

Tipología de los intereses del acreedor e instrumentos para su satisfacción*

Eugenio Llamas Pombo
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Salamanca

Sumario

- 1.- El estudio del interés del acreedor como clave de la responsabilidad contractual
- 2.- Aspectos y modalidades del interés
- 3.- *Interesse singulare, commune y conventum*
- 4.- *Interesse circa rem y extra rem*
- 5.- Interés positivo e interés negativo
- 6.- Interés genérico e interés específico
- 7.- Tipificación del interés que satisface la prestación del equivalente pecuniario

* El presente trabajo constituye una versión revisada del publicado en *Incumplimiento Contractual. Acciones del acreedor contra el deudor*, Coord. Carlos Soto Coaguila, La Ley (Argentina), Buenos Aires, 2010.

1.- El estudio del interés del acreedor como clave de la responsabilidad contractual

La cuestión de la autonomía del equivalente pecuniario¹ entra de lleno dentro del ámbito de los remedios del acreedor frente a la lesión de su derecho de crédito. Y su resolución sólo puede basarse en el estudio del *interés* o *intereses* que el acreedor pone en juego desde el momento mismo en que la obligación nace; en suma, la función de esos remedios en general, y de la responsabilidad contractual en particular, no es otra que satisfacer tales intereses. Por ese motivo, sólo conociendo a fondo la naturaleza y tipología de los mismos, a partir de la individualización del interés o intereses lesionados, puede aventurarse un sistema para su protección a través del resarcimiento². La satisfacción del interés de un sujeto determinado, mediante el comportamiento de quien está sometido a un deber jurídico es una de las notas más esenciales al concepto de obligación³. No es casual que lo que hoy conocemos como “Derecho de daños” haya venido consistiendo durante siglos en el estudio del *interesse*, el *Tractatus del id quod*

¹ La temática referida fue objeto de un minucioso análisis en mi monografía *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor. Entre la estimatio rei y el id quod interest*, Madrid, Trivium, 1999, donde demostré extensamente el carácter autónomo del remedio denominado cumplimiento por equivalente. De dicha obra extraigo, con algunas modificaciones y debidamente *aggiornato*, el presente trabajo.

² VALENTE, A., *La liquidazione materiale del danno per equivalente pecuniario*, Jovene, Nápoles, 1963, pág. 99, quien construye su sistema en torno al concepto de “modificación del interés”, sostiene que la tarea comienza con individualizar la modificación del interés, para proceder después a la valoración de tal modificación (págs. 102 y ss.). BIANCA (“Dell’inadempimento delle obbligazioni”, en *Commentario del Codice civile*, dirigido por SCIALOJA y BRANCA, 1978, pág. 107) cifra el concepto de daño en la “lesión de intereses económicos que el sujeto sufre”. Sin embargo, en un concepto más amplio, dice LARENZ que daño es “todo menoscabo que a consecuencia de un acontecimiento o evento determinado sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio” (*Lehrbuch des Schuldrechts*, I, München, 1982, pág. 193). Y conectando con la idea de interés, señala CRISTÓBAL MONTES que “daño es todo quebranto experimentado por una persona en la esfera de su interés, cualquier perjuicio que una persona sufre dentro del ámbito de sus bienes, entendidos éstos en su más amplia acepción” (*El incumplimiento de las obligaciones*, Tecnos, Madrid, 1989, pág. 227). También para BUERES el daño es la “lesión a unos intereses jurídicos patrimoniales o espirituales”, y consecuentemente ofrece todo el concepto de daño alrededor de la idea de interés (“El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta”, en *Derecho de Daños, Libro Homenaje al Prof. Mosset Iturraspe*, La Rocca, Buenos Aires, 1989, págs. 141 y ss., especialmente, págs. 165 y ss.

³ GIORGIANNI, *L’obbligazione. (La parte generale delle obbligazioni)*, I, Giuffrè, Milán, 1968, pág. 61. MARTÍN PÉREZ, Comentario a los artículos 1088 a 1099 (excluidos el 1092 y 1093), en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*,



Dr. Ludwig



Enneccerus.

interest. Así, en las Partidas, la ley 3ª, tít. 6º, Part. V define los *perjuicios* y *menoscabos* como incidencia, por cierto, de las responsabilidades de la permuta incumplida, “e estos *menoscabos* a tales llaman en latín, *interesse*”⁴. Y por su parte, SÁNCHEZ ROMÁN toma el sentido de la palabra *perjuicios* como equivalente a “privación de interés, de utilidad, de provecho, de ganancia o de lucro”⁵. En ENNECERUS, daño o interés son sencillamente una misma cosa⁶.

A menudo se ha confundido *interesse*, derivado de *intersum*, *interfui*, *interesse* (estar en medio de, lo que separa una cosa de otra), verbo intransitivo; con el verdadero origen de la palabra “interés”, del verbo impersonal *interest* (interesarse, valorar, importar).

No en vano la doctrina moderna (salvedad hecha de las desviaciones terminológicas en que ha incurrido cierta corriente⁷) utiliza la expresión *id quod interest* para referirse a la obligación consistente en el resarcimiento de daños y perjuicios, y ello obedece claramente a la etimología de la palabra “interés”, *esse inter*⁸, lo que se coloca entre deudor y acreedor, relación, interacción o conexión⁹. Esta etimo-

dirigidos por M. ALBALADEJO, T.XV, vol. 1º, Edersa, 1989, págs. 17 y ss., donde señala: “Hay que considerar... que es intrínseca a la obligación la satisfacción de un interés del acreedor y que, como nota esencial, este principio produce consecuencias para la reglamentación obligatoria, siempre que se le entienda en sus términos justos.

⁴ Esta definición de perjuicios, según GREGORIO LÓPEZ, debe tenerse en cuenta no sólo en ese ámbito incidental sino “en las muchas leyes de Partida donde se usan dichas palabras”.

⁵ SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, t. IV, 2ª ed., Madrid, 1899, pág. 316, siguiendo el Diccionario de Escriche.

⁶ Junto al ya bien conocido concepto diferencial del daño, debido a MOMMSEN, explican ENNECERUS-LEHMAN cómo las denominaciones romanas para expresar el interés o el daño son *id quod interest*, *quanti interest*, *damnum*, *utilitas*, y que la expresión tan frecuente en las fórmulas *quanti res est*, significaba en origen el valor de la cosa, pero más tarde se refirió en la mayoría de los casos al interés (*Derecho de Obligaciones*, vol. 1º, en ENNECERUS-KIPP-WOLF, *Tratado de Derecho Civil*, T. II, trad. y notas de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, BOSCH, Barcelona, 1933., pág. 61). Análogamente, dice WINDSCHEID que la expresión *quanti ea res est* se usa en las fuentes ora para el valor real, en oposición al *interesse* (daño), ora para el daño en el sentido más lato de la palabra, que lo comprendería todo (DIRITTO DELLE PANDETTE, trad. it. Fadda-Bensa, vol. II, Torino, 1904, §257, nota 7).

⁷ A ello, y a desmontar tan perniciosa confusión, me referí extensamente en el epígrafe 2.1.7 de mi mencionada monografía *Cumplimiento por equivalente*, cit.

⁸ COROMINAS, J., *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*, Gredos, Madrid, 1961, pág. 331.

⁹ DE CUPIS, A., *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, trad. esp. de la 2ª ed. italiana de MARTÍNEZ SARRIÓN, Bosch,

logía, no obstante, ha sido puesta en tela de juicio, lo que merece una explicación: Cuando **MOMMSEM** formula su “Teoría de la Diferencia”, a propósito del concepto del daño¹⁰, hace uso de un concepto de interés tomado directamente del Derecho romano, infiriendo la idea de “diferencia” desde la noción de *inter est*¹¹. Por ese motivo, quienes vehementemente se han opuesto a dicho concepto diferencial del daño, han tratado de negar ese apoyo histórico-filológico, buscando otros orígenes etimológicos a la expresión *id quod interest*, para indicar que, como *terminus technicus*, no quiere decir “lo que está entre” (*was dazwischen liegt*), sino “lo que algo importa o interesa a alguien” (*was daran liegt*)¹². Sin embargo, con independencia de la idea que se tenga acerca del concepto de daño, poco convincente nos parece tal definición basada en lo definido. Además, aunque **MOMMSEM** utilizara en tal

sentido el término *id quod interest*, ni aquel “concepto diferencial” deriva necesariamente de tal significado de la expresión¹³, ni es de recibo trastocar las etimologías para oponerse a ese concepto. En resumen, interés es “*inter est*” y no “*in re est*”, pues esta segunda acepción nos llevaría de nuevo a la confusión entre *aestimatio rei* y daño, e incluso, a reducir éste a aquélla, que es justamente lo contrario de lo que dice el Digesto (D. 19.1.1.pr.), según venimos repitiendo.

Por lo demás, incluso el Tribunal Supremo español repite con insistencia que es daño el sufrido en los intereses del acreedor (SSTS 3 diciembre 1923 y 14 diciembre 1950¹⁴), y que lo que se indemniza no es el valor de las cosas perdidas, dañadas o dejadas de ganar, sino el interés que el acreedor tenía en las mismas¹⁵.

Barcelona, 1975, pág. 110; CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento...*, cit., págs. 227-228.

¹⁰ La construcción del concepto “diferencial” del daño se atribuye a MOMMSEM, F., *Zur Lehre vom Interesse*, (1855), en *Beiträge z. Obligationsrecht*, II, 1885, p. 5 y 6 (no confundir, como a menudo ha sucedido en nuestra doctrina, con el gran historiador de Roma, y Premio Nobel, THEODOR MOMMSEM; nos referimos aquí a FRIEDRICH MOMMSEN, autor de la conocida obra sobre imposibilidad de la prestación, origen de todas las elucubraciones posteriores, titulada *Die Unmöglichkeit der Leistung*, 1853, incluida en el T. I de su *Beiträge z. Obligationsrecht*). En dicha obra se formula y desarrolla la “Teoría o Hipótesis de la Diferencia” (*Differenztheorie, Differenzhypothese*), que postula la definición del daño o interés como la disminución patrimonial dada por la diferencia entre el valor actual del patrimonio del perjudicado (*Jetzt-Zustand, Is-Zustand*) y aquel que dicho patrimonio habría tenido (*Ideal-Zustand, Soll-Zustand*), de no haberse verificado el hecho dañoso.

¹¹ De hecho, DELGADO, siguiendo a MEDICUS, aproxima esa etimología al concepto diferencial del daño, concibiendo el *id quod interest* como *lo que media* entre la situación real del acreedor, derivada del incumplimiento (acto ilícito), y lo que habría debido de tener, si el deudor hubiera cumplido exacta y tempestivamente (DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 1º, 2ª ed. Barcelona, 1985, pág. 226). Sigue, así, la etimología de *intersum*.

¹² Tal es la posición de HONSELL, “Herkunft und Kritik des Interesbegriffs im Schadensersatzrecht”, en *Juristische Ausbildung*, 1973, pág. 69, donde igualmente indica (tomamos directamente la traducción que de sus palabras recoge PANTALEÓN, *Del concepto de daño. Hacia una teoría general del Derecho de daños*, Tesis inédita, 1981, págs. 4-5): “Antes de Mommsem se utilizaba la palabra interés en el Derecho de daños en el mismo sentido en que la empleamos hoy en el lenguaje común, o para los intereses inmateriales. También en el ámbito del daño patrimonial expresa una relación entre persona y bien, no la diferencia entre daño y no-daño. No designa el daño en sí, sino la cuantía que se puede exigir como indemnización del daño. El significado correcto puede comprobarse fácilmente por medio de una segura etimología. *Quod interest* es sólo una forma contraída de *quod in re est*: Lo que la cosa me interesa (*Was an der Sache liegt*). La frecuente utilización del pronombre posesivo en el ablativo

permite también ver esto claramente. *Mea interest* deriva de *mea in re est*, es decir, a mí me interesa (*es liegt mir daran*). Esta expresión caracteriza un desarrollo del Derecho de indemnización de daños, que anteriormente, en dimensión exclusivamente objetiva, estaba orientado en la línea del *quantum interest*, hacia la relevancia de las circunstancias individuales y subjetivas del daño: el *quod interest*... El concepto de interés no tiene nada que ver con una diferencia en la situación patrimonial del perjudicado antes y después del evento dañoso. *Quod interest* no era tampoco ninguna fórmula de cálculo, sino únicamente una expresión sincopada de todos los factores de indemnización que el juez debía examinar a su libre arbitrio. Era una fórmula abierta. Es MOMMSEM el primero que hizo de ella una fórmula de cálculo. Él extrajo por supuesto de las fuentes lo que, de acuerdo con el ideal científico entonces vigente, era deseable: un concepto unitario con el que se puede, por así decirlo, calcular; un axioma que debía hacer posible una deducción exenta de valoraciones. No es sorprendente que WINDSCHEID haya atribuido a esta creación ilimitado aplauso”.

¹³ En efecto, MEDICUS ha puesto de relieve que, al menos en ciertos casos, la expresión *id quod interest* aparece en las fuentes como “diferencia”, como *was dazwischen liegt* (*Id quod interest*..., cit., pág. 300). Lo que sucede, explica dicho autor, es que entre el concepto diferencial del daño y ese concepto de “interés” equivalente a “diferencia”, existen divergencias esenciales; “ciertamente, en esta forma de interés, al igual que en el interés moderno, se substraen... sin embargo, y sobre todo, en ninguno de los casos de este grupo se incluye el patrimonio completo del demandante, sino que se limitan siempre al objeto singular. En congruencia con ello, se resta también exclusivamente el valor efectivo de dicho objeto. Falta, por tanto, en esta forma del *quod interest* una característica del moderno concepto del daño: la comprensión del patrimonio en su conjunto y, con ello, la inclusión de todas –también las muy alejadas causalmente del punto de la agresión lesiva– consecuencias dañosas” (pág. 302, según traducción de PANTALEÓN, *Del concepto del daño*..., cit., pág. 8, nota 3).

¹⁴ RJ Aranzadi 1702.

¹⁵ Por eso, el deudor no puede pretender que la indemnización se establezca con arreglo al menor valor que hubiera dado el acreedor al bien en una escritura de compra, o al concertar un contrato de seguro con un tercero (STS 21 septiembre 1988, RJ Aranzadi 8646).

Por todo ello, se ha señalado con acierto que el interés del acreedor, que legitima y justifica la existencia de la relación obligatoria¹⁶, cuando ya no puede ser realizado en la forma específica que originariamente se tuvo en cuenta, resulta afectado y, aunque no desaparece, sufre una transformación paralela a la que experimenta la propia obligación¹⁷.

2.- Aspectos y modalidades del interés

Como ya ha sido puesto de relieve¹⁸, la polisemia del término “interés” no ha escapado a la mejor doctrina. Además, los intereses que el acreedor “arriesga” en la obligación pueden ser de muy diversa índole. Todo ello obliga a precisar, a lo largo de las próximas páginas, no tanto las distintas acepciones de la palabra interés, como los diferentes aspectos y modalidades que puede presentar el interés. Éste, para Ihering¹⁹, designa el sentimiento que se tiene de las condiciones de la vida, en sentido relativo, de manera que lo que para uno constituye parte de la vida en su plenitud, es decir, el bienestar, está desprovisto de todo valor para otro. Lo que no quiere decir que sea imposible establecer los intereses típicos latentes en la permanencia y cumplimiento de toda relación jurídica²⁰. Ciertamente, por más que el interés involucrado en una relación jurídica sea una cuestión subjetiva

y, por ello, variable con cada persona, y también de un grado distinto de intensidad y de tipicidad, en función de la relación obligatoria de que se trate²¹, ello no es óbice para encontrar la utilidad o interés característico de toda relación típica o atípica; y, lo que aquí es más importante, determinar la naturaleza del interés que merma o ataca cada una de las diversas formas de lesión del derecho de crédito que hemos visto en el epígrafe anterior.

En efecto, parece claro que si estudiamos la responsabilidad contractual desde la perspectiva de la “lesión del derecho de crédito”, y no desde la “infracción del deber por el deudor”, lo definitorio será fijar: 1º) El interés (o intereses) que vulnera cada una de las formas de lesión del derecho de crédito, y especialmente la lesión “imposibilidad-inidoneidad” de la prestación. 2º) El remedio (o remedios) adecuado para satisfacer ese interés.

De este modo (y desde luego no de otro) se podrá afirmar la utilidad-inutilidad de la *perpetuatio obligationis*, la idoneidad-inidoneidad de una omnicomprensiva indemnización de daños y perjuicios, y la necesidad-superfluidad de la prestación de la *aestimatio*.

3.- Interesse singulare, commune y conventum

Una de las distinciones más antiguas es la que, con base en los textos del Digesto²², desarrolló la doctrina del Derecho común, entre *interesse singulare, commune* y *conventum*. El *interesse commune* viene determinado por el precio usual o general de las cosas, dados un lugar y un tiempo determinados. El *interesse conventum* alude al precio pactado. Lo que sucede es que

explica cómo además de ese interés en la permanencia y cumplimiento de la relación obligatoria, el acreedor a menudo expone otros intereses suyos, distintos del de prestación, que constituyen el llamado *interés de indemnidad*, del que hemos hablado más arriba.

²¹ VERDERA SERVER, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Studia Albornotiana, Bolonia, 1995, pág. 207.

²² D.9.2.33.pr., de Paulo: *Si servum meum occidisti, non affectiones aestimandas esse puto, veluti si filium tuum naturalem quis occiderit, quem tu magno emtum velles, sed quanti verbum valeret. Sextus quoque Pedius ait, pretia rerum non ex affectione, nec utilitate singulorum, sed communiter fungi.* D.19.1.1.pr., de Ulp.: *Si res vendita non traditur, in id, quod interest agitur, hoc est, quod rem habere interest emptoris; hoc autem interdum pretium egreditur, si pluris interest, quam res valet, vel emta est.* (Obsérvese la forma impersonal del verbo *interest*, a la que nos referíamos más arriba, que debe ir siempre con genitivo, *pluris interest, interest emptoris*, es decir, interesa más, interesa al comprador). D.35.2.63.pr., de PAULO: *Pretia rerum non ex affectu, nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur.*

¹⁶ Expresamente se refiere el artículo 1174 del CC italiano al interés del acreedor al contemplar la patrimonialidad como elemento de la obligación, exigiendo que la prestación sea susceptible de valoración económica aunque responda a un interés no patrimonial del acreedor. El precepto ha sido criticado a menudo por encontrarse superfluo, ya que dicho elemento se encuentra en toda relación jurídica. Vid. CIAN, “L’interesse del creditore alla prestazione”, en *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, t. I, Cedam, Padua, 1970, págs. 270-271.

¹⁷ CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento...*, cit., pág. 229.

¹⁸ PANTALEÓN, *Del concepto de daño...*, cit., pág. 2.

¹⁹ IHERING, “Del interés en los contratos y de la supuesta necesidad del valor patrimonial de las prestaciones anteriores”, en *Estudios Jurídicos*, Buenos Aires, 1974, pág. 142. En HECK, los intereses son “compulsiones que siente el sujeto”, “apetencias o tendencias apetitivas” materiales o ideales que sienten las personas o la propia comunidad jurídica. (“*Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*” en *Archiv civilistische Praxis*, t.112 (1914), pág. 11. Para el maestro IHERING, son “impulsos” que nos fuerzan a salir de nosotros mismos para satisfacer necesidades.

²⁰ Así lo hace el propio IHERING en el trabajo que acabamos de citar, y en *El fin en el derecho* (1872), trad. esp. ed. He-liasta, Buenos Aires, 1978. Un esbozo de los diferentes intereses que afectan a los negocios de cambio, los contratos onerosos de cesión del uso, los que tienen una pretensión al mantenimiento de una situación jurídica, los de prestación de hacer, etc., puede verse en CARRASCO, Comentario a los artículos 1101 a 1107 (excl. 1103) del CC, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, T. XV, vol. 1º, Edersa, 1989, págs. 386 y ss. Allí

el *pretium commune* a menudo es el que resulta *ex conventione* de la suma acordada²³. Mientras que el *interesse singulare* depende ya de las circunstancias personales del perjudicado, hace referencia a los efectos que esa disminución de valor produce en el patrimonio concreto del lesionado, tomado en su totalidad, aunque se discutí si entre éstas debe tenerse en cuenta el llamado “interés afectivo”²⁴. Parafraseando un ejemplo de **BUSTAMANTE ALSINA**²⁵ consistente en la venta de una cámara frigorífica, podemos decir que el interés *conventum* estaría cifrado sin más en el precio estipulado para la compraventa²⁶; el interés común en la entrega vendría valorado por el importe de reposición de la cámara, incluso si dicho precio hubiere aumentado; y el interés singular consistiría en las pérdidas irrogadas al negocio de venta de helados que tiene el comprador.

En lo sustancial, esta distinción viene a coincidir con la apuntada por **PANTALEÓN**²⁷, quien dentro del concepto de interés como relación sujeto-bien²⁸ separa los subconceptos de interés *objetivo-típico* e interés *subjetivo-histórico*. El primero es lo que un amplio sector doctrinal conoce como el aspecto “estático” o “económico-sustancial” del derecho subjetivo o, en general, de cualquier situación jurídica subjetiva, o sea, el interés de que hablaba **IHERING** cuando definía el derecho subjetivo como “interés jurídicamente protegido”; así, se define como “la relación típica (general, común a todo el que se encuentre en esa situación) existente entre el titular (cualquier titular, abstracción hecha de sus peculiares circunstancias concretas) de un derecho subjetivo o situación jurídica subjetiva

y el bien de la vida objeto del mismo”. El segundo es, por el contrario, la “relación en que un determinado sujeto, atendidas sus peculiares circunstancias concretas, se encuentra con un bien de la vida”. Es un interés “de hecho”, que puede o no coincidir con la existencia de un derecho subjetivo o situación jurídica subjetiva (puede estar o no “jurídicamente protegido”) de su titular respecto del bien de que se trata.

Pues bien, lejos de oscurecer la solución al problema de la autonomía del equivalente pecuario²⁹, ya en esta primera distinción encontramos una base para separar la *aestimatio rei* de la indemnización de daños y perjuicios. El “interés común”, el “valor objetivo”³⁰ no es propiamente “daño”, el crédito para obtenerlo no es de carácter verdaderamente resarcitorio, sino que va dirigido a la prestación misma o a su transformación pecuniaria. Como base para el cálculo de los daños, lo importante es el *interesse singulare*³¹. De esta forma, como señala **WINDSCHEID**³², la prestación de un equivalente pecuario no está implícita en el concepto del *interesse* (del daño), aunque sea un caso especialmente frecuente y particularmente importante. La esencia del daño está en el *interesse singulare*, en tener en cuenta la especialidad de las relaciones en las que se encuentra la persona perjudicada, para reponerle todo lo que la prestación valía para ésta, y no lo que vale para cualquiera; así, llegaríamos a concluir, con dicho autor, que el *interesse* (el auténtico daño) forma el contrapunto del llamado valor real (*Sachwerth, verum rei pretium, vera rei aestimatio*, etc.). Recuérdese la proposición de **MOLINAEUS**, según la cual la *aestimatio* pertinet ad rem, en tanto que el *interesse pertinet ad personam*.

En dicho *interesse singulare*, el que tiene en cuenta la individualidad, la especialidad de la relación, no debe tenerse en cuenta, sin embargo, salvo excepciones, el llamado valor de afección,

²³ COING, *Derecho Privado Europeo*, trad. esp. de A. PÉREZ MARTÍN, Madrid, 1996, t.I, pág. 554.

²⁴ Alciato, *De eo quod interest*, Lugduni, 1537, págs. 503 y ss. WIELING, *Interesse und Privatstrafe vom Mittelalter bis zum bürgerlichen Gesetzbuch*, Köln-Wien, 1970, cap. III.

²⁵ BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1979, pág. 147.

²⁶ Las fuentes hablan innumerables veces del *convenire de pretio*. Así, sobre todo, GAYO, en sus *Instituciones*, III, 139: *emptio et venditio contrahitur cum de pretio convenevit*. Por eso, dirá Gregorio López, glosando la Ley XXIII, Partida V, Tit.V, n.3, que “*dicitur perfecta venditio* (GAYO dirá *contracta*, pues la *perfectio* es categoría más tardía)... *quod conventum est inter partes de re et pretio*”.

²⁷ PANTALEÓN, *Del concepto de daño...*, cit., págs. 2-3 y 620-621.

²⁸ En dicho lugar y obra, se trata de delimitar el concepto de “interés” propio de la Teoría de la Diferencia, en la que se identifica con el daño patrimonial, de aquel otro que se utiliza para designar “la relación existente entre una persona y un bien de la vida, apto para satisfacer una necesidad de aquélla”.

²⁹ Así lo señala CRISTÓBAL MONTES, cuando a propósito de la distinción que nos ocupa, señala que “la configuración del interés como daño en abstracto plantea... una cuestión que ha atormentado a los juristas durante siglos, y es la relativa a la forma en que el valor de la cosa debida (*aestimatio rei*) deberá integrarse en el *id quod interest* que reemplaza a la prestación devenida imposible...” (*El incumplimiento...*, cit. pág. 229). Nuevamente encontramos aquí la opinión, que rebatimos, de que el *id quod interest* reemplaza a la prestación imposible.

³⁰ Así se denomina por PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER en sus notas a ENNECERUS-LEHMAN, cit., pág. 63.

³¹ MOLINAEUS, *Extrictatio Labyrinthi De eo quod interest*, Lugduni, 1555, nº 85.

³² WINDSCHEID, op. cit., §257.

o sea, la particularidad de las “propensiones y disposiciones de ánimo” de la persona³³, o el valor que un bien representa para los sentimientos o ideas puramente individuales de la persona³⁴. Y restringir la función de la *indemnización* a remediar la lesión del *interesse singulare* no necesariamente implica dar entrada indiscriminadamente al valor de afección³⁵, que puede perfectamente quedar fuera de tal indemnización, *secundum iudicem*.

Con su habitual claridad explica ENNECERUS³⁶ lo que queremos decir: no todo resarcimiento del *valor* constituye *indemnización*. Así, ante la pérdida del objeto, algunas veces sólo hay que resarcir el valor que el objeto tenga para todos, el valor común, el *pretium commune*³⁷; pero corrientemente se ha de prestar el interés, o sea la indemnización y, por tanto, el valor que el objeto tenga precisamente para la persona perjudicada, *pretium singulare*, que con frecuencia es superior al valor común.

³³ WINDSCHEID, op. cit., §257.

³⁴ ROCES, notas a FISCHER, *Los daños civiles y su reparación*, Madrid, 1928, pág. 40. Por su parte, VON THUR, *Tratado de las obligaciones*, T. I y II, trad. de ROCES, Madrid, 1934, t. I, pág. 58, conecta el valor de afección con el daño moral, diciendo que el primero está prácticamente excluido del daño patrimonial.

³⁵ Así lo entiende CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento...*, cit., pág. 230, señalando además que ello daría lugar a una gran imprecisión y al trato desigual de situaciones similares en función del juego de valoraciones estrictamente subjetivas. Pero entiendo que se puede distinguir perfectamente entre interés singular y valor de afección. Por lo demás, nuestros tribunales están empezando a dar entrada a dicho valor de afección en numerosos supuestos: por ejemplo, para completar el valor venal de las cosas dañadas sin posibilidad de reparación; muy frecuente, en los daños materiales sufridos por los automóviles en los accidentes de circulación, cuando al existir “siniestro total” el precio de reparación sobrepasa notablemente dicho valor venal, que se completa (según la doctrina, no unánime, pero sí muy extendida en las Audiencias Provinciales) con el llamado “valor de afección”, lesionado al verse obligado el propietario a adquirir un nuevo vehículo, distinto, por muy similar que sea, al que quedó destruido. O en un interesante supuesto de responsabilidad civil derivada del ruido, que contemplaba la SAP Murcia 24 Mayo 1997, donde entre las medidas indemnizatorias por los perjuicios sufridos hasta el momento de la sentencia, se concede junto a la cuantía de la renta hipotética que podría cobrarse por el alquiler de la vivienda que padeció los ruidos, un incremento del 20% en concepto de “precio de afección” por el hecho de que los actores hubieran debido abandonar la casa propia y alquilar otra distinta (vid. LLAMAS POMBO-MACÍAS CASTILLO, “Algunos paradigmas jurisprudenciales de la responsabilidad civil derivada del ruido”, en A.C., 1998, en prensa. Nada se opone, por lo demás, a incluir la lesión de ese valor de afección dentro del daño moral.

³⁶ ENNECERUS-LEHMAN, op. cit., págs. 61-62.

³⁷ Pone aquí como ejemplo la indemnización de Correos por la pérdida de la correspondencia, la indemnización de porteador o fletante, etc.

Según esto, la prestación del equivalente pecuniario está llamada a satisfacer el interés común, el *pretium commune*, o valor que la prestación (sea de dar, de hacer o de no hacer) tiene para todos; mientras que la indemnización de daños y perjuicios ha de atender precisamente al daño, al interés singular del acreedor, al valor o significado que la prestación tiene dentro del patrimonio concreto y específico del acreedor. Dando la vuelta al argumento, y como ha reconocido DELGADO³⁸, cabe afirmar que sólo el *interesse singulare*, el valor peculiar que la prestación tiene para el acreedor puede ser integrado, con coherencia, dentro del *id quod interest*. El propio PANTALEÓN, pese a su ya conocida adscripción a la teoría integral de la indemnización, y su crítica al concepto autónomo del equivalente pecuniario³⁹, coincide en esta misma conclusión (a salvo, claro está, la diferente posición que mantenemos en torno a la calificación del equivalente pecuniario, él como acción de resarcimiento, nosotros como acción de cumplimiento). Así, nos dirá⁴⁰ que las acciones de cumplimiento protegen el interés “objetivo-típico” (el que llamábamos interés común) que está en el derecho de crédito lesionado por el incumplimiento (en forma semejante a como la reivindicatoria protege el interés objetivo-típico del propietario); su fundamento es, simplemente, el incumplimiento objetivo (lesión del derecho de crédito o, mejor, lesión del interés objetivo-típico que el ordenamiento atribuye y protege de esa forma); por ello, nada exonera al deudor de dichas acciones y no es precisa prueba alguna de daños por parte del acreedor, igual que también hay reivindicatoria contra el poseedor de buena fe, y sin necesidad de prueba del daño por parte del propietario reivindicante. En cambio, las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios contractuales, nos sigue diciendo el agudo profesor, protegen el conjunto de “intere-

³⁸ Recuérdesse su oposición al concepto autónomo del equivalente pecuniario. A propósito del argumento que aquí empleamos, señala que desde el punto de vista abstracto, es defendible el planteamiento según el cual la *aestimatio rei* y el *id quod interest* son conceptos y realidades distintas, debiéndose la primera simplemente como consecuencia de la *perpetuatio obligationis*, fruto de la imposibilidad no liberatoria, mientras que el segundo tendría su fundamento en la culpa o el dolo (op. cit., pág. 280). Ciertamente, a continuación sigue sosteniendo que ese planteamiento acabó por no pasar a nuestro Código civil.

³⁹ Hay que tener en cuenta que la posición manifestada ahora en el texto en nada compromete la coherencia de sus argumentos, pues por más que aquí afirme que las acciones de cumplimiento protegen el interés “objetivo-típico”, ello no obsta para mantener, como él mantiene, que sólo la reclamación del cumplimiento en forma específica es acción de cumplimiento, mientras que la pretensión del equivalente pecuniario sale fuera de ese tipo de acciones, para encuadrarse dentro de las acciones de resarcimiento de daños.

⁴⁰ PANTALEÓN, loc. últ. cit.

ses subjetivo-históricos⁴¹ del acreedor ligados a la realización del programa de prestación (en forma paralela a como las acciones de responsabilidad extracontractual protegen los intereses subjetivo-históricos de los sujetos no-acreedores); su fundamento es el incumplimiento *dañoso* no atribuible a caso fortuito, esto es, las lesiones de los intereses subjetivo-históricos (cada una de las cuales es daño) derivadas del incumplimiento no fortuito; por ello, la prueba del caso exonera al deudor y el acreedor debe, inexcusablemente, probar el daño (también aquí en cierto paralelo, aunque con diferencias importantes derivadas de la diversidad de fuente, con las acciones de responsabilidad aquiliana).

4.- *Interesse circa rem y extra rem*

Otra extendidísima distinción, que tiene su base en D.19.1.21.3, de Paulo⁴², y enlaza perfectamente con lo anterior, separa el *interesse circa rem* o *intrinsecum*, del *interesse extra rem* o *extrinsecum*. El primero hace referencia a los daños inmediatos (daño en una cosa, su disminución de valor, su pérdida), que dependen exclusivamente del incumplimiento como tal, de la falta de prestación, cuyo valor ha de estimarse considerándola en sí y por sí (*quantum ea res erit*)⁴³; son los *damni et interesse, propter ipsam rem non habitam* de los que habla POTHIER⁴⁴, que son aquellos que hacen referencia a la cosa misma objeto de la obligación. Y el segundo a los mediatos, o sea, a otros efectos en el patrimonio del perjudicado⁴⁵, el daño ulterior sufrido por el acreedor en sus otros bienes⁴⁶, a consecuencia del incumplimiento en concurso con otras circunstancias y factores⁴⁷, incluido,

⁴¹ Estos ya sí pueden ser patrimoniales o no patrimoniales, mientras que la patrimonialidad del interés objetivo-típico es consustancial al concepto de obligación.

⁴² *Quum per venditorem steterit, quominus rem tradat, omnis utilitas emtoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit. Neque enim, si potuit ex vino, puta, negotiari et lucrum facere, id aestimandum est, non magis, quam si triticum emerit, et ob eam rem, quod non sit traditum, familia eius fame laboraverit; nam pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur...*

⁴³ PACCHIONI, G., *Diritto Civile Italiano*, Parte 2ª, vol. 2º, Cedam, Padova, 1939, pág. 235.

⁴⁴ POTHIER, *Traité des Obligations*, Oeuvres, París, 1825, nº 161.

⁴⁵ Nos dirán MANZIUS-MARTINI (*Opus absolutissimum de eo, quod interest*, Ingolstadii, 1705, II, nº 2 y 7) que el *interesse circa rem* es *utilitas ipsius rei, eius fructuum, augmenti et accessionis, mientras el extra rem comprende la utilitas quae rei accedit per accidens, hoc est ex mora et culpa debitoris statuto tempore debitum non solventis*.

⁴⁶ POTHIER, loc. cit.

⁴⁷ PACCHIONI, loc. cit.



claro está, el lucro cesante⁴⁸. El establecimiento de ambas categorías no es, por tanto, y como vemos, una creación precisamente original de NEUNER, sino que el mismo más bien se basó en

⁴⁸ La distinción se encuentra en BARTOLO, *In Secundam Digesti novi partem Commentaria*, Augustae Taurinorum, 1574, nº 13 y ss.; ALCIATO, *De eo quod interest*, Lugduni, 1537, pág. 521; HERMOSILLA, *Notae, Additiones et Resolutiones ad Glossas legum Partitarum D. Gregorii Lopetii*, I y II, Colonia, 1751, págs. 130 y ss.; CASTILLO DE SOTOMAYOR, J., *Quotidianarum Controversiarum Iuris Liber Secundus*, Cap. I, *De lucro cessante et damno emergente*, Lugduni, 1658, nº 24-26; DOMAT, op. cit., III, V, II, nº 6; POTHIER, op. cit., nº 160-163, donde entre otros ejemplos, contempla el famosísimo del caballo vendido a un canónigo, que no es entregado a tiempo, por lo que éste no puede llegar a cumplir sus obligaciones y obtener sus beneficios. Sobre la distinción entre daños mediatos e inmediatos, y su valor dentro del Derecho de daños, además de la obra ya citada de NEUNER, puede verse MEDICUS, *Unmittelbarer und mittelbarer Schaden*, Heidelberg-Karlsruhe, 1977.



el mismo para formular la llamada “concepción articulada del daño”⁴⁹.

⁴⁹ Tal denominación, según nos dice PANTALEÓN (*Del concepto de daño...*, cit., pág. 321, nota 2), se debe a LARENZ, “Die Notwendigkeit eines gegliederten Schadensbegriff”, *VersR* 1963, págs. 1 y ss., donde éste se adhirió a las tesis formuladas por NEUNER en su famoso trabajo “Interesse und Vermögensschaden”, en *Archiv für die Civilistische Praxis*, 133 (1931), págs. 277 y ss. En el mismo, que fue minuciosamente estudiado por PANTALEÓN en su referida tesis doctoral (págs. 331 y ss.), Neuner realizó una detenida crítica del llamado concepto “diferencial” del daño, e introdujo una nueva concepción de éste, basada en la distinción entre daño “inmediato o directo” (la lesión del derecho subjetivo, bien jurídico o interés jurídicamente protegido, en sí) y daño “mediato o indirecto” (todas las ulteriores consecuencias dañosas que produce aquella lesión en el patrimonio del dañado). Mientras la valoración del primero se hace según módulos objetivos (valor común o de mercado del bien objeto de la situación jurídica subjetiva lesionada), la del segundo se hace mediante un cómputo diferencial entre estados o situaciones patrimoniales globales.

Dicha distinción tuvo en el Derecho común una enorme importancia, en la medida en que la naturaleza intrínseca o extrínseca del daño (curso causal) servía para determinar el límite del resarcimiento⁵⁰, a diferencia de lo que sucede en nuestro CC, donde ambas cosas aparecen separadas, por una parte el curso causal de los acontecimientos que han de imputarse a la conducta del deudor (artículo 1107), y por otra, el alcance del daño resarcible (artículo 1106)⁵¹.

Precisamente por este motivo, no debe ser confundida la distinción entre interés *circa rem* y *extra rem* (que sustenta a su vez la dicotomía daño intrínseco-daño extrínseco), con aquella otra que separa el daño inmediato o directo (el que es consecuencia inmediata y directa del incumplimiento obligacional), del daño mediato o indirecto (el que es consecuencia mediata de dicho incumplimiento)⁵². Y ello porque mientras la distinción que aquí nos ocupa hace efectiva referencia a los intereses que pone en juego el acreedor, según se centren en la prestación

De forma que el concepto “diferencial” del daño, en su día formulado por MOMMSEY y generalmente admitido, como vimos, sirve para el llamado daño mediato o indirecto, pero no para el daño inmediato o directo.

⁵⁰ Sobre la base de los textos de JUSTINIANO, tendentes a limitar el resarcimiento, como hemos visto más arriba, MOLINAEUS construye el alcance de la responsabilidad tomando como punto de partida los daños previsibles al contratar, de manera que los daños *extra rem* sólo podían tenerse en cuenta muy excepcionalmente, cuando en el acuerdo de voluntades se hubiera dado cabida al objetivo especial perseguido por el acreedor (op. cit., nº 60), y en tal caso se aplican los límites que ya vimos de C.7.47.1. Vid. Coing, op. cit., I, págs. 556-557. Por lo demás, también en este punto es muy clara la influencia de DUMOULIN en el pensamiento de POTHIER, que acoge ese mismo criterio de la previsibilidad en su *Traité...*, cit., nº 160. Influencia a la que no es ajeno tampoco PANTALEÓN, en su *Sistema de responsabilidad contractual*, cit.

⁵¹ CARRASCO, *Comentarios...*, cit., t. XV, vol. 1º, pág. 667.

⁵² A partir de POTHIER, es normal en la doctrina moderna utilizar indistintamente las expresiones “inmediato” y “directo”, así como las de “mediato” e “indirecto”. No obstante, en un intento de precisar el lenguaje, YZQUIERDO TOLSADA (*Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, vol. I, Reus, Madrid, 1993, pág. 194) prefiere reservar la terminología inmediato-mediato para la distinción a que nos referimos en el texto; y utilizar la expresión “daño indirecto” para designar el que comúnmente se viene conociendo como “daño moral impropio”, es decir, el que recayendo sobre bienes extrapatrimoniales (la reputación o el prestigio de un abogado, por ejemplo), se traduce de manera indirecta (no “mediata”, como dice YZQUIERDO, pues entonces se da al traste con su propia opción terminológica) en un daño patrimonial (la pérdida de clientela seguida de aquella lesión en la reputación). En relación con la terminología “daño mediato-inmediato” y sus diversos significados, es muy ilustrativo el breve trabajo de MEDICUS, que ya hemos citado, *Unmittelbarer und mittelbarer Schaden*, Heidelberg-Karlsruhe, 1977. Y sobre la necesidad de no confundir ambas distinciones, PANTALEÓN, *Del concepto de daño...*, cit., págs. 332 y 438 y ss., y la bibliografía allí citada.

misma, o en ulteriores bienes y valores patrimoniales o extrapatrimoniales, la que separa daño mediato e inmediato en realidad no tiene que ver con la esencia de los daños sino con la relación de causalidad⁵³; se trata de un criterio distintivo, en efecto, que atiende a la cercanía-lejanía metafísica existente entre el incumplimiento y el daño⁵⁴. Y ello ninguna utilidad tiene a los

⁵³ Así lo intuye YZQUIERDO TOLSADA, op. cit., pág. 187.

⁵⁴ En efecto, los códigos latinos, a diferencia del BGB, establecen una clara distinción en materia de causalidad (como es bien sabido, PANTALEÓN ha conectado la cuestión directamente con la imputación objetiva del daño), a fin de excluir los daños indirectos (o mediatos, si se prefiere) del quantum del daño resarcible. El rastro histórico de todo ello está bastante claro:

- MOLINAEUS, *De eo quod interest*, cit., nº 179, en relación con los daños dolosos causados por el arrendatario de una casa: *“Et adhuc in doloso intellegitur venire omne detrimentum tunc et proxime secutum, non autem damnum postea succedens ex novo casu, etiam occasione dictae combustionis, sine qua non contigisset; quia istud est damnum remotum, quod non est in consideratione”*.

- POTHIER, *TRAITÉ...*, cit., nº 167: *“A l’égard des autres dommages que j’ai soufferts, qui sont une suite plus éloignée et plus indirecte du dol de mon débiteur, en sera-t-il tenu? (después de haber señalado en el nº 166 que el deudor doloso responde indistintamente de todos los daños, no solamente aquellos sufridos en relación con la cosa objeto del contrato, propter rem ipsam, sino todos los sufridos en mis otros bienes)... La règle qui me paroît devoir être suivie en ces cas, est qu’on en doit pas comprendre dans les dommages et intérêts dont un débiteur est tenu pour raison de son dol, ceux qui non seulement n’en sont qu’une suite éloignée, mais qui n’en sont pas une suite nécessaire, et qui peuvent avoir d’autres causes”*. Obsérvese cómo en dichos textos de POTHIER queda perfectamente clara la diferencia entre la distinción que en este epígrafe nos ocupa (daño circa rem y extra rem), y aquella otra a la que nos referimos precisamente en esta nota, atinente a la proximidad causal de los daños en relación con el incumplimiento que los motivó.

- Artículo 1151 del *Code français* (del que era copia idéntica el 1229 del CC italiano de 1865): *“Dans le cas même ou l’inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts en doivent comprendre à l’égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l’inexécution de la convention”*.

- Artículo 1223 del CC italiano de 1942: *“Il risarcimento del danno per l’inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta”*.

- Lamentablemente no es tan claro el artículo 1107 del CC español, lo que ha dado lugar a numerosas interpretaciones. Algunas de ellas ya fueron comentadas páginas atrás. Pero estos antecedentes obligan, indudablemente, a interpretar los daños “que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación” como aquellos “que sean consecuencia inmediata y directa” de la falta de cumplimiento. La cuestión, como quedó dicho, ha sido objeto de estudio por PANTALEÓN, *El concepto de daño...*, cit., págs. 438 y ss., nota nº 12; *idem*, “El sistema de responsabilidad contractual. (Materiales para un debate)”, en A.D.C. 1991. págs. 1023 y ss.; y también en el inédito trabajo de LEÓN GONZÁLEZ, *Gravedad de la culpa y extensión del resarcimiento*.

efectos de distinguir equivalente pecuniario de indemnización. El incumplimiento del deudor puede causar *directa e inmediatamente* daños tanto al interés *circa rem* del acreedor como a su interés *extra rem*; y aunque probablemente el llamado daño indirecto quizá incida casi siempre sobre dicho interés *extra rem*, lo cierto es que nada impide que recaiga sobre el otro. En suma, no nos interesa aquí especialmente la distinción daño directo-indirecto, en el sentido causal respecto del incumplimiento, sino la referida al interés *circa rem* o *extra rem* afectado por dicho incumplimiento

Pero centrándonos en nuestro tema, lo destacable es que en la distinción entre interés *circa rem* y *extra rem* sí se encuentra la base fundamental de la autonomía entre *aestimatio rei* e *id quod interest*. Una y otra satisfacen intereses distintos; mientras la primera atiende a reponer el interés circa rem, la otra resarce el daño ulteriormente irrogado al (integral) patrimonio del acreedor, o a sus bienes y derechos. No otra cosa tiene *in mente* el legislador cuando menciona el “precio de la cosa” en los artículos 1136, 1147, 1150, 1745 y 1185 del CC⁵⁵: es evidente que en tales preceptos se está refiriendo al interés intrínseco. Si tomamos como ejemplo el artículo 1147 párrafo 2º del CC, tenemos que el “precio” se refiere al interés intrínseco, y la “indemnización” al extrínseco.

El interés intrínseco es el mismo que DELGADO llama daño *in re ipsa*, o sea, el daño mínimo que “necesariamente” se produce para el acreedor, por el mero hecho de no recibir la prestación que le es debida, la primera partida en la liquidación de daños contractuales⁵⁶. Pero frente a esa idea cabe hacer dos importantes objeciones:

En primer lugar, como ha puesto de relieve CARRASCO⁵⁷, se deben atajar aquellas consideraciones doctrinales que tratan de ver una diferencia entre el *daño incontrovertible* y un daño ulterior, con objeto de eximir en el primero de prueba del daño y de la culpa⁵⁸.

Y en segundo término, parece claro que no hay ninguna razón para mezclar esa partida, el

⁵⁵ Vid. supra epígrafe 1.2.

⁵⁶ DELGADO, op. cit., págs. 200 y 281-282. También sigue esta opinión CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento...*, cit., págs. 235-236.

⁵⁷ CARRASCO, *Comentarios...*, cit., t.XV, vol. 1º, pág. 674.

⁵⁸ PINTÓ RUIZ, “Incumplimiento de las obligaciones civiles”, en R. J. Cat., 1964, *passim*.

daño *in re ipsa*, con el auténtico daño, el verdadero perjuicio a los bienes vitales, derechos, patrimonio e incluso expectativas del acreedor, de valoración siempre mucho más difícil (pensemos, por ejemplo, en el resarcimiento de los daños futuros, hoy tan en boga en los tribunales⁵⁹). Como dice Carrasco, “no es nunca daño la no-prestación considerada como tal, la ausencia del deber de entrega, de cumplimiento en general. La no prestación sitúa al acreedor en la posibilidad de reclamarla por medio de la acción de cumplimiento, no de daños. Si no se entrega el aceite vendido, el aceite en cuanto tal no es una partida del lucro cesante, sino la prestación debida; lucro cesante es la impedida reventa del mismo”⁶⁰. Y digo yo: no es lucro cesante (y por tanto no es daño) ni el aceite en cuanto tal, ni su mero equivalente pecuniario, cuya prestación no es más que una forma subsidiaria de *cumplimiento* de la obligación.

5.- Interés positivo e interés negativo

A partir de IHERING⁶¹ se viene distinguiendo doctrinalmente entre dos intereses lesionables contractualmente⁶²:

- El llamado *interés positivo o de cumplimiento* (*Erfüllungsinteresse*), que alude a la valoración económica de la utilidad que ofrece la prestación para el acreedor, el interés a todo lo que tendría si el negocio fuese plenamente válido y cumplido. Aquí se compara la situación de incumplimiento con la situación en que el acreedor se encontraría si se hubiera producido el cumplimiento en tiempo y forma, sin defec-

tos⁶³. Por eso, también se denomina *interesse post contractum*.

- El denominado *interés negativo o de confianza* (*Vertraueninteresse*), que designa el coste de no recibir tal utilidad, los gastos contractuales frustrados, la pérdida de expectativas que se abandonaron al optar por la celebración de un contrato que luego ha resultado fallido. La situación de incumplimiento se compara entonces con la que tendría el acreedor si no hubiera celebrado el contrato, lo que motiva también la denominación *interesse ante contractum*⁶⁴.

Si compré un vehículo “todo-terreno” que continuamente sufre averías de larga y costosa reparación, mi interés positivo reside en “tener un todo-terreno en funcionamiento”, por lo que la satisfacción del mismo sólo puede realizarse si se me entrega un vehículo nuevo, de idéntico modelo, o se me repara definitiva y correctamente. Sin embargo, mi interés negativo se concreta en no tener un “vehículo-problema”, en haberme podido gastar esa (única) suma de dinero en la compra de otro modelo de las mismas características y “segmento de

⁵⁹ Sobre daño futuro, y sus diferencias respecto del daño *so-brevenido*, vid. VALENTE, op. cit., págs. 115 y ss.; SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, Madrid, 1981, págs. 290 y ss. y 874 y ss.; DE CUPIS, *El daño...*, cit., pág. 320; DE ANGEL YAGÜEZ, *Tratado...*, cit., págs. 944 y ss.; BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1979, pág. 147. ZANNONI, *El daño en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1987, págs. 67 y ss.; MOISSET DE ESPANES, “La reparación de los daños continuados o permanentes”, en *Responsabilidad por daños, libro homenaje a Bustamante Alsina*, I, Buenos Aires, 1990, págs. 101 y ss.; CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento...*, cit., págs. 237-238; YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad...*, cit., págs. 183 y ss.

⁶⁰ CARRASCO, *Comentarios...*, cit., t. XV, vol. 1º, pág. 676.

⁶¹ IHERING, *De la culpa in contrahendo ou des dommages-interdi dans les conventions nulles ou restées imparfaites. Oeuvres divisées*, trad. franc. O. DE MEULENAERE, 1893, t. II, págs. 1 y ss.

⁶² La distinción se ha convertido en clásica en la doctrina alemana (por todos, ENNECERUS-LEHMAN, op. cit., pág. 63; LARENZ, *Derecho de obligaciones*, cit., págs. 195 y ss.; KELLER, M., *Das negative Interesse im Verhältnis zum positiven Interesse*, 1948; RENGIER, *Die Abgrenzung des positiven Interesses vom negativen Vertragsinteresse*, 1977; WIEDEMANN, “Thesen zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung”, en

Libro Homenaje a Hübner, 1984, págs. 719 y ss.; MEDICUS, op. cit., pág. 306), y también en la inglesa como veremos. Sin embargo, su asunción por la doctrina española es mucho más reciente. Puede verse, entre otros, en CARRASCO, *Comentarios...*, cit., t. XV, vol. 1º, págs. 389-392; DELGADO, op. cit., págs. 279 y ss.; ESPINAR LAFUENTE, F., “Resolución e indemnización en las obligaciones recíprocas”, en *Estudios de Derecho civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*, vol. II, Ed. Univ. Navarra, Pamplona, 1969, págs. 144-146; MANZANARES, “La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares”, en A.D.C., 1984, págs. 716 y ss., donde se realiza un magnífico estudio de sus antecedentes históricos y evolución, siguiendo la huella de ALONSO PÉREZ, “La responsabilidad precontractual” en R. C. D. I., 1971; ASUA GONZÁLEZ, C.I., *La culpa in contrahendo (tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, Bilbao, 1989, págs. 259 y ss.; Yzquierdo, op. cit., págs. 195-196.

⁶³ Vid. BETTI, *Cours de Droit Civil Comparé des Obligations*, Giuffrè, Milán, 1958, págs. 98 y ss.

⁶⁴ Por esta razón, comparativa con la situación que habría derivado de la no realización del contrato, el estudio del interés de confianza o interés negativo se ha convertido de algo inexcusable para la comprensión de la responsabilidad contractual. La violación de la denominada “buena fe precontractual” (LARENZ, *Derecho de obligaciones*, cit., pág. 105; ALONSO PÉREZ, “La responsabilidad precontractual” en R. C. D. I., 1971, pág. 869) incide directamente en la lesión del interés negativo o de confianza, como ponen de relieve MANZANARES, A., op. cit., pág. 709 y ASUA GONZALEZ, loc. cit. Y como tal lesión se recoge en el §307 del BGB: “Quien en el momento de la conclusión de un contrato que está dirigido a una prestación imposible, conoce o debe conocer la imposibilidad de la prestación, está obligado a la indemnización del *daño que la otra parte sufra por la circunstancia de que confía en la validez del contrato*, no sobrepasando sin embargo la suma del interés que la otra parte tiene en la validez del contrato”.

mercado”, pero de distinta marca⁶⁵. A menudo se han visto como intereses alternativos o excluyentes, pero evidentemente no es así. Es legítimo pretender y aspirar a la obtención de la prestación, y también a no sufrir la lesión del interés negativo. Lo que sucede es que, a veces, se satisfacen ambos a la vez, porque pueden llegar a confundirse.

La distinción, cuyo origen se remonta al Derecho romano⁶⁶, no debe confundirse con la clasificación daño emergente-lucro cesante, pues ambos intereses, el de cumplimiento y el de confianza pueden comprender tanto el daño emergente como el lucro cesante⁶⁷. Y por otra parte, es muy similar a la que contemplaron en

⁶⁵ El BGB contempla la distinción con toda claridad en los párrafos 1 y 2 del parágrafo 179, como pone de relieve MEDICUS (loc. cit.): el párrafo primero concede a la parte contratante del representante sin poder de representación, de manera electiva, o el cumplimiento, o el resarcimiento de los daños, que debe ser el resarcimiento de los daños “a causa del incumplimiento”, porque con él se sustituye al cumplimiento. Contrariamente, el contratante, con arreglo al párrafo segundo, sólo puede pedir el resarcimiento de los daños que ha sufrido por su confianza en la existencia del poder de representación, es decir, *los daños en la confianza o interés negativo*.

⁶⁶ D. 18.1.62.1, de Modestino: *Qui nesciens loca sacra, vel religiosa, vel publica pro privatis comparaverit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur, quod interfuit eius, an deciperetur. O sea, pese a la ineficacia de la compraventa de res extra commercium, se faculta al comprador para ejercitar la acción de compra, para que consiga lo que le importaba no ser engañado, lo que corresponde por el engaño, por defraudar la confianza depositada. Vid. también, en caso de venta de herencia inexistente, l. 3.23.5. Obsérvese cómo nuevamente aparece aquí latente el origen etimológico de la palabra “interés”, al que ya nos hemos referido. En la fórmula de Modestino se emplea la forma *interfuit*, de *intersum* (*interfui*, *inter-esse*, estar en medio de, diferencia entre esto y lo otro, *quod inter est*) y no de *interest* (verbo impersonal, que equivale a importar algo por su utilidad o provecho) como decíamos páginas atrás, teniendo en cuenta que este segundo es el significado etimológico que el Diccionario de la RAE da a la palabra “interés”. Por lo tanto, no se refiere el texto del Digesto a lo que interesaba en términos generales, sino que trata de que el comprador adquiriera o consiga por la *actio ex emptio* “aquello que le correspondería, de no haber sido engañado”, la diferencia entre la situación normal, y la que motivó el engaño. Es más: *deceptio*, *deciperetur* (de ahí, *deceptus*, decepcionado, decepción) significa engañar, pero, sobre todo, defraudar las esperanzas, frustrar las expectativas.*

⁶⁷ En ENNECERUS-LEHMAN podemos encontrar el siguiente ejemplo para demostrarlo: si el arrendatario ha impugnado el contrato de arrendamiento por causa de error, el arrendador puede exigir a título de interés de confianza tanto el resarcimiento de los gastos especiales que tuvo que hacer a consecuencia del contrato (daño positivo o emergente) como también el resarcimiento de la ganancia que hubiera podido obtener, de haber conocido la ineficacia del contrato, mediante otro arrendamiento (lucro cesante) (op. cit., pág. 63).

la doctrina norteamericana FULLER-PERDUE⁶⁸, y que puede ayudarnos a comprenderlo mejor, entre:

- Interés dirigido a la restitución (*restitution interest*): El demandante ha entregado algo de valor sustancial al demandado por haber confiado en la promesa de éste. Si el demandado no realiza la prestación prometida, el Tribunal puede obligarle a la devolución del valor recibido del demandante. Se trata, dicen, sencillamente, de evitar el enriquecimiento injusto.

- Interés a la protección de la confianza (*reliance interest*): En este caso, el demandante ha cambiado su posición o situación precisamente por la confianza que le inspira la promesa del demandado, y por eso hay que reconocerle el derecho al resarcimiento del perjuicio que sufrido al confiar en la promesa del demandado, lo que se logra tratando de colocarle en una situación tan favorable como la que tenía antes de que le fuera hecha la promesa. El *reliance interest* viene a coincidir claramente con el que hemos denominado interés negativo o de confianza.

- Interés dirigido a obtener la prestación prometida (*expectation interest*): Cabe tratar de conceder al demandante el valor de lo que esperaba obtener como resultado de la promesa, y a dicho objeto, dar lugar a una acción dirigida a obtener el cumplimiento específico de lo prometido, en el sentido de obligar al demandado a que realice la prestación que prometió al demandante, o a que pague en dinero el valor de esta prestación. Este *expectation interest* viene a coincidir con el interés positivo o de cumplimiento.

En el incumplimiento de contratos sinalagmáticos, la distinción tiene importantes consecuencias a efectos resolutorios. Según el artículo 1124 del CC, tanto la resolución del contrato como la exigencia de su cumplimiento pueden venir acompañadas de la indemnización de daños y perjuicios. Lo que sucede es que dicha indemnización no tiene por qué ser la misma en el caso de resolución contractual que cuando el contratante-cumplidor opta por exigir el cumplimiento de la contraprestación.

⁶⁸ FULLER-PERDUE, *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza*, trad. y com. de PUIG BRUTAU, Bosch, Barcelona, 1957, págs. 9 y ss., 50 y ss. También en su decisivo artículo “Reliance Interest and Contract Damages”, en *Yale L.J.*, 46 (1936), págs. 573 y ss. Sobre esta distinción, puede verse también, más recientemente, con buenos ejemplos, CLARK, R., *Contract*, Londres, 1982, págs. 220-221.

Parece evidente que la resolución del contrato, en cuanto tiende a lograr una reposición causal *ante contractum*, cubre el interés negativo del contratante insatisfecho⁶⁹; por ese motivo, cierta doctrina sostiene, con buena lógica, que cuando éste opta por tal resolución, la indemnización no puede dirigirse a satisfacer el interés de cumplimiento frustrado, sino únicamente los daños sufridos en el interés de confianza depositada en un contrato que resulta finalmente fallido por culpa del deudor (gastos realizados con motivo del contrato, obligaciones cumplidas con otras personas, tasas, honorarios, etc.)⁷⁰. Sin embargo, ciertamente la jurisprudencia concede en casos de ejercicio de la acción resolutoria, y por vía indemnizatoria, la cifra de utilidad que le hubiera proporcionado un cumplimiento correcto, o sea, el interés positivo⁷¹. Pero en estos casos, como pone de relieve **CARRASCO**, en realidad estamos en presencia de una “resolución impropia”, en la que, bajo la calificación resolutoria, se esconde una auténtica acción de cumplimiento por equivalente⁷². No es, por tanto, que el TS ampare a quien, además de optar por la resolución contractual, reclame la indemnización de un interés patrimonial derivado del derecho a que el contrato se cumpla, lo cual supondría un verdadero contrasentido lógico, pues a tal derecho “renuncia” implícitamente del demandante en el momento que reclama la resolución⁷³. En suma, quien resuelve, deja a un lado su interés positivo, y centra todos sus remedios (la resolución y también la indemnización) en el interés negativo.

Pues bien, no hace falta profundizar demasiado en esta distinción, unánimemente admitida, para comprender que la prestación del equivalente pecuniario y la indemnización de daños y perjuicios satisfacen intereses distintos. Salta a la vista que la prestación de la *aestimatio rei* sólo es hábil para dar satisfacción al interés po-

sitivo⁷⁴; el equivalente pecuniario de la prestación incumplida sirve únicamente para cubrir la *utilitas* que tal prestación representaba en el patrimonio y expectativas del acreedor. Por el contrario, la cobertura del interés negativo (es decir, los daños y perjuicios derivados de la celebración misma de ese contrato fallido, abandonando otras alternativas contractuales y soportando costes y previsiones) exclusivamente puede obtenerse con la indemnización.

Colocándonos en el supuesto de imposibilidad-inidoneidad de la prestación, se ha dicho que si aquélla es imputable al deudor, “el interés originario del acreedor (o sea, entiendo que el interés positivo) pasa a ser una especie de “interés negativo” en cuanto su quebranto supone la producción de un daño y la aparición del consiguiente derecho a su reparación”⁷⁵. Sin embargo, la cuestión no resulta tan simple: por más que la prestación haya devenido imposible, el interés de cumplimiento seguirá siendo tal, y difícilmente puede convertirse en interés de confianza o negativo, pues ontológicamente son cosas distintas. Lo que sucede, más bien, es que *como consecuencia* de la imposibilidad, además de frustrarse el interés positivo (que seguirá existiendo como tal), *se lesiona también* (o puede lesionarse, pues no necesariamente sucederá siempre) el interés negativo. Y por ese motivo (y no otro) *nace* la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, reponiendo ese interés negativo. Pero con tal indemnización no forzosamente se satisface el interés positivo, que sólo puede suplir la prestación de un equivalente pecuniario.

Por otra parte, y también para dicho supuesto de imposibilidad sobrevenida, concretamente en las obligaciones de dar, ha señalado **CARRASCO** que “no tiene materialmente sentido preguntarse si el acreedor ha decidido pedir el cumplimiento en la vía de acción por equivalente (interés positivo) o si entiende resuelta la obligación, con la acción por el interés de confianza. La obligación se halla materialmente resuelta, y el acreedor pedirá el mayor valor que

⁶⁹ ESPINAR, “Resolución e indemnización en las obligaciones recíprocas”, en *Estudios de Derecho civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*, vol. II, Ed. Univ. Navarra, Pamplona, 1969, pág. 144.

⁷⁰ La cuestión, tratada en sendos comentarios de SSTs por DELGADO (C.C.J.C., 9, nº 236 y 11, nº 296) y JORDANO (C.C.J.C., 15, nº 401), y por YZQUIERDO, op. cit., pág. 195, se examina con todo detenimiento en CARRASCO, *Comentarios...*, cit., t. XV, vol. 1º, págs. 389-390.

⁷¹ Menciona CARRASCO las SSTs 16 mayo 1959, 17 marzo 1964, 3 octubre 1985 y 31 octubre 1988. Vid. ESPINAR, loc. cit.

⁷² CARRASCO, loc. cit., donde añade: “el acreedor puede optar materialmente por solicitar en estos casos un interés de cumplimiento o pedir que se le indemnice el interés de confianza, una opción que no queda alterada por la calificación técnica que se le haya dado a la acción”.

⁷³ YZQUIERDO, loc. cit.

⁷⁴ BETTI, *Cours...*, cit., pág. 100. Dice VERDERA SERVER que la distinción entre interés contractual positivo o de cumplimiento e interés contractual negativo o de confianza, “se suele limitar al ámbito indemnizatorio y no acostumbra a plantearse respecto de la tutela satisfactoria, donde siempre el resarcimiento toma como parámetro el interés contractual positivo” (op. cit., pág. 207, nota 21).

⁷⁵ CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento...*, cit., pág. 229, quien de dicha afirmación concluye que en tal caso la obligación no se extingue “sino que se transforma en la obligación de resarcir el daño”, en una clara concepción omnicomprensiva del *id quod interest*.

la cosa tenga al día de la sentencia o al día del incumplimiento”⁷⁶. Afirmación que, en principio, cabría oponer a la correlación que hemos establecido entre *aestimatio*-interés positivo e *id quod interest*-interés negativo, al menos en los casos de imposibilidad a que nos estamos refiriendo. Sin embargo, ello sólo es sostenible si se equipara interés de confianza con pretensión resolutoria. Precisamente donde viene a cobrar su pleno sentido y utilidad la prestación del equivalente pecuniario es en la satisfacción de ese interés positivo que, de otra manera, quedaría definitiva e irremediadamente frustrado. Y por otro lado, nada impide que, además de obtener tal satisfacción por medio del precio de la cosa al día de la sentencia o al día del incumplimiento (de la causa imposibilitante, diríamos mejor), el acreedor pueda exigir legítimamente la indemnización de aquellos “otros” daños y perjuicios que, en la órbita de su interés negativo, haya ocasionado la imposibilidad.

6.- Interés genérico e interés específico

Por último, también se ha distinguido entre un *interés específico* del acreedor en el comportamiento del deudor, en la medida en que tal interés resulte jurídicamente relevante, dado que como substrato de la relación obligacional ese interés se identifica con la actuación del deudor; y un *interés genérico* en la obtención del resultado, con independencia de que sea el deudor o una tercera persona quien efectivamente realiza la prestación⁷⁷. Así, se dice que la satisfacción del interés genérico por la vía del cumplimiento de un tercero o de la ejecución forzosa, no siempre conlleva también la satisfacción del interés específico, que sólo se consigue a través de la actividad del propio deudor.

Mayor interés tiene aquí una distinción entre interés genérico y específico, cuando se aborda desde otro punto de vista, según el cual la utilidad o interés del acreedor puede satisfacerse ora directamente con la obtención de la prestación debida (interés específico), ora mediante la recepción de su equivalente pecuniario (interés genérico)⁷⁸.

Esta idea, no se nos oculta, debe tomarse con toda precaución y en sus justos términos, pues llevada a las últimas consecuencias, podría llegar a minar el propio concepto de obligación. Ambos intereses no se pueden entender en términos de igualdad, fungibilidad o alternatividad, sino de subsidiariedad; y entonces la distinción cobra pleno significado. Me explico: El objeto y finalidad de la relación obligatoria es, naturalmente, obtener la prestación del deudor, y no otros; por eso, cuando el deudor incumple voluntariamente y la ejecución forzosa es posible, se acude preferentemente a este remedio y no a otro (artículos 1086, 1098 y 1099, para las obligaciones de dar, hacer y no hacer, respectivamente). Sin embargo, y dada una situación que imposibilita materialmente alcanzar tal resultado, el ordenamiento jurídico tiene que establecer un mecanismo que, al menos, satisfaga la utilidad del acreedor de manera genérica; el acreedor, se dice⁷⁹, “tiene que conformarse” con la satisfacción de esa utilidad genérica.

Por eso, cierta doctrina⁸⁰ ha destacado, con agudeza, la existencia del llamado “fin típico del crédito”, que sólo se alcanza mediante el cumplimiento del deber de prestación, ya lo verifique el deudor, ya un tercero, se produzca voluntariamente o a través de la ejecución forzosa. Y junto a ese fin típico, se contrapone el “fin subsidiario del crédito”, consistente en impedir que una transgresión por el deudor del deber tendente a la prestación quede desprovista de sanción, y cuya consecución se efectúa median-

TAPIA FERNÁNDEZ, *Las condenas no pecuniarias. (Ejecución de sentencias de dar, hacer o no hacer)*, Facultad de Derecho, Palma de Mallorca, 1984, págs. 47 y ss.; Verdera, op. cit., págs. 202 y ss.). A mi juicio, dicho criterio distintivo viene a coincidir con la separación entre interés de cumplimiento e interés de indemnidad del acreedor. Cuando la ejecución forzosa satisface el interés de cumplimiento, mediante la realización (forzosa) de la prestación debida, sea mediante la compulsión del deudor a la entrega, sea mediante la realización por un tercero de la prestación “a costa” del deudor, dicha ejecución se denominaría específica. Por el contrario, cuando la ejecución se limita a proteger el derecho del acreedor a no sufrir daños a consecuencia del incumplimiento, o sea, a indemnizar, se denomina ejecución genérica. Pero dicho criterio distintivo poco tiene que ver –salvo en su terminología, que resulta, por tanto, equívoca– con el que aquí nos ocupa, que trata de diferenciar las distintas formas (específica o genérica) a través de las cuales puede el acreedor satisfacer su interés de cumplimiento.

⁷⁹ VERDERA, loc cit.

⁸⁰ HERNÁNDEZ GIL, A. *Derecho de obligaciones*, cit., págs. 74 y ss.; MARTÍNEZ CALCERRADA, L., “Cumplimiento defectuoso de la prestación. (Su inclusión en la ‘contravención’ o cuarta causa del artículo 1101 del Código civil)”, en R.C.D.I., 1976, II, págs. 1339-1340. La conexión lógica que existe entre la distinción interés genérico-específico y la que ahora mencionamos, ya ha sido puesta de relieve por VERDERA, loc. cit.

⁷⁶ CARRASCO, *Comentarios...*, cit., t.XV, vol. 1º, págs. 390-391.

⁷⁷ GIORGIANNI, *L’obbligazione (La parte generale delle obbligazioni)*, I, Giuffrè, Milán, 1968, págs. 205 y 226 y ss.; Verdera, op. cit., págs. 206-208.

⁷⁸ Absolutamente distinto de lo que aquí mencionamos, es la distinción entre *ejecución forzosa específica* y *ejecución forzosa genérica*, la cual ha dado lugar a no pocos problemas e interpretaciones doctrinales (vid. CAPILLA, *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, Fund. Univ. Jerez, 1989, págs. 27 y ss.;

te la obtención del equivalente pecuniario⁸¹, la indemnización y/o la resolución del contrato. La prestación de la *aestimatio rei*, diríamos, es un remedio que satisface el fin subsidiario del crédito, el interés genérico del acreedor, cuando a consecuencia de la imposibilidad sobrevenida (o la inidoneidad de la prestación originaria) ya no cabe materialmente la consecución del fin típico del crédito, la satisfacción del interés específico.

Y ello, creemos, nada tiene que ver con la indemnización de los daños y perjuicios que se le hayan podido (o no) irrogar al acreedor como consecuencia de la conducta del deudor, que incumplió, provocó la imposibilidad o, en definitiva, incurrió en mora o “contravino de cualquier modo el tenor de la obligación”. Porque tal indemnización viene a dar cobertura a otro interés (no sé si completamente, pero en buena medida) distinto del acreedor: el de no sufrir daños, no verse agredido en su patrimonio y otros bienes por la conducta incumplidora del deudor.

7.- Tipificación del interés que satisface la prestación del equivalente pecuniario

En resumidas cuentas, y con los riesgos y limitaciones de toda simplificación, podemos afirmar que la prestación del equivalente pecuniario satisface el interés común, *circa rem*, positivo y genérico del acreedor. Mientras que la indemnización de daños y perjuicios atiende al interés singular, *extra rem*, negativo y distinto al de prestación. Intereses distintos que, por lo tanto, reclaman la instrumentación de remedios también diferentes al servicio del acreedor.

Y ello no es baladí, como demostró hace ya algunos años **PUIG BRUTAU**, cuyas palabras transcribimos por su claridad e importancia: “... la fuerza vinculante del contrato podría quedar proclamada en atención a una de estas dos posibilidades: a) declarar que si alguien se obliga voluntariamente, responderá después en todo caso y con independencia de su voluntad de la obligación asumida, excepto cuando concurra una causa que le libere de la fuerza vinculante del contrato (caso fortuito o fuerza mayor); b) declarar que no basta que alguien haya querido obligarse, pues su voluntad entra de nuevo en juego en el momento de tener que realizar la

prestación, en el sentido de que sólo será responsable del incumplimiento si éste puede ser calificado como acto injusto y como causa de daños y perjuicios efectivos. Cabría preguntar qué sistema sigue nuestro Código. A nuestro juicio, la señalada falta de diferenciación entre los distintos intereses que tiene protegidos el acreedor y, de manera especial, la falta de distinción entre equivalente económico de la prestación debida y la indemnización de los posibles beneficios frustrados, da lugar a que nuestro Derecho contractual incurra inconscientemente en la contradicción de tener en cuenta el primer criterio mientras no sobrevenga el incumplimiento, o mientras sea posible el cumplimiento en forma específica aunque sea por ejecución forzosa, y, en cambio, seguir el segundo cuando la obligación asumida ha de quedar convertida en una suma de dinero representativa de una indemnización”⁸².

Es más, la cuestión afecta al propio concepto de obligación, en el que sigue predominando la idea de “responsabilidad”, en el sentido más amplio de la palabra, como sanción (*restitutio*, sanciones) que el ordenamiento apareja a la transgresión del deber de prestación. Y, como autorizada doctrina ha señalado⁸³, es un estrechamiento inadmisibles de dicha sanción, considerarla dirigida en exclusiva a obtener la indemnización de los daños y perjuicios, y por eso es parcial y simplista la idea de que o el deudor cumple voluntariamente, o indemniza al acreedor perjudicado.

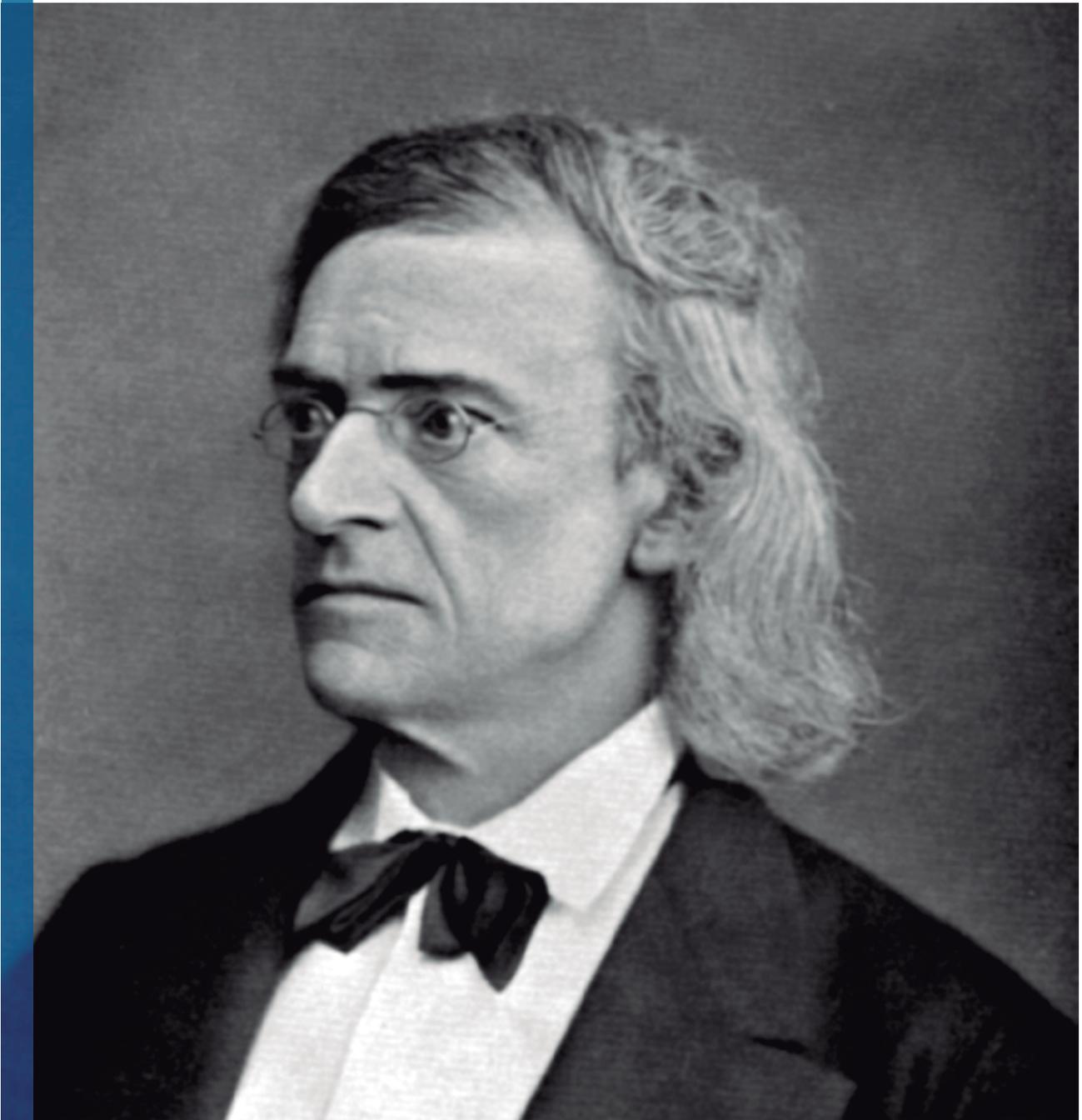
La función que cumplen uno y otro remedio, en relación con los intereses del acreedor, es diferente. Enseña **IHERING**⁸⁴ que la condena “al pago de dineros” puede cumplir una triple función, de equivalencia, penal y satisfactiva. La primera atiende a la determinación del valor pecuniario de la prestación. La segunda viene a realizarse a través de la imposición de una multa de carácter público (no una *poena*), que propugna el egregio jurista como amenaza o medio de presión para que el deudor cumpla. Y la función satisfactiva se cumple una vez consumado el incumplimiento, mediante la concesión por el juez al demandante de una suma de dinero como satisfacción de

⁸¹ Que HERNÁNDEZ GIL denomina “ejecución forzosa mediante indemnización”, la cual, según dice, “sustituye a la ejecución específica dentro del cauce general de la ejecución, cuando adviene imposible la obtención de la prestación” (*Derecho de obligaciones*, cit., pág. 78).

⁸² PUIG BRUTAU, “Comentario del traductor” en su traducción de la obra de FULLER-PERDUE, *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza*, Bosch, Barcelona, 1957, pág. 161.

⁸³ HERNÁNDEZ GIL, “En torno al concepto de la obligación”, Discurso inauguración curso 1981-1982 de la R.A.J.L., en Apéndice al *Derecho de obligaciones*, cit., pág. 468.

⁸⁴ IHERING, “Del interés en los contratos...”, cit., págs. 97 y ss. y 106.



su “sentimiento jurídico lesionado”, del perjuicio causado en sus intereses (entre los que **IHERING** da un especial peso a los no económicos). Pues bien, dejando a un lado hoy la función penal que, como es bien sabido, no tiene encaje en un moderno sistema de responsabilidad contractual, lo cierto es que las otras dos funciones, perfectamente diferenciadas, se corresponden con cada uno de los dos remedios que estamos contemplando; intereses distintos, funciones distintas y remedios diferentes. Así el equivalente pecuniario cumple justamente la función de equivalencia en el sentido exclusivamente económico (*verum pretium, aestimatio rei, quanti ea res est*), y la indemniza-

ción atiende la función satisfactiva de ese sentimiento jurídico lesionado, que comprenderá muy a menudo (aunque no de manera exclusiva) intereses no económicos, bienes y valores no patrimoniales del acreedor⁸⁵.

⁸⁵ El artículo 7.4.2 de los Principios UNIDROIT establece una cláusula *full damages*, comprendiendo dentro del daño “tanto cualquier pérdida sufrida como cualquier ganancia que la parte perjudicada hubiera obtenido al evitar gastos o daños”, y añade que el daño puede no ser “pecuniario”, e incluye, por ejemplo, “el sufrimiento físico y la angustia emocional”, lo que está en perfecta consonancia con las tesis no exclusivamente patrimonialistas de la obligación que mantuvo IHERING en el trabajo que acabamos de mencionar.