

# El concepto de daño indemnizable en el derecho contractual cubano\* /

## The Concept of compensable damage in the Cuban Contract Law

\* Recibido: 2 de mayo de 2014. Aceptado: 11 de junio de 2014.

TLA-MELAAU, revista de Ciencias Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México / issn: 1870-6916 / Nueva Época, Año 8, N° 37, octubre 2014 / marzo 2015, pp. 186-211.

RESUMEN

El artículo refleja resultados de investigación en las temáticas relacionadas con el derecho de daños, desde la perspectiva del derecho civil en Cuba. Se hace un análisis de las diferentes teorías que se ocupan del daño contractual indemnizable con el objetivo de determinar la posición que debe tenerse en cuenta en su regulación en el ordenamiento jurídico cubano. En ese sentido, se precisan las consecuencias que a los efectos del resarcimiento del daño contractual tiene la consideración del interés positivo o negativo en supuestos como el incumplimiento del contrato, la ineficacia y resolución contractual o la responsabilidad precontractual. Además, se desarrollan los conceptos de daño emergente y lucro cesante como parte del concepto más general de daño. El estudio teórico y de derecho comparado realizado fundamenta las conclusiones a las que se arriba.

PALABRAS CLAVE

Derecho contractual cubano, daño contractual, interés positivo e interés negativo, daño emergente, lucro cesante.

ABSTRACT

This article reflects the results of this author's research on topics related to Tort Law, from the perspective of Civil Law in Cuba. An analysis of the different theories dealing with the conceptualization of compensatory damages in contracts with the aim of determining the desired position regarding its regulation in the Cuban legal system. In this respect, penalties are specified for the purposes of contractual tort claims treated as positive or negative interest in cases such as breach of contract, breach of contract, contract inefficiency and termination or pre-contractual liability. In addition, the concepts of emergent damage and loss of earnings are treated as part of broader concept of tort law. The theoretical and comparative law study conducted supports the conclusions reached.

KEYWORDS

Cuban contractual law, Law of Tort, contractual damages, interest and negative interest, damages, loss of profits.

---

\* Profesora titular de la Universidad de Camagüey, Cuba, y titular agregado de la Universidad Metropolitana del Ecuador. Correo electrónico: lianetgoyascespedes@gmail.com

1. El concepto de daño contractual a partir de la teoría de la diferencia / 2. La llamada concepción real concreta del daño / 3. La diferencia entre el interés positivo y el interés negativo / 4. Los conceptos de daño emergente y lucro cesante / 5. Conclusiones

## 1. EL CONCEPTO DE DAÑO CONTRACTUAL A PARTIR DE LA TEORÍA DE LA DIFERENCIA

La teoría de la diferencia es enunciada por Mommsen como “aquella que identifica el daño con el resultado de la comparación de dos situaciones patrimoniales globales: una real, existente como consecuencia del hecho lesivo; y otra hipotética, que tendría lugar de no haberse producido el mismo”.<sup>1</sup>

La aplicación de esta teoría al ámbito contractual implica que por daño resarcible se entienda el resultado de la comparación global de la situación económica que el comportamiento ordenado del deudor proporcionó al acreedor y la situación real en la que se encuentra como consecuencia del incumplimiento. Por tanto, conduce a una concepción abstracta del daño en la medida en que no toma en consideración las singularidades que puede ofrecer el caso concreto.<sup>2</sup>

Díez-Picazo señala que el daño no puede medirse, de acuerdo con los postulados de la teoría de la diferencia, únicamente por la diferencia entre el valor del patrimonio del acreedor antes y después de la lesión, sino que exige una comprobación más amplia de la situación patrimonial entera.<sup>3</sup>

No son pocos los inconvenientes que le señalan a esta teoría en el ámbito de su aplicación práctica. Entre estas se encuentran, menciona Soler Presas,<sup>4</sup> en primer lugar, la imposibilidad de aplicar rigurosamente los criterios de imputación objetiva a cada partida del daño, estando como están disueltas en una masa informe; además, observa que exige que se consideren, a efectos de deducirlas del montante de la indemnización, todas y cada una de las ventajas que el agraviado hubiera podido obtener y que se encuentran

<sup>1</sup> Citado por SOLER Presas, Ana, *La Valoración del Daño en el Contrato de Compraventa*, Madrid, Aranzadi, 1998, p. 29.

<sup>2</sup> Díez-PICAZO Y PONCE de León, Luis, *Derecho de Daños*, Madrid, Civitas, 1999, p. 312.

<sup>3</sup> Díez-PICAZO Y PONCE de León, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. 2, *Las relaciones obligatorias*, 5ª ed., Madrid, Tecnos, 1999, p. 683.

<sup>4</sup> SOLER Presas, A., *op. cit.*, p. 32.

casualmente relacionadas con el incumplimiento, concediendo así a la discutible figura de la *compensatio lucri cum damno* un reino absoluto. Por último, señala que la aplicación de esta teoría implica también otorgar relevancia exoneradora a cualquier causa hipotética o de reserva que, no generando responsabilidad del deudor ni de un tercero y de no haber actuado el incumplimiento, hubiera producido también el daño.

En la doctrina alemana, tratando de no abandonar esta teoría, se han intentado superar sus inconvenientes. Al respecto, Soler Presas realiza un importante resumen de las principales soluciones que se han utilizado. Señala que en materia de compensación de ventajas se trató inicialmente de frenar su consideración indiscriminada, aplicando un vaguísimo principio de justicia o equidad, en cuya virtud sólo se detrajera aquellas que resultara justo considerar. Este amplio margen de discrecionalidad y su consecuente inseguridad se trataron posteriormente de matizar exigiendo que entre la ventaja que se persigue compensar y el daño que el acreedor pretende ver resarcido exista una relación de causalidad adecuada, relación que, a su vez, prontamente se cualificó, imponiendo que entre el daño producido y el lucro que se quisiera detraer se advirtiera una indisoluble e intrínseca vinculación. Esta cualificación se justificó arguyendo que la exigencia de una relación de causalidad adecuada no es más que un presupuesto para la consideración de la ventaja, que debía completarse con otros criterios jurídicos adicionales que fundamentasen la deducción de la misma del *quantum* resarcitorio.

Sin embargo, la aplicación de este último criterio no está exenta de dificultades, razón por la cual se ejemplifica su funcionamiento distinguiendo grupos de casos. Así, se ha negado el concurso de esta indisoluble e intrínseca vinculación para excluir de la compensación todas las ventajas o beneficios proporcionados por un tercero, sobre la base de que el mismo persigue beneficiar únicamente al acreedor. También las derivadas de medidas de prevención del daño adoptadas por el acreedor, como puede ser un seguro, pues se entiende que obedecen a los desembolsos previamente realizados. También se ha excluido la compensación en los casos de ventajas obtenidas por el acreedor gracias al azar o a la suerte, reforzando el argumento alegado de que si el riesgo general de la vida impide la imputación de unos daños cuyo acaecimiento no ha incrementado significativamente el hecho lesivo, por identidad de razón ha de impedir también el traslado del lucro.

En definitiva, una vez operadas todas estas exclusiones, sólo se compensa, en sentido estricto, el beneficio consistente en la rentabilidad que pueda extraerse de un caudal hereditario tempranamente obtenido gracias al evento lesivo y durante el tiempo en que, según el normal acontecer, se deduzca que se ha anticipado. Decimos en sentido estricto porque el segundo supuesto de compensación generalmente admitido —descuento de los gastos ahorrados como consecuencia del incumplimiento, como puede ser el

costo de la propia prestación— no es tal, sino mero cómputo (neto) de la pérdida sufrida.<sup>5</sup>

Por otro lado, resultan ilimitados los resultados a los que puede conducir tener en cuenta cualquier causa que hipotéticamente hubiera ocasionado el daño. En ese sentido, los inconvenientes han tratado de superarse especificando que, aunque no es necesario que el curso causal de reserva hubiera producido el daño en su total configuración concreta, sí lo es que se hubiera producido simultáneamente al incumplimiento y que no genera responsabilidad de un tercero, pues, de ser así, otorgarle relevancia privaría al acreedor del derecho a reclamar a ese tercero el correspondiente resarcimiento. Precisamente, por la imprecisión de estos criterios de solución de la teoría de la diferencia, un amplio sector del derecho alemán ha diferenciado<sup>6</sup> entre los llamados daños directos y los indirectos.

Así, Larenz señala que el daño directo es el cambio que se produce inmediatamente en los bienes afectados por el evento productor del daño; se manifiesta normalmente como daño real, concluyendo al finalizar el evento dañoso. El daño indirecto, sin embargo, comprende aquellos menoscabos que sobrevienen más tarde o que, como la pérdida de capacidad para el trabajo, actúan permanentemente, o que, como las adquisiciones no efectuadas a causa de la infracción, no se manifiestan en el mismo objeto que sufrió el daño, sino únicamente en el patrimonio del perjudicado; a diferencia del daño directo, éste no concluye con la terminación del suceso que lo produjo, sino que con frecuencia comienza a desarrollarse después, sin que en la mayoría de los casos se pueda decir anticipadamente qué volumen alcanzará. A esta diferenciación se le otorga importancia para el problema de la consideración de las causas hipotéticas del daño y para la evaluación del lucro cesante.

En cuanto a la reducción del daño por causas hipotéticas, en la doctrina alemana la diferenciación entre daños directos e indirectos ha llevado a excluir a los primeros del juego de la causalidad hipotética, recurriendo además a la figura de la *perpetuatio obligationis*, en virtud de la cual, una vez incumplida la prestación, se transforma en equivalente pecuniario que, no pudiéndose ver afectado por el hipotético devenir que afectará a la cosa concretamente debida, y representando el interés mínimo del acreedor en el cumplimiento del contrato, se debe siempre y se debe íntegro.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> SOLER Presas, A., *ibidem*, pp. 32 y 33.

<sup>6</sup> Ver por todos LARENZ, Karl., *Derecho de Obligaciones*, versión española Jaime Santos Briz, tomos 1 y 2, 2 ed., ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, p. 194.

<sup>7</sup> SOLER Presas, A., *op. cit.*, p. 34. Al respecto, Larenz señala que para determinar la extensión del deber de indemnizar solamente se han de tener en cuenta las causas hipotéticas del daño cuando se trate de daños indirectos, pero no cuando se trate de daños directos. LARENZ, K., *Derecho, op.cit.*, p. 213.

Larenz señala que, en el caso de los daños directos, que generalmente son daños reales, el perjudicado tiene una inmediata pretensión de indemnización, exactamente determinada en su contenido, que entra en su patrimonio en lugar del bien destruido o dañado, por lo cual parece inequitativo, en desacuerdo con el principio ético de la responsabilidad del agente, volver a ejercitar otra vez después contra el mismo la pretensión de indemnización ya perfectamente esbozada porque posteriormente ocurra un suceso que habría producido el mismo daño.<sup>8</sup>

Por otra parte, los daños indirectos son considerados como integrantes de una prestación de carácter exclusivamente resarcitorio, cuyo contenido se determina en función de los dictados de la causalidad hipotética; así, Larenz afirma que la determinación del daño indirecto únicamente puede deducirse de la comparación entre la situación patrimonial que efectivamente exista después del hecho y la que hipotéticamente existiría si no se hubiese realizado el suceso generador de la responsabilidad; en ese sentido, carecería de fundamento no tener en cuenta, para averiguar la segunda e hipotética situación patrimonial, los sucesos posteriores que hubieran actuado sobre esa misma situación si el hecho en que se basa la responsabilidad no hubiese tenido lugar.<sup>9</sup>

Sin embargo, la distinción entre los daños directos e indirectos, a estos efectos pretendidos por la doctrina, no aparece en el BGB, que, como señala el propio Larenz, regula la obligación de indemnizar daños tanto directos como indirectos.<sup>10</sup>

Por eso, aunque las posiciones doctrinales anteriormente comentadas pretendan abrazar en el derecho alemán un concepto abstracto-normativo de daño que en virtud de la función reintegradora del derecho lesionado garantice al acreedor un resarcimiento mínimo y en la medida del daño directo un mayor valor de la prestación esperada, con independencia de que las circunstancias concretas del agraviado revelen que la pérdida efectivamente sufrida es otra, debe señalarse que el BGB rechaza ese concepto de daño resarcible, permitiendo que se proceda a una estimación tasada sólo y exclusivamente cuando el legislador considere que la utilidad así lo exige.<sup>11</sup>

Por el contrario, en el ordenamiento español<sup>12</sup> se dice que no hay razón alguna que imponga la consideración de la teoría de la diferencia, y que no

<sup>8</sup> LARENZ, K., *idem*.

<sup>9</sup> LARENZ, K., *idem*.

<sup>10</sup> LARENZ, K., *ibidem*, p. 194.

<sup>11</sup> SOLER Presas, A., *op. cit.*, p. 35.

<sup>12</sup> SOLER Presas, A., *ibidem.*, p. 36. Especialmente sobre la desaparición en el ordenamiento español de la figura de la *perpetuatio*, señala Pantaleón Prieto que: “Desaparecido por completo el sistema procesal romano, no existe ninguna razón de peso para seguir conservando ese artificio en que se ha convertido la *perpetuatio obligationis*. PANTALEÓN Prieto, Fernando, “El sistema de responsabilidad contractual. (Materiales para un debate)”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo 44, fasc. 3, julio-septiembre (1991), p. 1021.

subsisten las razones que antaño justificaban el mantenimiento de la figura de la *perpetuatio* y la consecuente diversidad de disciplinas para determinar la procedencia del resarcimiento del valor de la prestación incumplida y el de los demás daños y perjuicios. Al respecto, Díez-Picazo señala que el objetivo de la indemnización es colocar al acreedor en la misma situación y con los mismos resultados económicos en que estaría si no hubiera existido lesión contractual, es decir, si el derecho de crédito hubiera sido regular y perfectamente ejecutado, lo que exige y supone una comparación del patrimonio total.<sup>13</sup>

En la doctrina cubana, esta teoría de la diferencia parece ser asumida por Díaz Pairó<sup>14</sup> al referir el contenido de la prestación de daños y perjuicios; dice que el mismo estará representado por la diferencia entre la ascendencia del patrimonio actual y la ascendencia que tendría si la obligación se hubiera cumplido plena y puntualmente.

Sin embargo, en el Código Civil vigente no existe ninguna norma que obligue a su adopción de forma general y mucho menos en materia contractual; por lo tanto, considero que puede acogerse una posición que permita evitar los inconvenientes citados anteriormente. En ese sentido, coincido con la opinión de Ojeda Rodríguez,<sup>15</sup> cuando señala que no es fácil, a tenor de lo establecido en los artículos 85 y 86, definir un concepto perfilado de los daños contractuales.

## 2. LA LLAMADA CONCEPCIÓN REAL CONCRETA DEL DAÑO

Ante los inconvenientes que representa la comparación de dos situaciones patrimoniales globales para determinar el daño contractual, pues, como señala Díez-Picazo,<sup>16</sup> requiere de operaciones que resultan sumamente complicadas. Cuando en el curso hipotético que se examina inciden otros factores, se aconseja<sup>17</sup> adoptar lo que se ha denominado un concepto concreto o real histórico del daño, que exige tomar en consideración las singularidades del caso concreto.

En consecuencia, no hace falta comparar patrimonios, sino dejar establecido lo que debía recibir el contratante y en qué medida no lo recibió, sin comparar la masa global del patrimonio.<sup>18</sup> Se consideran todos los factores

<sup>13</sup> Díez-Picazo, L., *Fundamentos*, *op. cit.*, p. 683.

<sup>14</sup> Díaz Pairó, Antonio, *Teoría general de las obligaciones*, volúmenes 1 y 2, segunda ed., La Habana, ENPES, 1989, p. 205.

<sup>15</sup> Ojeda Rodríguez, Nancy de la Caridad, "Defensa y protección del crédito", en Ojeda Rodríguez, N. y T. Delgado Vergara, *Teoría general de las obligaciones: comentarios al Código Civil cubano*, 2 ed., La Habana, Félix Varela, 2000, p. 141.

<sup>16</sup> Díez-Picazo, L., *Derecho*, *op. cit.*, p. 314.

<sup>17</sup> Véase Díez-Picazo, L., *idem*. Soler Presas, A., *op. cit.*, p. 36.

<sup>18</sup> En ese sentido, como señala Soler Presas, se pronuncia un sector relevante de la doctrina alemana que defiende el abandono de la teoría de la diferencia, o bien la reducción de su eficacia a algo tan obvio como es que para poder constatar la producción de un daño patrimonial sea preciso comparar

que configuran el daño en sí, o lo que es lo mismo, cada específica partida resarcitoria. De allí que tenga que otorgársele relevancia a la relación de causalidad como límite del deber de indemnizar, pues sólo se indemniza aquello que es consecuencia del acto dañoso, en este caso el incumplimiento.

En nuestro ordenamiento jurídico civil, considero que puede asumirse como concepto de daño contractual el esbozado por Díez-Picazo: “toda situación desventajosa en que el acreedor se vea colocado como consecuencia de la lesión de su derecho de crédito”;<sup>19</sup> debemos reconocer, además, que para desarrollar el mismo, que sólo constituye una directriz general, deben precisarse los criterios de cálculo de la indemnización de dicho daño, a fin de proporcionar un modelo susceptible de aplicación en la práctica jurídica cubana y que tome como base un concepto subjetivo y real-concreto de daño resarcible.<sup>20</sup>

Es subjetivo porque atiende a las específicas circunstancias del sujeto dañado, para determinar el daño realmente sufrido por éste. Esto es lo que en la doctrina se conoce como la noción de interés, o sea, el valor subjetivo del objeto para determinada persona; no debe confundirse con lo que se denomina «valor de afección»,<sup>21</sup> que se entiende como el valor que un bien u objeto presenta para los sentimientos o ideas puramente individuales de una persona. Esta cuestión debe tenerse en cuenta en los daños morales; en mi opinión, no debe apreciarse cuando se trata de daños patrimoniales. Es real-concreto porque, como ya he señalado, considera todos los factores que configuran el daño en sí, en lugar de analizar dos masas patrimoniales globales, como propone la teoría de la diferencia.

Antes de analizar los criterios de cálculo de la indemnización, para desarrollar la noción de interés, debo referirme a la diferenciación que se realiza en la doctrina entre el llamado interés positivo y el interés negativo.

### 3. LA DIFERENCIA ENTRE EL INTERÉS POSITIVO Y EL INTERÉS NEGATIVO

Como Larenz señala,<sup>22</sup> la diferencia entre el interés positivo y el negativo únicamente se refiere a los deberes de indemnización de daños derivados del

---

dos valores económicos concretos, que no dos masas patrimoniales en bloque. SOLER Presas, A., *idem*.

<sup>19</sup> Díez-Picazo, L., *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 683. Este concepto es también asumido por OJEDA Rodríguez, N. de la C., *op. cit.*, p. 141. En un sentido más genérico, Santos Briz conceptualiza el daño como: “todo menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica que sufre una persona y del cual haya de responder otra”. SANTOS Briz, J., *Derecho de daños*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1963, p. 132.

<sup>20</sup> Expresión utilizada en el derecho español, por SOLER Presas, A., *op. cit.*, p. 36.

<sup>21</sup> En este mismo sentido CARRASCO Perera, Ángel, “Comentario a los artículos 1.106 y 1.107 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil y de las Compilaciones forales*, tomo XV-I, dir. por Manuel ALBALADEJO, Madrid, Derecho Reunidas, Revista de Derecho Privado, 1989, p. 672.

<sup>22</sup> LARENZ, K., *op. cit.*, p. 195.



incumplimiento de un deber de prestación contractual o del establecimiento sólo hipotético de un deber de esta clase. En los supuestos de resarcimiento por responsabilidad extracontractual, la indemnización siempre debe pretender colocar al sujeto dañado en la situación que estaría si no hubiese ocurrido el acto dañoso.

Sin embargo, en los supuestos en que la responsabilidad se deriva del incumplimiento de una obligación, o más específicamente de un contrato, la consideración de que debe colocarse al acreedor en la misma situación en que estaría si no se hubiese producido el incumplimiento puede interpretarse en dos sentidos: se coloca al acreedor en aquella situación que tendría si el contrato hubiese sido cumplido o, por el contrario, se le coloca en la situación que tenía antes de realizar el contrato.

### 3.1. *El resarcimiento del interés positivo*

Se denomina interés positivo a los daños ocasionados por el incumplimiento. En ese sentido, si se atiende al interés positivo, el que no cumple la prestación debida está obligado a la indemnización de daños; por lo tanto, está obligado a proporcionarle la ganancia que, desde un punto de vista económico, hubiera podido tener el perjudicado como derivada del contrato si éste se hubiese cumplido.

En casos de incumplimiento contractual, está generalmente admitida la preponderancia de este tipo de interés, primacía que, como señala Soler Presas,<sup>23</sup> se explica por la repercusión incentivadora de la celebración de compromisos que, como garante del beneficio esperado del contrato, tiene la concesión de una indemnización así valorada; y, también, por la extrema dificultad que la recomposición de una situación económica previa a la celebración del contrato supone, una vez que se admita la improcedencia de considerar, como partida resarcitoria, el valor de las oportunidades de negocio presuntamente despreciadas por el acreedor en aras de la celebración del contrato.

Esta línea del interés positivo es seguida por la regulación de los Principios del Derecho Europeo de Contratos de 1993, que establecen en el artículo 4.502 que la indemnización ha de consistir en una cantidad de dinero que coloque al contratante perjudicado tan cerca de lo posible de la situación en que estaría si el contrato se hubiera cumplido.

En el derecho uniforme, a decir del comentario de la Secretaría de Naciones Unidas de 14 de marzo de 1979 al (entonces) artículo 70: «*The basic philosophy of the action for damages is to place the injured party in the same economic*

---

<sup>23</sup> SOLER Presas, A., *op. cit.*, p. 82.

*position he would have been in if the contract had been performed*».<sup>24</sup> Por lo tanto, debe entenderse que se reconoce que el interés al indemnizar es el positivo, y que la finalidad del resarcimiento es colocar al contratante que resulta dañado en la situación en que estaría si el contrato hubiese sido normalmente cumplido.

En el *Common Law*, como señala Clemente Meoro,<sup>25</sup> se establece como un principio básico de la indemnización por el incumplimiento, que la misma protege el interés del demandante en el cumplimiento del contrato (interés contractual positivo o *expectation interest*). Además, expresa que, en consecuencia, el objeto de la indemnización es colocar al agraviado en la misma situación patrimonial en que se habría encontrado si el contrato se hubiese cumplido debidamente.

También se muestra partidario de la misma Díez-Picazo, quien dice que el objetivo de la indemnización es colocar al acreedor en la misma situación y con los mismos resultados económicos en que estaría si no hubiera existido lesión contractual, es decir, si el derecho de crédito hubiera sido regular y perfectamente ejecutado.<sup>26</sup> En igual sentido, señala Pantaleón Prieto, el incentivo de la contratación exige que se proteja el legítimo interés del acreedor en el beneficio que el cumplimiento del contrato habría de proporcionarle.<sup>27</sup>

Por todo esto, se revela el interés en el cumplimiento como la mejor y más sencilla fórmula para la acertada estimación del valor que debe dársele a la confianza depositada por el acreedor en el cumplimiento del contrato, pues, como señala Soler Presas,<sup>28</sup> es razonable presumir que nadie que sensatamente estimara el beneficio que el cumplimiento del deudor habría de reportar, despreciase otras oportunidades de negocios mejores o realizase desembolsos desproporcionados al mismo.

En el Código Civil cubano, no existe ninguna norma que acoja esta posición. En mi opinión, debe aceptarse con carácter general la tesis de que el interés protegido con la indemnización es el positivo;<sup>29</sup> en tanto, me parece más factible de aplicación práctica, pues no exige ignorar los efectos posteriores a la celebración del contrato, que aun cuando se realice una abstracción jurídica no podrá negarse que existió y más coherente con la finalidad de las obligaciones y en especial del contrato que se expresa en el interés del acreedor de que se realice la prestación debida.

<sup>24</sup> HONNOLD, John. O., *Documentary History of the Uniform Law for International Sales*, Deventer, 1989, p. 449.

<sup>25</sup> CLEMENTE Meoro, Mario, *La resolución de los contratos por incumplimiento (Estudio comparativo, doctrinal y jurisprudencial del Derecho inglés y del Derecho español)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, pp. 604-606.

<sup>26</sup> Díez-PICAZO, L., *Fundamentos*, *op. cit.*, p. 683.

<sup>27</sup> PANTALEÓN Prieto, Fernando, “Resolución por incumplimiento e indemnización”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo 42, fasc. 4, octubre-diciembre 1989, pp. 1165 y ss.

<sup>28</sup> SOLER Presas, A., *op. cit.*, p. 83.

<sup>29</sup> En el mismo sentido se manifiesta Ojeda Rodríguez, sobre la aplicación de la noción de interés positivo en el ordenamiento cubano. OJEDA Rodríguez, N., *op. cit.*, p. 141.

Puede concluirse, entonces, que cuando se formula el problema de la indemnización del interés positivo, se tiene en cuenta que el acreedor reclama la indemnización en razón de un interés en el cumplimiento del contrato, y que si sólo obtiene el equivalente pecuniario es porque su valor sustituye en el patrimonio del damnificado lo que hubiese obtenido de ejecutarse oportunamente la prestación. Se compara la situación en que se encuentra el acreedor y la que tendría si se hubiese cumplido. Sin embargo, la responsabilidad contractual se extiende a supuestos en los cuales el daño o perjuicio no puede fundarse en lo que el acreedor hubiese obtenido con el cumplimiento.

### 3.2. *El interés negativo como fundamento del resarcimiento*

El interés negativo, como se denomina a los daños de confianza, consiste en que el obligado a indemnizar a otro por haber confiado éste infructuosamente en la validez de una declaración dada o en el cumplimiento de un contrato, ha de reintegrarle únicamente en la situación en que estaría si no hubiese contado con la expresada validez; este interés se orienta a la satisfacción de su interés de indemnidad.<sup>30</sup>

Aunque considero que, de forma general, el interés que debe indemnizarse es el positivo, existen casos en que exigirlo puede resultar contradictorio, como cuando la responsabilidad se pide porque el contrato mismo no llegó a perfeccionarse debido a la culpa *in contrahendo* de una de las partes, porque el contrato fue declarado ineficaz, o porque el acreedor ha optado por la resolución del contrato.<sup>31</sup> En todos estos casos no puede decirse que el daño infligido consista en la lesión de un interés patrimonial o económico derivado de un derecho al cumplimiento del contrato,<sup>32</sup> ya que si medió culpa *in contrahendo* el contrato no llegó a celebrarse. Si el contrato se declaró ineficaz no existe jurídicamente la posibilidad de alegar un derecho al cumplimiento de prestaciones dependientes del negocio inválido. Si se optó por la resolución, dicha opción genera efectos que pueden llevarnos a pensar que el resultado querido por la parte que la insta es contrario al interés de cumplimiento.

Sin embargo, en todos estos casos, la parte que imputa a la otra la culpa *in contrahendo*, o la que soporta los efectos de la ineficacia del negocio siendo de buena fe, o la que ejerce la facultad resolutoria, puede haber realizado

<sup>30</sup> HEDEMANN, J. W., *Tratado de Derecho Civil. Derecho de las obligaciones*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1958, p. 125.

<sup>31</sup> Incluyo aquí el supuesto de la resolución por ser uno de los señalados como merecedor de la tutela del resarcimiento en el sentido del interés negativo, con independencia del criterio que más adelante expondré.

<sup>32</sup> Como lo señala ZANNONI, Eduardo. A., *El Concepto de Daño*, Buenos Aires, Astrea, 1987, p. 111.

gastos o asumido a su vez obligaciones con terceros, lo cual justifica que pida el resarcimiento.

También se señala,<sup>33</sup> como fundamento del interés negativo, que quien solicita su resarcimiento haya perdido la oportunidad de obtener la prestación a través de un negocio distinto, en razón de la confianza que tuvo en que la obligación se cumpliría. Desde la perspectiva del interés negativo, se entiende que el daño consiste en la diferencia entre la situación que tiene el acreedor en relación a la cual se encontraría si el contrato, o la obligación, no se hubiera realizado, o lo que es lo mismo, la situación anterior a la constitución de la obligación.<sup>34</sup> No obstante, el interés negativo no se manifiesta de la misma forma en cada uno de estos supuestos, por lo que conviene referirse a ellos por separado.

### 3.2.1. *El interés a indemnizar en los casos de responsabilidad precontractual*

En el caso de la responsabilidad precontractual, en mi opinión, se entiende claramente por qué debe resarcirse el interés negativo o de confianza, pues las partes no han llegado a contratar. El negocio no ha sido perfeccionado, por lo cual resulta contraproducente tratar de colocar al afectado en una situación que debió ser generada por la ejecución de un contrato que no fue realizado, mientras que con el interés negativo se puede lograr, como señala Toledano Cordero,<sup>35</sup> que la parte que realizó los gastos salga de la negociación, que no ha sido culminada, sin sufrir quebrantamiento patrimonial.

En consecuencia, el resarcimiento por responsabilidad precontractual no tiene su fundamento en la responsabilidad contractual en sentido estricto, pues no existe contrato. Sin embargo, de acuerdo con las diferentes teorías<sup>36</sup> que tratan de explicar el fundamento jurídico de la responsabilidad precontractual, considero que en correspondencia con la regulación de nuestro Código Civil, la justificación de este tipo de responsabilidad puede encontrarse en la consideración, mucho más general, de la responsabilidad por

<sup>33</sup> ZANNONI, E. A., *idem*.

<sup>34</sup> HEDEMANN, J. W., *op. cit.*, p. 125.

<sup>35</sup> TOLEDANO Cordero, Dagnisellys, "La formación del contrato", en VV. AA., *Derecho de Contratos*, tomo 1, *Teoría General del Contrato*, La Habana, Félix Varela, 2003, p. 149.

<sup>36</sup> Son diversas las teorías que tratan de explicar el fundamento de la responsabilidad precontractual, la más antigua de ellas es la elaborada por Ihering, quien consideraba que la culpa *in contrahendo* tiene su fundamento en la responsabilidad contractual; en contraposición a esta teoría se sostiene que la responsabilidad precontractual tiene su base en la responsabilidad extracontractual o aquiliana, en este sentido se pronuncia ALBALADEJO García, M., *op. cit.*, p. 210; otro criterio que trata de explicar el fundamento de este tipo de responsabilidad es el enmarca su fundamento en la teoría del abuso del derecho; al respecto, señala Díez-Picazo, que la posibilidad de retirarse de los tratos o abandonar unas negociaciones no constituye un derecho subjetivo en sentido técnico, del cual se pueda abusar, no es más que un reflejo de la libertad, específicamente de la libertad contractual, DÍEZ-PICAZO, L., *op. cit.*, p. 275; por último, también se trata de explicar esta cuestión a través del principio de buena fe, TOLEDANO Cordero, D., *op. cit.*, p. 149.

incumplimiento de las obligaciones, donde caben perfectamente los supuestos de responsabilidad precontractual.<sup>37</sup> En la fase de los tratos preliminares, las partes tienen la obligación de realizar un comportamiento, que constituye una obligación positiva de hacer, consistente en actuar con la debida diligencia para lograr la conclusión del contrato.

### 3.2.2. *El resarcimiento del interés negativo en los casos de ineficacia del contrato*

Aunque, como he señalado al referirme a los supuestos de culpa *in contrahendo*, el deber de indemnizar en los casos de ineficacia de los contratos tiene su encaje en la responsabilidad precontractual (pues este se deriva del comportamiento asumido por las partes en la fase de formación del contrato con respecto al defecto negocial), haré una mención separada de la situación que se presenta cuando una de las partes ha resultado dañada por la ineficacia del contrato.

En la doctrina<sup>38</sup> se ha cuestionado si existe o no un deber de resarcir los daños y perjuicios ocasionados a las partes o a algunas de ellas como consecuencia de la ineficacia del contrato. Al respecto, Díez-Picazo<sup>39</sup> señala que en el derecho positivo español la responsabilidad por daños y perjuicios y el deber de resarcirlos tiene su fundamento en la culpa del causante del daño, razón por la cual será menester que la persona causante de la ineficacia haya actuado de una manera culposa, esto es, dolosa o simplemente negligente. Además, dice que, en principio, cuando la posible causa de la ineficacia derive del comportamiento de un tercero, no existe ninguna dificultad para establecer la responsabilidad de éste, y así lo reconoce el Código Civil español en algunos supuestos relativos a los vicios del consentimiento, como ocurre cuando se trata del dolo procedente de un tercero; cuando esa responsabilidad dimana de los asesores o consejeros de las partes, porque hayan procedido con imprudencia profesional, también cabe responsabilidad.

Sin embargo, la responsabilidad por daños y perjuicios como consecuencia de la ineficacia del contrato puede plantearse como un problema entre las partes, situación en la cual se manifiesta la necesidad de tener en cuenta el interés negativo para lograr el resarcimiento.

En la doctrina mexicana, Gutiérrez y González<sup>40</sup> señala que en los casos en que durante la contratación se haya obrado de mala fe y se le ocasione

<sup>37</sup> Los diferentes supuestos en los cuales debe entenderse que existe una responsabilidad precontractual son los contratos nulos por causas surgidas en la fase de formación del contrato imputables a una de las partes, accidentes acaecidos durante los tratos, ruptura injustificada de las conversaciones preliminares, conversaciones iniciadas de mala fe o prolongadas sin llegar a concluirse el contrato y acuerdo verbal previo con desistimiento de una de las partes al llevarlo a escritura pública. TOLEDANO CORDERO, D., *op. cit.*, pp. 143-146.

<sup>38</sup> Así lo señala ZANNONI, E. A., *op. cit.*, pp. 110 y 111.

<sup>39</sup> Díez-Picazo, L., *Fundamentos, op. cit.*, p. 311.

<sup>40</sup> GUTIÉRREZ y González, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, 5ª ed., México, Cajica, México, 1984, p. 153.

un perjuicio a la otra parte, se es responsable; pero no debe pretenderse que si el acto se declara ineficaz, la responsabilidad se debe en virtud de un acto jurídico. También en el derecho español, Díez-Picazo<sup>41</sup> dice que es posible que la parte perjudicada acumule en su demanda la acción de nulidad y la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios, siempre que su comportamiento haya sido diligente y de buena fe y el demandado deba ser considerado como responsable.

En el Código Civil cubano, los artículos referidos a los supuestos de ineficacia de los actos jurídicos no hacen ninguna referencia expresa a la posibilidad de exigir el resarcimiento que debe tener la parte perjudicada con dicha ineficacia. Así, el artículo 75 del Código regula para los supuestos de nulidad absoluta y anulabilidad el deber de restitución de lo prestado o de su valor, en caso de no ser esto posible. Específicamente para los supuestos en que la nulidad se deba a que se ha actuado en contra de los intereses de la sociedad o del Estado, se establece una excepción a esa posibilidad de exigir la restitución, pues sólo la parte que no haya obrado de mala fe podrá pedirla; en caso contrario, lo recibido o lo que debiera recibirse pasará al dominio del Estado.

Por su parte, al regular la rescisión como causa de ineficacia del acto jurídico, el Código establece en el artículo 79 la obligación de devolver los bienes que fueron objeto del acto jurídico con sus frutos y del precio con sus intereses, señalando que sólo procede si el que la solicita puede devolver aquello a que por su parte está obligado. Como puede apreciarse, en ambos preceptos se hace referencia a la obligación de restituir aquello que se ha recibido en virtud del acto ineficaz, pero no se menciona el deber de resarcir que puede surgir para aquel que, actuando de mala fe, ha provocado la ineficacia. En ese sentido, considero que resultan aplicables las normas referidas a la responsabilidad civil por actos ilícitos en los casos en que el sujeto que resulta perjudicado por la declaración de ineficacia del contrato ha obrado de buena fe<sup>42</sup> y cuando dicha ineficacia ha sido consecuencia del actuar de la otra parte en el contrato.

En cuanto al resarcimiento en los supuestos de ineficacia, considero que el interés a indemnizar es el negativo, pues la del interés positivo nos llevaría a resultados contradictorios con la propia finalidad de la ineficacia, sobre todo en el supuesto de nulidad absoluta, en el cual no puede pretenderse que la parte afectada, que ha obrado de buena fe, sea colocada en la situación

<sup>41</sup> Díez-PICAZO, L., *Fundamentos, op. cit.*, pp. 311 y 312. Señala además este autor que el interés a indemnizar en estos casos es el interés negativo.

<sup>42</sup> En caso contrario, si la parte que solicita el resarcimiento ha obrado de mala fe y la ineficacia le puede ser imputable, se produciría una exención de la responsabilidad en virtud de la regulación del artículo 99. 1. inciso b) *in fine*, que exime de responsabilidad al autor de los daños y perjuicios cuando la conducta del autor hubiera sido provocada por la víctima.

que estaría si el contrato se hubiese ejecutado, pues ese acto jurídico, en virtud de la nulidad, se considera que no se ha efectuado.<sup>43</sup>

En los supuestos de anulabilidad y rescisión, también debe indemnizarse el interés negativo, pues aunque en estos casos el acto puede surtir efectos jurídicos hasta el momento en que se declara la ineficacia, cuando ésta se produce, como señala Díez-Picazo,<sup>44</sup> el efecto anulatorio o el de la rescisión debe entenderse como producido *ex tunc*, lo cual determina incluso la restitución de las prestaciones, atribuciones o disposiciones patrimoniales; por lo tanto, no podrá pretenderse al mismo tiempo anular o rescindir el contrato, con devolución de lo entregado, y obtener el resarcimiento en atención a lo que se hubiera logrado si éste se hubiera cumplido. Por el contrario, sí podrá la parte que ha obrado de buena fe pedir la ineficacia y la indemnización de los daños y perjuicios atendiendo a la situación en que se encontraría si no hubiese confiado en la validez del contrato.

### 3.2.3. *El interés a indemnizar en los casos de resolución del contrato*

En los casos de obligaciones bilaterales o recíprocas, el contratante que ha cumplido puede optar por exigir el cumplimiento o la resolución del contrato, pero puede en todo caso exigir el resarcimiento. La resolución del contrato no sólo determina la mutua restitución de las prestaciones, sino también el resarcimiento de los daños sufridos por el contratante no cumplidor,<sup>45</sup> siendo totalmente compatibles los efectos de la resolución y los del resarcimiento.<sup>46</sup> Ante esa facultad del contratante cumplidor, se presenta la problemática de determinar si en este caso debe indemnizarse el interés positivo o el negativo. Las posiciones doctrinales son muy divergentes al respecto.

Así, mientras autores como Llambías<sup>47</sup> señalan que si quien opta por la resolución de un contrato pretendiese simultáneamente el resarcimiento de los daños y perjuicios, en razón de cubrir el incremento patrimonial que el cumplimiento del contrato le habría reportado, su pretensión resultaría con-

<sup>43</sup> VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen, “Causa de las Relaciones Jurídicas Civiles”, en VALDÉS DÍAZ, C. del C. (coord.), *Derecho Civil Parte General*, La Habana, Félix Varela, 2001, p. 255.

<sup>44</sup> DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, *op. cit.*, p. 320 y 327.

<sup>45</sup> Así lo regula el artículo 306 del Código Civil cubano y también el artículo 1.184-2 del Código Civil francés, el artículo 1.124-2 del Código Civil español y el Código Civil italiano en su artículo 1.453-1.

<sup>46</sup> Una posición contraria adopta el BGB, donde se impone al contratante no incumplidor elegir entre la indemnización de daños y la resolución, parágrafos 325 y 326.

<sup>47</sup> LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de derecho civil*, tomo 1, *Obligaciones*, 3ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1978, p. 294. En el mismo sentido, ZANNONI, E. A., *op. cit.*, p. 111, y en la doctrina española, ALVAREZ Vigaray, Rafael, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Granada, Comares, 1986, p. 249; JORDANO Fraga, Francisco, “Comentario a la Sentencia de 26 de noviembre de 1987: Indemnización en caso de resolución por incumplimiento de contrato sinalagmático. Lucro cesante. Indemnización calculada en moneda extranjera y conversión en moneda nacional. Actualización del importe líquido de la indemnización”, *C.C. J. C.*, n° 15, septiembre-diciembre 1987, pp. 5192 y ss. Apoya la tesis del resarcimiento del interés negativo la sentencia del Tribunal Supremo español de 3 de noviembre de 1988 (RJA 8410).

tradictoria; agrega que la indemnización es viable en uno u otro supuesto, pero su cuantía será diferente según se trate de resolución o de cumplimiento.

Las cuestiones que se aducen para llegar a esta conclusión son que la resolución produce efectos retroactivos y supone la renuncia del resolvente al cumplimiento. Admitir el resarcimiento del interés positivo contradice esta situación, pues se estaría pretendiendo un cumplimiento por equivalencia y, en consecuencia, si se concede al resolvente la opción del interés contractual positivo se desvirtúa la opción legal que supone escoger entre el cumplimiento o la resolución, pues en ambos casos se obtendría lo mismo. Por último, la tutela al interés positivo coloca a las partes del contrato resuelto en una situación desigual, pues la parte resolvente no cumple su prestación pero sí obtiene la de la contraparte, y ésta, en cambio, presta lo inicialmente debido a cambio de nada.

En sentido contrario, Pantaleón Prieto, refiriéndose a la indemnización que se deriva de la resolución del contrato, expresa que la indemnización debida al acreedor que opta por resolver el contrato no debe cuantificarse atendiendo a la situación económica hipotética que existiría de no haber celebrado el contrato, pues de ordinario, no será él quien haya celebrado un mal negocio ni quien tenga, en absoluto, interés en la recomposición de una situación ajena al mismo.<sup>48</sup>

Carrasco Perera se manifiesta a favor de una posición más conciliadora cuando señala: “La solución pertinente está, a mi parecer, en la posibilidad por parte del actor de optar por una u otra vía indemnizatoria. Al resolver, podrá exigir como indemnización su interés de cumplimiento o los costes y daños que le supone el haber contratado inútilmente, realizando dispendios o renunciando a opciones diversas”.<sup>49</sup>

Según Larenz,<sup>50</sup> en el BGB se reconoce (en los parágrafos 122, 307 y 309) que el obligado a indemnizar a otro por haber confiado éste infructuosamente en la validez de una declaración dada o en el cumplimiento de un contrato ha de reintegrarle únicamente en la situación en que estaría si no hubiese contado con la expresada validez. No obstante, incluso en aquellos ordenamientos como el alemán, donde se limita legislativamente el importe del resarcimiento en casos de resolución<sup>51</sup> al interés contractual negativo,

<sup>48</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., Resolución, *op.cit.*, pp. 1165 y ss. También en la doctrina española apoyan la idea del resarcimiento del interés positivo en los casos de resolución del contrato CLEMENTE MEORO, M., *op. cit.*, pp. 576-586, Díez-PICAZO, L., *op. cit.*, p. 727.

<sup>49</sup> CARRASCO PERERA, A., “Comentario a la sentencia de 30 de septiembre de 1989: Derecho de opción de compra; resolución por incumplimiento; responsabilidad derivada del incumplimiento contractual”, *C.C.J.C.*, núm. 21, septiembre-diciembre 1989, p. 893.

<sup>50</sup> LARENZ, K., *op.cit.*, p. 195.

<sup>51</sup> Debe señalarse que en virtud de la Ley de reforma del Derecho de Obligaciones alemán ya no es incompatible la resolución con la indemnización (parágrafo 321 BGB). LAMARCA I Marques, Albert, “La modernización del Derecho alemán de obligaciones: la reforma del BGB”, *Revista Especializada en Derecho de Daños INDRET. com*, 01/2002, p. 6.



se entiende que la protección del interés contractual positivo debe garantizarse sea cual fuera el remedio escogido por el acreedor que sufre el incumplimiento, sin perjuicio de que su alcance o extensión sea mayor o menor según retenga o recupere el valor de su propia prestación o no.<sup>52</sup>

En mi opinión, debe considerarse que el interés tutelado en los casos de resolución del contrato es el interés positivo, teniendo en cuenta primeramente que el carácter retroactivo de la resolución está estrechamente relacionado con el efecto restitutorio de la misma. El objeto es restablecer la composición del patrimonio de ambos contratantes anterior a la conclusión del contrato, pero no tiene porqué afectar a la tutela resarcitoria, que se establece para proteger sólo al contratante cumplidor para cubrirlo de las pérdidas patrimoniales que la falta de cumplimiento puede provocarle.

En todo caso, resulta justo que la parte que cumplió su prestación en la forma debida no deba soportar las pérdidas que le puede provocar el incumplimiento de la otra parte, pues aunque se indemnice el interés negativo se le estaría ocasionando un daño, en el sentido de que no era su aspiración volver a la situación que tenía antes de la celebración del contrato, sino encontrarse en una situación totalmente diferente que sólo puede lograrse si se tiene en cuenta su interés en el cumplimiento, y no es al contratante cumplidor a quien debe achacársele que esa situación no se haya producido.

Debe tenerse en cuenta, además, que aunque resulta cierto que al instar la resolución se está renunciando al cumplimiento, esa renuncia se produce por la pérdida de interés del contratante cumplidor en obtener la prestación debida e incluso su equivalente, pero esto no contradice el que se conceda al contratante cumplidor el interés positivo, porque instar la resolución y reclamar el daño contractual positivo no es equiparable a exigir el cumplimiento por equivalente.

Como señala Clemente Meoro,<sup>53</sup> el contratante que pretende el cumplimiento por equivalente renuncia a la contraprestación pactada, sustituyéndola por el equivalente dinerario, pero también renuncia a su propia prestación, pues no puede pretender que se le restituya ni negarse a ejecutarla. Sin embargo, el contratante que opta por la resolución no renuncia a su prestación, sino que la recupera y la conserva. La indemnización de su interés positivo consiste en la diferencia entre lo que hubiera obtenido si la prestación del otro contratante se hubiese cumplido y lo que ha recuperado con la resolución, o sea, se ha renunciado al cumplimiento pero no al beneficio que éste le hubiera reportado.

Por último, para terminar de fundamentar mi criterio, la situación en que se coloca al contratante, que ha optado por la resolución y se le concede el

<sup>52</sup> SOLER Presas, A., *op.cit.*, p. 83.

<sup>53</sup> CLEMENTE Meoro, M., *op. cit.*, p. 582.

resarcimiento en la medida del interés positivo, no lo pone en una situación descompensada con respecto al incumplidor; pues no es cierto que obtenga la prestación que se le debía y no realice la suya; por el contrario, sólo recupera su propia prestación y no exige al otro contratante el cumplimiento, sino el resarcimiento de los daños y perjuicios que ese incumplimiento le haya provocado. Debe señalarse, además, que todo ordenamiento jurídico posee los medios para evitar que el contratante que opta por la resolución y pide el resarcimiento del interés positivo ocasione un perjuicio económico a su contraparte, entre los cuales destaca la exigencia de una relación de causalidad adecuada entre el incumplimiento del contrato y los daños que se alegan.

En síntesis, los supuestos en que debe entenderse que el interés a indemnizar es el interés negativo se enmarcan en las figuras de la culpa *in contrahendo* y de la ineficacia de los contratos. En esos casos, alegar la existencia del contrato y su ejecución para lograr el resarcimiento contradice la esencia de las mismas; sin embargo, no debe considerarse que al ejercitar la acción resolutoria por incumplimiento se renuncia a la posibilidad de recibir el resarcimiento de los daños y perjuicios que el incumplimiento ha provocado, porque el acreedor sólo ha renunciado a recibir la prestación en la forma específica o su equivalente, pero no ha perdido el interés en los beneficios que el cumplimiento le hubiera reportado.

#### 3.2.4. *La buena fe como fundamento del resarcimiento del interés*

La facultad que tiene el acreedor en los supuestos analizados de pedir que se le coloque en la situación en que estaba antes de la celebración del contrato debe estar acompañada de un comportamiento de buena fe. Resulta lógico que si la situación que provoca la responsabilidad precontractual, y más específicamente la ineficacia del contrato, es imputable al sujeto que pretende el resarcimiento, que no procederá. En consecuencia, se entiende que las partes, durante los tratos preliminares, están obligadas a actuar de buena fe; quien actúa con mala fe, provocando un daño o perjuicio a su contraparte, debe colocarlo en las mismas condiciones en que debió encontrarse si su confianza no hubiera sido quebrada.

Por esa razón, a los efectos del resarcimiento del interés negativo adquiere una especial relevancia el principio de la buena fe. Como he señalado, cuando se pide el resarcimiento de este tipo de interés, se parte de la protección que se considera debe brindársele al contratante que ha resultado dañado por confiar en la lealtad de su contraparte y en la validez del contrato celebrado. Pero el principio de buena fe resulta aplicable a toda la relación contractual<sup>54</sup> y al resarcimiento, no sólo del interés negativo, sino

<sup>54</sup> Como señala Ojeda Rodríguez, es en el contrato, como paradigma de negocio jurídico, donde se ha

también del interés positivo. Quien pretende que se le indemnice su interés en el cumplimiento, como sucede en los casos de resolución del contrato, deberá haber cumplido su parte o haber observado un comportamiento que lo exima de toda responsabilidad en el incumplimiento de su contraparte; por otro lado, la responsabilidad del deudor puede ser agravada o limitada según su comportamiento haya sido de mala o buena fe.

En ese sentido, se señala en la doctrina española<sup>55</sup> que para lograr dar al contrato cumplida efectividad debe considerarse la buena fe no sólo en su aspecto subjetivo, o sea, a través de preceptos que se refieran a ese principio como correcta situación del sujeto dentro de la relación jurídica, sino en su aspecto objetivo mediante preceptos en los cuales se prescriba un deber de comportamiento según la buena fe y se establezcan las consecuencias del contrato conformes a ella. Al respecto, García Amigo<sup>56</sup> afirma que el modelo de conducta que representa la buena fe tiene, de un lado, su componente de lealtad hacia la consecución del fin propuesto, y, de otro, implica protección a la confianza depositada en el comportamiento de cada parte, porque se cree en la corrección y en la bondad de las conductas recíprocas de los contratantes.

Se configura entonces un modelo de conducta que se aplica a las situaciones concretas, originando deberes específicos en las relaciones contractuales. Así, la sentencia de 29 de enero de 1965 del Tribunal Supremo español señala: “En términos generales, que no pueden restringir el vasto campo de sus posibles manifestaciones y más en su estimación negativa que positiva, ha de admitirse que se contradice o falta a la buena fe, cuando con la finalidad de obtener un provecho, no derivado de la recta aplicación y finalidad de lo convenido, se finge ignorar lo que se sabe, se oculta la verdad a quien no puede conocerla, se va contra la resultancia de los actos propios, se realiza un acto inequívoco para beneficiarse intencionadamente de su dudosa significación o se crea una apariencia jurídica para contradecirla después, en perjuicio de quien puso su confianza en ella”.<sup>57</sup>

---

enfaticado legislativamente el tratamiento del principio jurídico de la buena fe. OJEDA Rodríguez, N. de la C., “Justicia contractual: Principios de la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones en la contratación”, en VV. AA. *Derecho de Contratos*, tomo 1, *Teoría General del Contrato*, La Habana, Félix Varela, 2003, p. 30.

<sup>55</sup> Véase GARCÍA Amigo, Manuel, “Consideraciones a la buena fe contractual”, *Actualidad Civil*, núm 1, 3 al 9 de enero de 2000, p. 8. A la distinción entre buena fe subjetiva y objetiva se refieren varias sentencias del Tribunal Supremo español entre las cuales se encuentran las de 6 de abril de 1988, 23 de enero de 1989, 12 de julio de 1996 y la de 12 de marzo de 1998, todas citadas por GARCÍA Amigo, M., *op cit.*

<sup>56</sup> GARCÍA Amigo, M., *op cit.*

<sup>57</sup> Citada por GARCÍA Amigo, M., *op. cit.*, p. 9. Como puede apreciarse, aunque la sentencia no se refiere específicamente a los supuestos en que se pretende indemnizar el interés negativo, los casos en que señala vulnerado el principio de buena fe se corresponden con los referidos a la responsabilidad precontractual y a la ineficacia de los contratos y también resultan aplicables a los supuestos de incumplimiento del contrato.

El Código Civil cubano reconoce el principio de buena fe en su artículo 6, correspondiente a las disposiciones preliminares del mismo, que establece la presunción de buena fe cuando ésta se exige para el nacimiento o los efectos de un derecho. Sin embargo, como señala Valdés Díaz,<sup>58</sup> adolece de un precepto análogo al artículo 7.1. del Código Civil español, que establece que “los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”, pues aunque la presunción establecida en el artículo 6 del Código deba extenderse también al ejercicio, y no quedar circunscripta al nacimiento y efectos del derecho, consideramos que debía reconocerse expresamente por el legislador la necesidad de que los sujetos que intervienen en cualquier relación jurídica adopten un comportamiento leal y correcto y, en ese sentido, se pueda lograr la protección a la confianza depositada por la otra parte de la relación.

En el ámbito de la responsabilidad contractual, el Código Civil cubano no posee ninguna norma que establezca con carácter general<sup>59</sup> una distinción entre el deudor de buena fe y el de mala fe. En cambio, el Código Civil español, en su artículo 1.107, establece que el deudor de buena fe sólo responde de los daños previsibles al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento; mientras que el deudor doloso responde de todos los daños que se deriven del incumplimiento.<sup>60</sup>

Esto, unido a lo señalado anteriormente sobre la falta de reconocimiento expreso del Código de la buena fe como principio que debe observarse en el ejercicio de los derechos, crea un vacío legal que, como señala Ojeda Rodríguez,<sup>61</sup> repercute en todo tipo de relación por el carácter supletorio que se asigna a las normas de Libro Tercero del Código, sobre las relaciones civiles. Al respecto, considero necesario hacer referencia al deber de observar en la relación contractual un comportamiento adecuado a la buena fe; en correspondencia, también deben distinguirse las consecuencias que debe afrontar el deudor de mala fe de aquellas que nacen para el deudor de buena fe.

En ese sentido, una muy buena referencia constituye el artículo 3 del decreto-ley sobre contratación económica, que establece que: “Las partes en un contrato económico están obligadas a actuar de buena fe y a prestarse la debida cooperación en la concertación, interpretación y ejecución del con-

<sup>58</sup> VALDÉS DÍAZ, C. del C., *op. cit.*, p. 96.

<sup>59</sup> No obstante, los artículos 348 y 349 del Código, al referirse a la responsabilidad por los vicios ocultos del bien vendido, agrava la responsabilidad del vendedor si ha actuado de mala fe.

<sup>60</sup> También reconocen el principio de la buena fe en la ejecución de los contratos el Código Civil francés en su artículo 1134.3, el italiano de 1942 en el artículo 1375, aunque ambos Códigos utilizan el término equidad. Por su parte el BGB aplica la buena fe a todo deudor, no sólo al deudor contractual, en su parágrafo 242.

<sup>61</sup> OJEDA RODRÍGUEZ, N. de la C., “Justicia contractual: Principios de la buena fe y el justo equilibrio”, *op. cit.*, p. 35.

trato”. Tampoco posee el Código ninguna norma que se refiera a la buena fe que debe observarse en los tratos preliminares, ni a las consecuencias que el no observarla puede tener. En este aspecto, me parece adecuada y susceptible de ser asumida en el ámbito contractual civil la previsión que se realiza de esta posibilidad en el artículo 6 del proyecto de decreto-ley sobre contratación económica y comercial, pues a partir del reconocimiento de la facultad de establecer tratos preliminares y de la posibilidad de romperlos cuando se obre de buena fe, se establece la responsabilidad en la cual incurrirá aquel que haya realizado un comportamiento de mala fe durante los mismos. El referido precepto afirma: “Las partes pueden establecer negociaciones o tratos preliminares, que tiendan a la concertación de un futuro contrato, sin que ello constituya una oferta”.

Cualquiera de las partes es libre de romper unilateralmente los tratos preliminares sin incurrir en responsabilidad. No obstante, la parte que ha negociado o ha interrumpido la negociación a tratos preliminares con mala fe es responsable de los daños y perjuicios causados a la otra parte por la frustración del contrato no concertado e incluso por la pérdida de la mejor oferta de contrato que durante esta etapa previa haya podido esta última aceptar. Se considera mala fe entrar en negociaciones o continuarlas sin la intención de llegar a la concertación del contrato.

Por último, debo señalar que tal como he valorado al referirme a la responsabilidad de resarcir los daños y perjuicios que pueden resultar de la ineficacia de los contratos, no posee nuestra principal ley civil ninguna norma que reconozca expresamente tal posibilidad, por lo que considero que ante esta situación deben utilizarse los preceptos referidos a la responsabilidad civil. Sin embargo, en mi opinión, debe regularse expresamente la facultad que tiene el sujeto que resulta dañado por la declaración de ineficacia, sea nulidad absoluta, anulabilidad o rescisión, si ha obrado de buena fe y dicha ineficacia es imputable a la otra parte en el contrato, de pedir el resarcimiento para que sea colocado en la situación en que estaría si no hubiese confiado en la validez del acto jurídico.

#### 4. LOS CONCEPTOS DE DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE

Son bien utilizados en la doctrina los conceptos de daño emergente y lucro cesante. Deben ser tomados en cuenta para lograr una indemnización total del daño. Aquí pretendo analizarlos desde el punto de vista doctrinal, valorando su aplicación en diferentes ordenamientos jurídicos, para estudiar su utilización en el ámbito jurídico cubano.

El daño resarcible no sólo comprende el que de modo positivo se ha realizado, sino también el que se produzca de modo negativo, por no obtenerse

un beneficio que se esperaba. Como hace notar Espín Cánovas,<sup>62</sup> ambos aspectos del daño fueron ya conocidos de antiguo integrando las nociones del daño emergente y lucro cesante, pero su más precisa determinación puede, todavía en el derecho moderno, presentar dificultades.

La doctrina ha acudido al criterio de actualidad o futuridad del daño para diferenciar ambos aspectos. Así, se dice que mientras el daño emergente tiene una realidad actual, el lucro cesante está proyectado hacia el futuro, lo que hace que ese carácter futuro le imprima una falta de certidumbre que dificulta la admisión del lucro cesante que la del daño actual. Al respecto, De Cupis<sup>63</sup> ve el fundamento de la distinción entre daño emergente y lucro cesante según que el interés afectado sea o no actual. Si el objeto del daño es un interés actual o relativo a un bien perteneciente a una persona en el momento en que el daño mismo se ocasiona, tendremos el daño emergente; a la inversa, si el objeto del daño es un interés futuro, o bien se refiere a una cosa no perteneciente al perjudicado, estaremos en presencia del lucro cesante.

Sin embargo, esa consideración no resulta del todo precisa, pues, como señala Zannoni,<sup>64</sup> la denominación de si un daño es actual o futuro puede interpretarse como relacionada con el momento en que se dicta la sentencia, obligando al resarcimiento; en tal sentido puede haber daño emergente futuro en el sentido, de que en virtud del acto ilícito el perjudicado sufriera pérdidas efectivas en su patrimonio; también puede haber lucro cesante actual en el sentido de que en el momento de dictarse sentencia ya se tiene conocimiento de cuáles son los beneficios que se han dejado de percibir.

La distinción entre daño emergente y lucro cesante más bien se trata de la certidumbre o no del daño, de lo que efectivamente se ha perdido o lo que, en sentido negativo, se ha dejado de obtener pero no se ha perdido, porque en el momento de producirse el daño aún no era cierto. Así, se entiende que el daño emergente lo constituyen las pérdidas efectivamente sufridas, la lesión que realmente se ocasiona al patrimonio del perjudicado; el lucro cesante se integra por los beneficios dejados de percibir.

Sobre esta problemática, Castán<sup>65</sup> plantea que, lo mismo en la responsabilidad extracontractual que en la contractual, se entiende que la obligación de reparar debe comprender no sólo la pérdida efectivamente sufrida (daño emergente), sino también la ganancia dejada de obtener por la víctima del

<sup>62</sup> ESPÍN Cánovas, Diego, *Manual de Derecho Civil Español*, vol. 3, *Obligaciones y Contratos*, cuarta ed., Madrid, Revista de Derecho Privado-Derecho Financiero, 1975, p. 477.

<sup>63</sup> DE CUPIS, Adriano, *El daño*, traducción de la segunda edición italiana, por Ángel MARTÍNEZ SARRIÓN, Barcelona, Bosch, 1975.

<sup>64</sup> ZANNONI, E. A., *op. cit.*, p. 69.

<sup>65</sup> CASTÁN Tobeñas, José: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo 4, *Derecho de Obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*, 15ª ed., Madrid, Reus, 1993, p. 948.

daño (lucro cesante), por la aplicación del artículo 1.106 del Código Civil español.

También utiliza esta denominación Díez-Picazo, al señalar que la indemnización debe comprender el llamado lucro cesante, ganancia frustrada o ganancia dejada de obtener, que es el incremento patrimonial que el acreedor debería recibir como consecuencia del cumplimiento o el que deja de obtener como consecuencia del incumplimiento.<sup>66</sup> Específicamente sobre el lucro cesante, Larenz expresa que en los daños patrimoniales no sólo ha de computarse la disminución que sufra el perjudicado en sus bienes patrimoniales existentes, sino también cuando no tenga lugar el aumento patrimonial que se habría producido de no haber sucedido el hecho generador de la responsabilidad, y añade que así lo reconoce el BGB en el parágrafo 252, inciso 1.<sup>67</sup>

Como señala Larenz,<sup>68</sup> la dificultad de la determinación del lucro cesante radica en que jamás puede decirse con seguridad cómo hubieran ocurrido realmente los acontecimientos sin la realización del suceso en que se basa el deber de indemnizar. Por consiguiente, hemos de conformarnos con un juicio de probabilidad allí donde se trate de un proceso causal hipotético, es decir, con lo que hubiera ocurrido en un caso imaginario semejante, sin la realización del acaecimiento generador de la responsabilidad.

Se entiende entonces que, como señala Díez-Picazo,<sup>69</sup> el problema de la valoración del lucro cesante no es demasiado difícil si existían en el pasado elementos suficientes para valorar el curso normal de los factores de ganancia del futuro. Pero resultará mucho más difícil si los factores de cálculo de la ganancia representaban, en las actividades económicas del acreedor, una novedad, en cuyo caso habrá que utilizar como referencia las ganancias verosímilmente probables, atendiendo el curso normal de los acontecimientos.

Algunos códigos han intentado precisar el concepto de lucro cesante o ganancia frustrada. El BGB tiene el mérito, de conceptualizarlo en su parágrafo 252, inciso 2, que expresa: “Se considera ganancia frustrada aquella que con cierta probabilidad fuera de esperar, atendiendo al curso normal de las cosas o a las especiales circunstancias del caso concreto, y particularmente a las medidas y previsiones adoptadas”.

Por su parte, el Código Civil italiano, en su artículo 1.223, impone el resarcimiento del daño por ganancia dejada de obtener en las obligaciones contractuales, condicionando el resarcimiento a que sea consecuencia inmediata y directa del incumplimiento. También el Código Civil español, en su

<sup>66</sup> DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos, op. cit.*, p. 687.

<sup>67</sup> LARENZ, K., *op. cit.*, pp. 207 y 208.

<sup>68</sup> LARENZ, K., *ibidem*, p. 208.

<sup>69</sup> DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos, op. cit.*, p. 687.

artículo 1.106, declara resarcible en las obligaciones contractuales no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor. Aunque, siguiendo al Código francés, tampoco define qué debe entenderse por ganancia frustrada.

Esto ha motivado que la jurisprudencia española<sup>70</sup> precise esta noción siguiendo en este punto, en opinión de Díez-Picazo,<sup>71</sup> una línea claramente restrictiva, señalando que no debe concederse indemnización cuando las ganancias eran contingentes o dudosas, lo cual, conduce a las inevitables conclusiones de que el lucro cesante es siempre contingente o dudoso; agrega este autor, que un punto de vista semejante necesita de alguna suavización, y señala que entre la ganancia posible pero contingente y la ganancia segura pueden aplicarse criterios de probabilidad, de acuerdo con el curso normal de los acontecimientos.

En el Código Civil cubano, el contenido de la obligación de resarcir se encuentra regulado en el artículo 83, que establece que la misma comprende la restitución del bien; la reparación del daño material; la indemnización del perjuicio; y la reparación del daño moral.

La obligación de resarcimiento en materia de daño contractual, tiene un carácter meramente compensatorio y constituye una obligación pecuniaria. La restitución *in natura* es, en sede contractual, considerada como objeto de la pretensión de cumplimiento forzoso en forma específica; por lo tanto, lo que el Código Civil cubano regula como restitución del bien no procede en el resarcimiento del daño contractual, sino que se encuentra más relacionado con la regulación del artículo 289, referido al cumplimiento forzoso en forma específica de las obligaciones de dar.

Sí resultan de aplicación los preceptos de los artículos 85, 86, 87 y 88. El artículo 294 establece que la misma se realiza sólo en lo pertinente. En mi opinión, en estos artículos se reconoce implícitamente el concepto de daño emergente tanto en la regulación de la reparación del daño material como en la indemnización de los perjuicios, pues aunque estos últimos son comúnmente identificados por la doctrina y los ordenamientos jurídicos con el lucro cesante,<sup>72</sup> del análisis de la regulación del artículo 86 del Código Civil cubano se puede concluir que la mayoría de los supuestos que establece

<sup>70</sup> Así, la sentencia de 8 de julio de 1996, del Tribunal Supremo español establece que las ganancias que pueden reclamarse son aquellas en que concurre similitud suficiente para poder ser reputadas como muy probables, en la mayor aproximación a su certeza efectiva, siempre que se acredite la relación de causalidad entre el evento y las consecuencias negativas derivadas del mismo, con relación a la pérdida de provecho económico; en el mismo sentido, las de 21 de octubre de 1996 y de 6 de septiembre de 1991. Todas citadas por Santos Briz, J.: «Comentario al artículo 1.106», *op. cit.*, p. 143.

<sup>71</sup> Díez-Picazo, L., *Fundamentos*, *op. cit.*, p. 687. En opinión de Espín Cánovas, con este criterio restrictivo se trata de evitar exageraciones, las cuales han sido llamadas sueños de ganancias. ESPÍN CÁNOVAS, D., *op. cit.*, p. 478.

<sup>72</sup> Es el caso del Código civil español, artículo 1.106.



como contenido de la indemnización de perjuicios forman parte en realidad del daño emergente, o sea, de la pérdida efectivamente sufrida.<sup>73</sup>

Haciendo una interpretación extensiva del mencionado artículo 86, puede decirse que nuestro ordenamiento regula realmente el resarcimiento del lucro cesante o del perjuicio, en los incisos a, b<sup>74</sup> y d, que hacen referencia a beneficios o ganancias dejados de percibir, siendo en este último donde pueden ser incluidas las posibles ganancias previstas por el acreedor en función del cumplimiento del contrato.

Por todo esto, considero que, a pesar de los inconvenientes que puede ocasionar la cuantificación del lucro cesante, debería regularse más adecuadamente en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de su indemnización, para lograr un resarcimiento total del daño infligido.

## 5. CONCLUSIONES

En el ordenamiento jurídico cubano, debe adoptarse la llamada concepción real concreta del daño para definir el daño contractual; en tal sentido, el mismo puede considerarse como toda situación desventajosa en que el acreedor se vea colocado como consecuencia de la lesión de derecho de crédito, para cuya valoración deben considerarse todos los factores que configuran el daño en sí y atenderse a las específicas circunstancias del sujeto dañado.

Al fijarse el resarcimiento por incumplimiento de un contrato, debe protegerse el interés de cumplimiento que el acreedor tenía al celebrarse el mismo (pues éste constituye un incentivo para la contratación), y colocar al contratante lesionado en la situación que tenía antes de contratar resulta casi siempre imposible. Sin embargo, en los supuestos de responsabilidad precontractual y de ineficacia del acto jurídico celebrado, el resarcimiento debe proteger el interés negativo del sujeto lesionado, pues en estos supuestos exigir el interés de cumplimiento contradice la esencia de dichas figuras.

<sup>73</sup> En este mismo sentido, véase OJEDA Rodríguez, N., *op. cit.*, pp. 142 y 143. Considero que los incisos c), ch), e) y f) del artículo 86 del Código Civil cubano constituyen supuestos de daño emergente, pues en todos se constata una pérdida efectiva. No existe incertidumbre en cuanto a la pérdida sufrida. Se trata de un detrimento efectivo del patrimonio, por lo cual no debe ser considerado como perjuicio sino como daño material. Así, los gastos de curación, el importe del salario correspondiente a los días dejados de trabajar, los desembolsos hechos por la víctima o por sus familiares y los gastos necesarios para reparar los daños al medio ambiente no padecen de la incertidumbre que le es propia al lucro cesante o perjuicio.

<sup>74</sup> Este inciso regula el supuesto que señala Díez-Picazo debe estar comprendido dentro del lucro cesante, al decir que debe incluirse en el mismo la pérdida o disminución de la capacidad de trabajo y, por consiguiente, de la capacidad de obtener remuneración del mismo, que en el caso de que sea temporal cubrirá el período contemplado y en los casos en que sea permanente debe cubrir las posibilidades de vida de acuerdo con criterios extraídos de un despliegue de las posibilidades normales de actividad durante la vida media. DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho, op. cit.*, pp. 323 y 324.

El Código Civil cubano no posee ninguna norma que, con carácter general, regule la posibilidad de graduar la responsabilidad del sujeto incumplidor diferenciando entre el contratante de buena fe y el de mala fe, ni tampoco se refiere a las consecuencias que puede generar el comportamiento de mala fe en los tratos preliminares y en los supuestos de ineficacia del contrato.

En el Código Civil cubano, se aprecia una deficiente regulación de los conceptos de daño emergente y lucro cesante, pues el artículo 86 incluye como perjuicios supuestos que constituyen una afectación económica efectiva y cierta, por lo cual pertenecen a la denominación del daño emergente.