajero habría puesto mayor cuidado en la ejecución del servicio”.⁷¹ En un sentido similar, afirma Enneccerus que la *culpa del perjudicado* puede consistir “en haber omitido hacer presente al deudor el riesgo de un daño extraordinariamente elevado”,⁷² poniendo como ejemplo el caso del cochero que “no puede ser considerado responsable del daño más elevado producido por su retraso culpable, si el pasajero omite culposamente advertirle el daño posible”.⁷³

No es necesario un gran análisis para advertir una clara correspondencia entre los ejemplos recién dados y los casos de Dumoulin,⁷⁴ reformulados luego por Pothier. Por otro lado, tales ejemplos calzan perfectamente con el famoso caso *Hadley v. Baxendale*,⁷⁵ que dio origen a la aplicación de la regla de la previsibilidad en el *common law*, inspirándose precisamente en

⁷⁰ Sobre el punto vid. BARONCEA, Démètre J., *Essai sur la faute et le fait du créancier (cause justificative du débiteur en matière contractuelle)*, París, Duchemin, 1930, pp. 69-70.

⁷¹ VON TUHR, Andreas, *Tratado de las obligaciones*, trad. del alemán concordada por Roces, W., Granada, Comares, 2007, p. 64.

⁷² ENNECCERUS, cit. (n. 68), p. 79.

⁷³ *Ibidem*, p. 79, n. 5.

⁷⁴ Vid. supra II/2.

⁷⁵ Sobre este caso, véase EISENBERG, Melvin Aron, *The Principle of Hadley v. Baxendale*, *California Law Review*, N° 80, 1992, p. 563, disponible en: <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol80/iss3/2>; MCGREGOR, Harvey, *On damages*, Londres, Sweet & Maxwell-Thomson Reuters, 2009, 18ª ed., *passim*; DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *El daño moral*, t. II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 2000, pp. 275 y ss.; CORRAL TALCIAMI, Hernán, *Contrato y daños por incumplimiento*, Santiago de Chile, Abeledo Perrot, 2010, p. 212.

la obra de Pothier.⁷⁶ Merece la pena recordar que este caso versa sobre un molinero que demanda a un transportista por los cuantiosos daños significó el retardo en la entrega de una pieza esencial del molino; el transportista considera que para que el molinero tuviera derecho a una indemnización integral “haría falta que el transportista hubiera sido puesto en conocimiento de que la pérdida de beneficios, a la que se refiere la reclamación, de resultar del retraso, cosa que no ocurrió”,⁷⁷ en consecuencia la indemnización según dos criterios: (i) el curso normal de los acontecimientos, según el tipo de incumplimiento, y (ii) lo que ambas partes tuvieron en consideración como probable consecuencia del incumplimiento. Agregando que si el contrato hubiese sido celebrado en circunstancias especiales, conocidas por el demandante y comunicadas al demandado, y, por tanto, conocidas por ambas partes, los daños resultantes del incumplimiento de tal contrato, correspondientes a lo que ellas razonablemente tuvieron en consideración, serían los que ordinariamente se siguen en un incumplimiento de contrato bajo estas circunstancias especiales, conocidas y comunicadas.⁷⁸ Así las cosas, la *previsibilidad* coincide con la

⁷⁶ Sobre la influencia de la doctrina de Pothier en la *common law*, vid. PANTALEÓN Fernando, “El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)”, *An. Derecho Civil*, vol. 48, N° 3, 1991, pp. 1080 y ss.; FERRARI, Franco, “Comparative Rum on the Foreseeability of Damages in Contract Law”, *Louisiana Law Review*, N° 53, vol. pp. 1257-1269, disponible en: <http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol53/iss4/8>; Joseph M., “Robert J. Pothier’s Influence on the Common Law of Contract”, *Texas Law Review*, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=610601>.

⁷⁷ MORALES MORENO, Antonio Manuel, *Incumplimiento y lucro cesante*, Madrid, Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2010, p. 131.

⁷⁸ En su integridad, el pasaje relevante de la sentencia es el siguiente: “Where two parties have made a contract which one of them has broken, the damages which the other party should receive in respect of such breach of contract should be such as may fairly and reasonably be considered either arising naturally, i.e., according to the usual course of things, from the breach of contract itself, or such as may reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties, at the time they made the contract, as the probable result of the breach of it. Now, if the special circumstances under which the contract was actually made were communicated by the plaintiffs to the defendants, and thus known to both parties, the damages resulting from the breach of such a contract, which they would reasonably contemplate, would be the amount of injury which would ordinarily follow from a breach of contract under such special circumstances so known and communicated. But, on the other hand, if these special circumstances were wholly unknown to the party breaking the contract, he, at the most, only be supposed to have had in his contemplation the amount of injury which would follow generally, and in the great multitude of cases not affected by any special circumstance

alemana, en cuanto ambas colocan de cargo del acreedor la concreción de riesgos no puestos en conocimiento de la otra parte. En definitiva, ambas reglas terminan por imponer a cada parte una carga de diligencia consistente en comunicar a la otra los riesgos envueltos en la relación contractual.⁷⁹ La falta de esa comunicación impide traspasar dichos riesgos a la otra parte, es decir, configura una hipótesis de *autorresponsabilidad*. Así se explica que en Alemania esta regla haya sido incluida como una hipótesis de *culpa de la víctima* en la producción del daño.

Sin embargo, es necesario reconocer que la regla recién expuesta tiene escasa aplicación en la jurisprudencia alemana⁸⁰ y la previsibilidad se considera más bien un criterio para establecer la relación de causalidad, según la teoría de la *causalidad adecuada*,⁸¹ que, como hemos señalado en otra sede, difiere sustancialmente de la previsibilidad en cuanto límite al daño contractual.⁸² Con todo, resultados similares a los obtenidos mediante el

such a breach of contract. For such loss would neither have flowed naturally from the breach of this contract in the great multitude of such cases occurring under ordinary circumstances, nor were the special circumstances, which, perhaps, would have made it a reasonable and natural consequence of such breach of contract, communicated to or known by the defendants", *Hadley v. Baxendale* (1854), 9 Ex Ch 341; 156 ER 145, disponible en: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Exch/1854/J70.html>.

⁷⁹ Un análisis económico de la previsibilidad como regla de repartición de riesgos sostiene que "la idea central que subyace al mismo [modelo económico de la previsibilidad] es bien simple: la regla de limitación de responsabilidad a los daños previstos o previsibles es un régimen contractual dispositivo que incentiva la transmisión de información contractualmente relevante pero que no es conocida por ambas partes previamente al contrato". GÓMEZ POMAR, Fernando, *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, Madrid, Civitas, 2002, p. 53.

⁸⁰ MARKESINIS *et al.*, cit. (n. 13), p. 474. En esta obra se expone el caso de un comerciante de joyas que solía alojarse en el mismo hotel, dejando las joyas en el maletero de su auto. Las joyas se pierden y los tribunales deben decidir si hay o no una *contribución* por parte de la víctima en el daño sufrido. Los tribunales consideran que la falta de comunicación por parte del cliente no constituía *culpa*, pues se trataba de un cliente habitual y el personal del hotel sabía que él transportaba joyas en el maletero de su auto. Los autores destacan la similitud entre este caso y *Hadley v. Baxendale*, concluyendo que, con una diferente argumentación, los tribunales ingleses habrían llegado a la misma solución (*ibidem*, p. 478).

⁸¹ Vid. MARKESINIS, Basil *et al.* *The German Law of Torts*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2002, 4ª ed., *passim*, y especialmente, pp. 106 y ss.; KOZIOL, Helmut, *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, Wien, Jan Sramek, 2012, pp. 272 y ss.

⁸² SAN MARTÍN, cit. (n. 11), *passim*. En este artículo explicamos que, mientras en la causalidad adecuada la previsibilidad se relaciona con la *normalidad* del curso causal, de manera

que se excluyen aquellos daños que son una consecuencia anómala, imprevisibles y persona razonable en la misma posición del agente, la previsibilidad como límite se trata con los riesgos asumidos por los contratantes, de manera que incluso ciertas consecuencias perfectamente anticipables por el deudor pueden quedar excluidas, y viceversa. En un sentido similar se pronuncia Atiyah, quien explica que el test mecánico de la previsibilidad (sentido de normalidad) no es la mejor fórmula para establecer el *quantum* del resarcimiento sino que la pregunta de qué riesgos estaban cubiertos por el contrato, los cuales se determinan principalmente por la naturaleza y propósito del contrato, así como por el precio o consideración. Esta fórmula, explica, queda también incluida en regla de *Hadley v. Baxendale* SMITH, cit. (n. 13), pp. 416 y ss.

que se excluyen aquellos daños que son una consecuencia anómala, imprevisibles y persona razonable en la misma posición del agente, la previsibilidad como límite se trata con los riesgos asumidos por los contratantes, de manera que incluso ciertas consecuencias perfectamente anticipables por el deudor pueden quedar excluidas, y viceversa. En un sentido similar se pronuncia Atiyah, quien explica que el test mecánico de la previsibilidad (sentido de normalidad) no es la mejor fórmula para establecer el *quantum* del resarcimiento sino que la pregunta de qué riesgos estaban cubiertos por el contrato, los cuales se determinan principalmente por la naturaleza y propósito del contrato, así como por el precio o consideración. Esta fórmula, explica, queda también incluida en regla de *Hadley v. Baxendale* SMITH, cit. (n. 13), pp. 416 y ss.

⁸³ La doctrina comparatista concuerda en que esta teoría es "muy cercana" a la prevista en los términos concebidos por el *common law* y el derecho francés. Vid. TREITEL, Günter *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VII, cap. 16, Tübingen, Mohr & Siebeck, 1971, p. 68; MARKESINIS, cit. (n. 13), p. 475.

⁸⁴ WAGNER, Tobias, "Limitations of Damages for Breach of Contract in German and English Law", *Hanse Law Review*, vol. 10, Nº 1, 2014, p. 84, disponible en: <http://www.hanselaw.org/pdf14/Vol10No1Art04.pdf>, accedido 10/06/2014.

⁸⁵ Vid. SCHLECHTRIEM, Peter *et al.*, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, Tübingen, Mohr & Siebeck, 6ª ed., 2005, pp. 157 y ss.; WAGNER, cit. (n. 84), p. 84.

⁸⁶ "According to this [Schutzzweck der Norm], the specific contract is to be interpreted according to its spirit and purpose to determine whether the contractual obligation that was violated had been agreed upon in order to avert the concrete risk that led to the damage." WAGNER, cit. (n. 84), p. 91.

⁸⁷ Rotundamente en este sentido Zimmermann, para quien: "Via Ernst Rabel and E. Caemmerer, and in the form of the doctrine of the attribution of risks in accordance

En síntesis, en el derecho alemán la previsibilidad como criterio de delimitación del daño resarcible no tiene acogida formal, pero sus consecuencias prácticas pueden alcanzarse por dos vías: (i) por la culpa de la víctima, en los términos del § 254 II del BGB, y (ii) por la doctrina del ámbito de protección del contrato. Ambas instituciones permiten excluir de la indemnización aquellos daños correspondientes a riesgos no considerados (previstos) por el deudor al tiempo de contratar.⁸⁸

IV. OBSERVACIONES FINALES

La exposición efectuada ha dejado en evidencia la relación que históricamente ha existido entre la *previsibilidad* del daño y *culpa concurrente* del acreedor (víctima) como límites a la indemnización del daño contractual. En efecto, en sus orígenes, ambas reglas responden a la necesidad de delimitar la responsabilidad del deudor mediante una repartición de los riesgos asumidos por cada parte de la relación obligatoria. En la previsibilidad, el deudor responde de aquellos riesgos que forman parte del contrato, por haber sido incorporados en él al tiempo de su formación; esto se aprecia claramente en los ejemplos de Dumoulin, así como en el artículo 1558 del Código Civil. Por su parte, la regla de la culpa de la víctima enunciada por Wolff también se refiere a los riesgos asumidos por el acreedor al tiempo del contrato, sólo que no se relaciona con el daño sufrido a raíz del incumplimiento, sino con la causa del incumplimiento. En efecto, quien efectúa un depósito en manos de un negligente asume el riesgo de que éste incumpla, en este sentido, su decisión de contratar es “concausa del incumplimiento”. Utilizando la distinción formulada por la doctrina italiana a propósito del artículo 1227 del *Codice Civile*, puede sostenerse que mientras la doctrina de Wolff se

refiere al *daño evento* (incumplimiento), la doctrina de Dumoulin se refiere a los *daños consecuencias* (lucro cesante o daño emergente).

Establecida esa relación, queda en evidencia que la conducta del acreedor influye en la previsibilidad del daño, pues él está gravado con la carga de informar al deudor acerca de los riesgos relevantes que gravan su actividad y el destino que dará a la prestación contratada. La inobservancia de esa carga implica que no podrá traspasar al deudor los daños relacionados con esos riesgos, es decir, al igual que en los casos de culpa de la víctima, el acreedor incurre en una hipótesis de *autorresponsabilidad*, que permite adecuar la responsabilidad del deudor a los riesgos (daños) asumidos por él al tiempo de contratar.

Asimismo, la relación entre ambas instituciones permite concluir que la vigencia en el ámbito contractual de la regla contenida en el artículo 23 del Código Civil. Así las cosas, cada vez que el acreedor tome parte en el incumplimiento culpable del deudor, la responsabilidad de éste debe ser ajustada a esta circunstancia y, en consecuencia, debe operar una disminución de la condena indemnizatoria. La importancia práctica de esta constatación radica en la posibilidad de aplicar dicha norma a todo tipo de incumplimientos contractuales, no sólo a casos en que se trate de un daño, de no existir el contrato, daría lugar igualmente a responsabilidad como actualmente acontece.

protective ambit of the contract, the contemplation test has even found its way into German textbooks and commentaries”, ZIMMERMANN, cit. (n. 67), p. 830.

⁸⁸ Es necesario recordar aquí la crítica de Pantaleón al § 254 II del BGB. Para este autor, dado que el artículo no señala la época en que debe darse la comunicación, sería posible que el acreedor, durante la vigencia del contrato, traspase al deudor riesgos que no fueron considerados al tiempo de contratar, lo que es evidentemente contrario al criterio de la previsibilidad. Vid. PANTALEÓN, cit. (n. 76), p. 1025. Sin embargo, cabe señalar que todos los ejemplos proporcionados por la doctrina alemana se refieren al tiempo de la contratación.