

**Reglamentos:**

Contratación Administrativa

Contraloría General de la República.

*Resoluciones y pronunciamientos* de la Contraloría General de la República (San José: años de 1970 a 1980).

**LA INDEMNIZACION DE DAÑOS  
Y PERJUICIOS IMPREVISIBLES**

*Prof. Octavio Torrealba*

SUMARIO: 1.—Doble atenuación de responsabilidad en el Derecho civil francés: daños indirectos e imprevisibles. 2.—Origen "voluntarístico" de la segunda limitación. 3.—Adopción del sistema francés por las legislaciones europeas y latinoamericanas. 4.—Críticas teóricas al sistema. 5.—Críticas prácticas. 6.—Algunas legislaciones que se han apartado del sistema francés. 7.—¿Cuál sistema sigue el Código civil costarricense? Opinión de *Brenes Córdoba*. 8.—Crítica de esta opinión. 9.—Única atenuación del Derecho costarricense. 10.—Congruencia con el resto del ordenamiento.

1.—Continuando una larga tradición cuyo origen es la interpretación poco exacta de los textos romanos hecha por *Dumoulin* y sistematizada por *Pothier*, el Código civil francés de Napoleón concede al deudor civil una doble atenuación o limitación en lo que respecta al resarcimiento de daños y perjuicios por falta de cumplimiento de sus obligaciones contractuales.<sup>1</sup>

La primera atenuación de responsabilidad consiste en que la indemnización sólo debe comprender "lo que sea *consecuencia inmediata y directa del incumplimiento del contrato*" (art. 1.151), (aun en el supuesto de que el deudor hubiere faltado dolosamente al cumplimiento de su obligación.)

La segunda atenuación se refiere a los *daños imprevisibles*, los cuales el deudor no está obligado a resarcir, (salvo que su incumplimiento pueda ser atribuido a dolo.) Esta segunda limitación está contemplada en el art. 1150 cuyo texto es el siguiente:

"*Art. 1150.—El deudor sólo está obligado por daños y perjuicios que hayan sido previstos o que se hayan podido prever al hacer el contrato, cuando no se deba a su dolo el que la obligación se incumpla*".

2.—La razón de esta limitación de responsabilidad se ha localizado, desde los orígenes de la norma, en la idea "voluntarística" que domina toda la producción jurídica francesa de antes y después de la codificación y que consiste en creer que la *voluntad de las partes* (en sentido psicológico), expresa o implícita es la única fuente de sus obligaciones contractuales. Decía *Pothier*: "Las obligaciones que nacen de los contratos no pueden formarse más que por el consentimiento y la voluntad de las partes. Ahora bien, el deudor, al obligarse al pago de daños y

1 PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico de Derecho civil francés*, trad. de Mario DIAZ CRUZ, La Habana, 1945, Tomo VII, pp. 858 y sig., COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, trad. esp., Madrid, 1960, Tomo III, pp. 41 y sigs.; MAZEAUD, Henri, León y Jean, *Lecciones de Derecho civil*, trad. de Luis ALCALAZAMORA y CASTILLO, Buenos Aires, 1960, Parte II, Vol. II, pp. 397 y sigs.; POTHIER, *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, 1961, pps. 91 y sigs.

perjuicios que resultarían de la inexecución de su obligación, se reputa como no habiéndose entendido ni querido obligar más que hasta la suma de a la cual él ha podido racionalmente prever que podían montar a lo más los dichos daños y no más allá".<sup>2</sup>

Ahora, en el caso del deudor *doloso*, la no aplicación en su favor del beneficio de la imprevisibilidad, sólo puede explicarse como una *sanción* a su conducta, ya que desde el punto de vista del acreedor, los daños no se atenúan y permanecen los mismos independientemente de si fueron ocasionados conscientemente, con intención de dañar o sin ella.<sup>3</sup>

3.—La doble atenuación de responsabilidad del deudor que incumpla sus obligaciones contractuales, la de los daños mediatos y la de los imprevisibles, en los mismos términos en que la estableció el Código civil francés, fue adoptada, como la mayoría de las normas de ese Código, por muchas legislaciones de otros países entre los que podemos citar a España e Italia en Europa y a Honduras, El Salvador, Nicaragua, Chile y Bolivia en América Latina.

Por ejemplo, el Código civil español (los de Nicaragua y Honduras tienen normas idénticas a ésta) dispone:

"Art. 1107.—Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento.

En caso de dolo, responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación".

Y, naturalmente, la literatura jurídica de estos países y de otros más que se plegaron a la orientación francesa en esta ma-

2 Op. cit., p. 91.

3 MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho civil y comercial*, Buenos Aires, 1955, Tomo IV, p. 248; GATICA PACHECO, Sergio, *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato*, Santiago de Chile, 1959, p. 125.

teria, abunda en comentarios y justificaciones de la doble atenuación de responsabilidad por incumplimiento.<sup>4</sup>

4.—Ahora bien, de las dos limitaciones de responsabilidad del sistema francés, solamente una, la que excluye de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios *indirectos* o *mediatos*, recibido general aceptación en el Derecho comparado; la otra, la que dispensa al deudor de buena fe del deber de pagar daños y perjuicios *imprevistos* e *imprevisibles*, y sólo carga con éstos al deudor doloso, ha sido objeto de fuertes críticas, aun en la misma Francia, y no ha sido aceptada por otros países que han preferido eliminarla de sus códigos.

Los primeros en apartarse de la posición francesa fueron los alemanes que abrazaron el principio llamado de la "reparación integral", que prescinde de las distinciones y clasificaciones que se formulan en las normas de *Dumoulin* y *Pothier* y extiende la responsabilidad del deudor a todos los perjuicios que pueden ser atribuidos al incumplimiento de la obligación, sin que sea necesario distinguir si el incumplimiento ha sido motivado por dolo o por la simple negligencia del deudor.<sup>5</sup>

"Dos son los fundamentos en que descansa este sistema —anota *Gatica Pacheco*— el principio de la responsabilidad objetiva, por una parte; y la concatenación de los hechos perjudiciales que puedan derivarse del incumplimiento de la obligación por otra. El primero, que constituye el fundamento jurídico, sostiene que la responsabilidad de una persona está determinada por la gravedad del daño producido y es, por tanto, independiente

4 En Italia, véanse MESSINEO, Op. cit., Tomo IV, p. 248; PUGLIATTI, Salvatore, "La limitazione della responsabilità civile", en *Responsabilità civile*, Iano, 1968, Tomo II, p. 77; CANDIAN, Aurelio, trad. de Blanca P. L. CABALLERO, México, 1961, p. 131; ROTONDI, Mario, *Instituciones de Derecho privado*, trad. de Francisco F. VILLAVICENCIO, Barcelona, 1953, p. 399. En el Derecho español, pueden consultarse CASTAN TOBENAS, Op. cit., Tomo III, pp. 182 y sigs.; DE DIEGO, Clemente, *Instituciones de Derecho civil español*, Madrid, 1959, Tomo II, p. 36; SOTO NIETO, Francisco, *Derecho vivo - Jurisprudencia comentada*, Madrid, Vol. I, pp. 221 y sig.; S. CHEZ VAZQUEZ, Juan, "La denominada acumulación de responsabilidad contractual y aquiliana", en *Revista de Derecho privado*, nov. 1972, p. 965. Chile, GATICA PACHECO, Op. cit., pp. 102 y sig.

5 "El que está obligado a abonar los daños y perjuicios tendrá que reestablecer las cosas al estado en que hubieran existido, si la circunstancia que obligó a indemnizar no se hubiera producido", dice el art. 249 del Código civil alemán.

de la condición psicológica de la misma. De manera que el deudor que infringe su obligación debe resarcir todos los perjuicios que el acreedor experimente a consecuencia de este incumplimiento, sin que sea necesario entrar a considerar la buena o mala fe que lo haya animado, toda vez que estas circunstancias son incapaces de influir en la materialidad del daño".<sup>6</sup>

Y es lógico que así sea. Como explica Von Tuhr, "es norma civil que la indemnización se mida atendiéndose fundamentalmente a la situación del perjudicado, para cuyos efectos es indiferente que el daño haya sido causado por dolo o por simple negligencia; a diferencia de lo que acontece con las penas, las cuales se gradúan atendiendo primordialmente a la naturaleza y alcance de la culpa".<sup>7</sup> Atender al ánimo del deudor importa traer al campo civil criterios que deben tener un alcance exclusivamente penal, lo que constituye, por tanto, un error de técnica jurídica. Las penas, si pueden ser graduadas en consideración a la calidad psicológica del agente, no sucede lo mismo con la indemnización de perjuicios, que no es pena.<sup>8</sup>

5.—Además, el sistema francés presenta dificultades de orden práctico. Como se preguntaban *Planiol y Ripert* ¿serán las causas y el género de daños, o además su cuantía, lo que el deudor tiene que haber previsto o haber podido prever? Pudiera darse el caso de que se haya previsto la causa del daño, aun cuando su importe posible era desconocido. ¿Bastará esto para que el deudor tenga que responder? La jurisprudencia y la doctrina francesas a este respecto son cambiantes y contradictorias.<sup>9</sup>

Por otra parte, el dolo en el incumplimiento de una obligación no siempre es fácil de determinar, no sólo desde el punto de vista probatorio, sino también desde el punto de vista de su concepto mismo. ¿Será necesaria la intención de perjudicar al deudor? La doctrina enseña que existe dolo civil cuando la falta

6 GATICA PACHECO, Op. cit., pp. 137 y sig.

7 VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, trad. de W. ROCES, Madrid, 1934, Tomo I, p. 76.

8 GATICA PACHECO, Op. cit., p. 138.

9 Véanse PLANIOL y RIPERT, Op. cit., p. 175; COLIN y CAPITANT, Op. cit., pp. 45 y sig.

de prudencia o celo —a diferencia de la culpa— sea *conscientia* es decir, cuando el deudor conozca las consecuencias que de su conducta resultaran respecto al cumplimiento de la obligación. No se requiere para el dolo (civil) —que ya no tiene la naturaleza infamante que le atribuía el Derecho romano— la intención de perjudicar.<sup>10</sup>

¿Bastará, por consiguiente, la simple *conciencia* del incumplimiento unida a la *voluntad* de omitir el pago? ¿Una simple dificultad para pagar eliminará el dolo en el incumplimiento? Las respuestas a esas cuestiones no son fáciles y están erizadas de problemas delicados, porque en el fondo, la verdad es que el estado de ánimo o el fuero interno del deudor no cuentan ni deben contar para establecer la extensión de su deber de resarcimiento. Como lo veremos adelante, el ordenamiento civil equipara culpa y el dolo para estos efectos, sin hacer distinciones cuantitativas que dependan de una u otra actitud mental, en lo que a obligación de indemnizar se refiera.

6.—Por todas esas razones y otras muchas que sería ocioso continuar exponiendo, algunas legislaciones han optado por el sistema alemán y han suprimido la distinción francesa entre daños previsibles e imprevisibles y la consecuente exoneración de responsabilidad del deudor en cuanto a estos últimos. Por ejemplo, el Código civil de Guatemala no exige otro requisito que el de que los daños y perjuicios sean consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación (art. 1443) y otro tanto hace el Código mexicano, sin que esas legislaciones se ocupen, en lo absoluto, a la distinción entre daños previsibles e imprevisibles.<sup>11</sup>

\* 7.—Con tales antecedentes, lo que sigue es preguntarse cuál sistema adopta nuestra legislación para resolver este problema. Este asunto tiene interés porque nuestro máximo autor de Derecho civil *Alberto Brenes Córdoba*, sostiene, refiriéndose al orden

10 BARASSI, Ludovico, *Instituciones de Derecho civil*, trad. de Ramón GARCÍA DE HARO DE COYTISOLO, Barcelona, 1945, Tomo II, p. 197; CASTAÑO TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, Madrid, 1958, Tomo III, pp. 182 y sigs.

11 ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho civil*, México, 1967, Tomo III, p. 360.

miento jurídico costarricense, que los daños y perjuicios reclamables son aquellos que fueron previstos o que pudieron serlo al tiempo de contraerse la obligación; no así los demás que se producen fuera de esas condiciones, pues conviene usar de cierta indulgencia con la parte que acaso no ha cumplido por estrechez de medios u otra dificultad con que ha tropezado. Pero esto no reza, como es de suponer, con el deudor que ha procedido con dolo, entendiéndose que lo hay, cuando obra maliciosamente, con intento de perjudicar, pues en tal caso debe responder de todas las partidas que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento, aun de las no previstas ni previsibles; porque en este estado de cosas no existe razón alguna capaz de justificar la indulgencia para con el culpado, quien no puede menos de asumir la plenitud de la responsabilidad, aun en el supuesto de que se hubiere pactado eximirlo, porque la estipulación que en este sentido se hiciera carecería de todo valor a los ojos de la ley, pues si se admitiera, sería facilitar la defraudación, cosa inadmisibles en derecho"<sup>12</sup>.

8.—No me parece que tal opinión pueda ser compartida. El Código civil costarricense no tiene ninguna norma similar a la del artículo 1150 del Código civil francés que introduce la atenuación, en favor del deudor no doloso, de la previsibilidad del daño. Nuestro legislador de 1888, adelantándose a muchas legislaciones modernas, se apartó del Código de Napoleón, que en la mayor parte de su obra le sirvió de guía<sup>13</sup>, y eliminó del texto de su codificación el artículo correspondiente al número 1150 de su modelo.

\* En suma, nuestro Código se quedó sólo con la limitación de responsabilidad que el Código francés impone en su artículo 1151, consistente en exonerar al deudor que no ha cumplido con su obligación, del pago de los daños indirectos o mediatos (art. 704) y no le dio entrada a la distinción entre daños y perjuicios previsibles e imprevisibles, tan justamente criticada por la doctrina. Esta supresión, por lo demás, fue sin duda, me parece, un

12 BRENES CORDOBA, Alberto, *Tratado de las obligaciones y contratos*, San José, Costa Rica, 1936, pp. 98 y sig., N° 194.

13 BRENES CORDOBA, Alberto, *Historia del Derecho*, San José, 1913, p. 319; GUIER, Jorge Enrique, *Historia del Derecho*, San José, 1968, II parte, p. 1206.

acto consciente y meditado, porque la disposición suprimida sí figuraba en el Código vigente para la época en que el actual Código civil se preparaba, sea el Código General de 1841 (art. 746)<sup>14</sup>.

9.—Así las cosas, en nuestro país no queda más que imponer, al deudor la regla general establecida en el art. 702 del Código civil según la cual el que "falte al cumplimiento de una obligación, sea en la sustancia, sea en el modo, será responsable por el mismo hecho de los daños y perjuicios que ocasione a su acreedor, a no ser que la falta provenga de hecho de éste, fueren mayor o caso fortuito"; es decir, el deudor debe indemnizar todos los daños y perjuicios con una única salvedad: la de aquellos que no sean consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación" (art. 704)<sup>15</sup>.

No cuenta para nada en el sistema civil costarricense, con respecto a los daños y perjuicios, que el incumplimiento contractual se haya debido a la culpa o al dolo del deudor porque esta distinción no tiene en nuestro país consecuencias jurídicas.

10.—Y en esto el Código es congruente con el sistema general de responsabilidad civil del resto de nuestro ordenamiento.

14 JIMENEZ, Salvador, *Elementos de derecho civil y penal de Costa Rica*, San José, 1876, Tomo II, p. 52.

15 Es claro que la noción de perjuicio directo o inmediato y la de perjuicio previsible son cosas enteramente distintas. La primera noción se refiere al nexo de causa a efecto que debe existir objetivamente entre el acto u omisión dañosos y el daño irrogado, de manera que se pueda inferir que el daño no habría verificado sin aquel acto, contariamente a lo que sucede con el daño indirecto o inmediato en que el nexo de causalidad desaparece al insertarse entre él y el acto dañoso factores extraños. Véase MESSINEO, Op. cit. Tomo I, p. 247. La previsibilidad nada tiene que ver con la casualidad, que es noción objetiva, sino que se refiere a un fenómeno subjetivo, o sea a la posibilidad que el sujeto actor del daño ha tenido de prever la cuantía y entidad del perjuicio. El error en que a veces se incurre al confundir estos términos se explica, como dice un autor, "por la circunstancia de que normalmente la posibilidad de previsión alcanza sólo a aquellos perjuicios que pueden ser consecuencia inmediata y directa del incumplimiento de la obligación, ya que el vínculo de causalidad aparece en ellos con mayor claridad; pero esto, en modo alguno, permite sostener que todos los perjuicios directos sean previsibles o viceversa porque es perfectamente posible que existan daños que sean consecuencia inmediata y directa del incumplimiento y que hayan escapado totalmente a la posibilidad de previsión de las partes, como no es imposible tampoco la previsibilidad de algunos perjuicios indirectos". GATICA PACHECO, Op. cit., p. 13.

jurídico. Ni en materia civil ni en materia penal el Derecho costarricense hace distinción alguna entre la responsabilidad civil proveniente del hecho ilícito, para atenuarla o para agravarla, según que el agente haya actuado con culpa (leve, grave o gravísima) o con dolo. La indemnización se mide por el daño causado, no por el mayor o menor grado de conciencia o de voluntad que el responsable haya tenido en el momento de realizar el hecho o acto dañoso. Estos factores pueden tener influencia en la determinación de la pena, pero no en la extensión de la responsabilidad civil. Igual reparación económica debe hacer el que mata consciente y voluntariamente que el que lo hace por descuido o negligencia. Igual reparación económica debe hacer el que causa un daño por dolo civil, que el que lo provoca por falta, negligencia o imprudencia (art. 1045 C. c.).

No existe ningún motivo si el Código civil, como hemos visto, no tiene norma expresa que introduzca variante alguna, para cambiar de criterio en el campo de los incumplimientos contractuales (como ilógicamente, creo, lo hacen otros códigos siguiendo el francés) y abandonando la regla general que rige la responsabilidad extracontractual (ilícitos penales y civiles), adoptar una atenuación que otros ordenamientos reconocen en beneficio del deudor moroso contractual. Este está obligado al cumplimiento de compromisos especiales libremente contraídos y, así, su deber es más concreto y vinculante, si se quiere, que el de aquel que sólo está atado al precepto general de coexistencia de *alterum non laedere*, base de la responsabilidad aquiliana.

Por el contrario, el artículo 324 del Código establece, en materia de indemnización, una norma de carácter general, aplicable tanto a lo contractual que atribuye responsabilidad plena al que sólo ha actuado con culpa (y con mayor razón a quien actúa con dolo), sin hacer distinciones de ningún género. Dice así este precepto legal: "El que viola, usurpa o perjudica los bienes o derechos de otro, es obligado a indemnizar al ofendido los daños y perjuicios que por su culpa se ocasionen a éste".

## ALGUNAS NOCIONES SOBRE EL DERECHO Y EL ESTADO SEGUN CARL SCHMITT

Dr. Mario A. Houed V.

Profesor de Teoría del Estado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica