

2.^a La *prestación* de la culpa, en general para todos los contratos, no tiene en la ley otras reglas especiales, sino las que pueden inducirse, según un prudente criterio judicial, de la distinción y aplicación á cada caso, de las tres clases de culpa que la misma ley admite y se mencionan en la regla anterior, y el criterio que por analogía cabía aplicar á todos los contratos, deducido de las palabras con que termina la ley 2.^a, tít. 2.^o, Part. V, al tratar de las responsabilidades especiales á que en diversos supuestos de utilidad, beneficio ó complacencia para una ó ambas partes contratantes, da lugar el contrato de comodato cuando dice: «*E lo que diximos en esta ley ha lugar, no tan solamente en estas cosas sobredichas, mas en todas las otras cosas semejantes dellas.*»

3.^a El criterio de analogía, á que se refiere la regla anterior para la prestación de la culpa, atendida la utilidad del contrato y con motivo del de comodato, distingue los tres supuestos siguientes: 1.^o Si se celebró el comodato sólo por favor y gracia en obsequio exclusivo del comodatario, y sin beneficio alguno para el comodante, respecto de aquello que recibe el comodatario, «*es tenuto de lo guardar tambien como si fuesse suyo proprio e aun mejor si pudiere*» (1). 2.^o Si el comodato se realizó en beneficio ó complacencia de ambos, el comodatario, respecto de lo que recibe en comodato, «*non es tenuto de guardarle mas que faria las sus cosas proprias. E por ende guardando el assi como lo suyo, magüer se perdiessse por ser el de mal recabdo, non seria tenuto de lo pechar*» (2). 3.^o Por último, si el comodato se celebró en beneficio ó complacencia sólo del comodante, el comodatario, si pierde aquello que le prestó «*non es tenuto de lo pechar; fueras ende si lo dexase perder engañosamente*» (3).

4.^a Es excepción legal, que discrepa del criterio general anterior, y que las leyes (4) no extienden por analogía á todos los contratos, las variadas reglas aplicables al depósito, en el cual se presta por el depositario la culpa lata, leve ó levisima, según los diversos supuestos (5).

5.^a Son, por último, de tener en cuenta y aplicar, en sus respectivos casos, los criterios jurídicos relativos á la prestación de la culpa dependientes de la natural especie de las obligaciones (6).

22. C. EL DOLO. Su concepto, especies y reglas de Derecho que de-

(1) L. 2.^a, tít. 2.^o, Part. V.

(2) Ídem id.

(3) Ídem id.

(4) 3.^a y 4.^a, tít. 3.^o, Part. V.

(5) Explicadas al tratar de este contrato.

(6) Ya expuestos en los Caps. III al VI de este Tom.

terminan su influencia en los contratos, constituyen toda la doctrina que puede invocarse respecto de la que la intervención de esta causa produce en los efectos de los mismos, y ya queda expuesta anteriormente con distintos motivos (1).

§ 3.^o

Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil acerca de las CAUSAS INVOLUNTARIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS.

23. a. CASO FORTUITO. El incumplimiento de los contratos puede tener también su origen en causas independientes de la voluntad del obligado, dando lugar á lo que en Derecho se llama *caso fortuito* y *fuerza mayor* (*vis divina, vis naturalis, vis maior*), que es todo acontecimiento independiente de la voluntad humana que no ha podido preverse, ó previsto no ha podido evitarse.

24. Para los efectos jurídicos y los legales del Derecho de Castilla, la frase *caso fortuito* comprende la de *fuerza mayor*; pero en las escuelas se ha acostumbrado á distinguir estas dos ideas por sus causas. Si el hecho es ajeno á la humana voluntad y procede de causas naturales, como el terremoto, la tempestad, la lluvia, el granizo, la inundación, la alteración natural de las cosas, la enfermedad, la muerte y los hechos de los animales de que el deudor no sea responsable, se llama *caso fortuito*. Si procede del hecho de un tercero, no imputable al deudor, sea legítimo, como una disposición del poder público, ó sea ilegítimo, como el robo, el secuestro violento de las personas ó la guerra, se denomina *fuerza mayor*.

25. Con aplicación á todo orden jurídico y, por consiguiente, á los contratos, el caso fortuito no basta que sea independiente de la voluntad humana é imposible de prever ó de evitar, si que además es preciso que no sea ocasionado directa ó indirectamente por ningún hecho ú omisión del deudor y que realizado, le constituya en verdadera y absoluta imposibilidad de cumplir la obligación contraída.

26. Aunque todo caso fortuito entraña la idea de algo extraordinario y excepcional, en relación á lo que ordinariamente suele suceder (*extra consuetudinem*), es lo cierto que, con relación á la previsión humana y aun á la misma naturaleza de los hechos en que el caso fortuito consista, cabe clasificar esta noción en casos *ordinarios* ó *previstos* y *extraordinarios* ó *imprevistos*. Al primer grupo corresponden

(1) Núms. 11 y 65, letra b, Cap. XIX, Tom. II, 2.^a edic.; Regla 7.^a, letra c, núm. 11, Cap. X de este Tom.

todos aquellos que no se sabe si se realizarán, pero pueden naturalmente realizarse y aun es fundado presumirlo, como los ordinarios accidentes atmosféricos, la enfermedad, la muerte, etc.: al segundo grupo se refieren todos los que puedan sobrevenir, pero no es racional presumirlos, como la guerra, la inundación, la epidemia, etc. (1).

27. Al obligado incumbe alegar y probar el caso fortuito, para quedar relevado del cumplimiento de la obligación en la forma subsidiaria de justicia, que representa la indemnización de daños y perjuicios (2); pero es preciso que dichas alegación y prueba satisfagan los cuatro extremos siguientes:

1.º *Que el caso fortuito sea independiente de todo hecho ú omisión del deudor;* es decir, que sea la causa del hecho fortuito completamente extraña á todo hecho ú omisión del deudor, sin que baste que el uno ó la otra se realizaran con buena fe. En las obligaciones consistentes en la entrega de cantidades ó de cosas genéricas que puedan adquirirse por dinero, aunque el deudor se viera privado de ellas por caso fortuito ó fuerza mayor, no quedará relevado de su cumplimiento; ó lo que es igual, en esta clase de obligaciones no cabe alegar el caso fortuito.

2.º *Que el caso fortuito haya sido imprevisto é inevitable para el deudor.* No bastará, sin embargo, que el hecho constitutivo del caso fortuito sea completamente extraño á todo acto ú omisión del deudor, y para él *previsto ó imprevisto*, sino que ha de ser además forzosamente *imprevisto*, siempre que de la naturaleza del mismo pueda inducirse racionalmente su previsión, por parte del deudor, en el sentido de que él debió preverlo ó tenerlo en cuenta al celebrar el contrato, si atendidas las circunstancias del hecho ocasional del caso fortuito—y sobre todo si el hecho es humano ó procedía de voluntad ajena—no pudo menos el deudor de suponer dentro de un cálculo racional de probabilidades, que dicho hecho tendría lugar. Admitir otra doctrina, sería autorizar un verdadero *dolo causante* del contrato, toda vez que ya al celebrarlo, uno de los contratantes contaba con una racional confianza de impunidad, respecto del incumplimiento de las obligaciones que el contrato le imponía, á la vez que podía contar con la probabilidad maliciosa de que fueran defraudadas las legítimas esperanzas del otro contratante.

Hay en este particular un problema más grave, cual es el determinar á quién incumbe la prueba, de si el hecho constitutivo del caso fortuito era ó no susceptible de ser previsto y evitado, por parte del

(1) Esta distinción de casos fortuitos en ordinarios y extraordinarios, la reconocen Códigos modernos como el italiano, en su art. 1.621.

(2) *Allegans casum fortuitum illum probare tenetur.*

deudor; y la duda consiste, en si corresponderá al deudor probar que no pudo preverlo ni evitarlo, ó si, por el contrario, será de cargo del acreedor probar que pudo y debió preverse y evitarse.

Un precedente de analogía ofrece el distinto criterio de los juriscultos romanos, con relación al incendio de la cosa arrendada, opinando los unos que la prueba de que el incendio fué imprevisto é inevitable incumbe al arrendatario, ó sea que aquel no tuvo por causa la culpa ó el dolo del mismo, mientras los otros son de parecer contrario, suponiendo que, para que el incendio resulte producto de la culpa ó del dolo del arrendatario, es preciso que así lo pruebe el arrendador. Los Códigos modernos (1) resuelven esta cuestión en el primer sentido, imponiendo el deber de probar la calidad fortuita del incendio al arrendatario; pero este precedente no puede, por *analogía*, convertirse en criterio general. La cuestión es más de hecho que de Derecho; y según la índole y especialidad de las circunstancias del hecho constitutivo del caso fortuito, así la prueba será de cargo del acreedor ó del deudor, con el complemento del prudente arbitrio judicial. Obsérvese, al efecto, la diferencia que hay respecto de estas cualidades de *imprevisto é inevitable* en el caso fortuito, según que proceda unas veces de accidentes atmosféricos y puramente naturales, fuera del alcance humano, el prever ó evitar sus resultados, cuando para ello no haya medio posible; ó que, procediendo de esas causas meramente naturales, haya, sin embargo, medios preestablecidos para prever ó evitar sus funestas consecuencias; ó que se trate de hechos que no tengan su primera causa en esos motivos de naturaleza, superiores é inevitables para el hombre, sino que, por el contrario, pueda ser su acción ó su negligencia una de las causas que los motiven.

Á la primera hipótesis puede referirse el caso del rayo que incendia y destruye un bosque vendido y no entregado aún al comprador, sin mora del vendedor. ¿Quién dudará, que en este caso bastará probar el hecho, sin que sea de cargo del vendedor la obligación de probar sus cualidades de *imprevisto é inevitable*?

Á la segunda hipótesis puede aplicarse el mismo ejemplo del rayo que cae sobre el edificio arrendado, el cual se hallaba provisto de los recursos de defensa que la ciencia suministra con la invención del pararrayos. Tampoco es dudoso que incendiado y destruido el edificio por esa causa, será obligación del arrendatario, para obtener la exención de toda responsabilidad por el caso fortuito, probar, no sólo el hecho de la caída del rayo, sino también que no medió culpa suya respecto

(1) Arts. 1.589 del italiano, y 1.733 del francés.

de la ineficacia de las defensas, con que para este evento contaba el edificio.

En la tercera hipótesis entran todos los hechos constitutivos de caso fortuito que reconocen por origen *exclusivo* la acción ú omisión humanas, como el incendio, el hurto, el robo y el deterioro de las cosas inanimadas; así como todos los otros supuestos de caso fortuito, en los cuales, aunque intervenga como causa directa é inmediata la naturaleza, pueden también ser provocadas por acción ó negligencia humanas, tales como la enfermedad y la muerte de los animales, objeto de un contrato. También en este caso es evidente que incumbe la prueba de las notas de *imprevisto é inevitable* al propio obligado, para que el hecho que se dice constitutivo del caso fortuito produzca los efectos jurídicos de tal, en favor del deudor.

3.º *Que por virtud del caso fortuito, quede constituido el deudor en situación imposible de cumplir la obligación debida.* Esta imposibilidad, para producir los efectos del caso fortuito, ha de ser *absoluta y posterior* á la fecha en que la obligación se contrajo. La imposibilidad *relativa*, que permite sustituir la prestación personal del deudor por otra equivalente de un tercero en su nombre ó por cualquier otro medio, ó que tan sólo se reduce á hacer más difícil, molesto ú oneroso, para el deudor, el cumplimiento de la obligación debida, nunca puede dar lugar á la liberación de responsabilidades por caso fortuito. Lo propio sucede con la imposibilidad nacida de obstáculos *anteriores* á la fecha de la celebración del contrato; porque si tal excepción se admitiera como productora de caso fortuito, se incurriría en el absurdo, en la injusticia y en la inmoralidad de declarar disuelto un vínculo jurídico antes de existir, convirtiendo en motivo de nulidad lo que en otras condiciones perfectas nunca lo sería más que de rescisión, y amparando el dolo de un contratante, que contrató lo que sabía de antemano era de imposible cumplimiento para él, en daño del contratante de buena fe.

4.º *Que las consecuencias del daño ó perjuicio, que para el acreedor tenga el caso fortuito, no se agraven en lo más mínimo por acción ú omisión del deudor.* Para que la alegación del caso fortuito produzca sus efectos de liberación de responsabilidad en beneficio del deudor, es, por último, de justicia exigir, no sólo todas las condiciones anteriores, esto es, que el caso sea verdaderamente *fortuito*, sino también que en la *cuantía* de sus resultados dañosos ó perjudiciales para el acreedor, no sea imputable al deudor responsabilidad alguna por acción ú omisión.

28. Por lo que se refiere al *Derecho anterior* al Código civil, pueden consignarse, tan sólo, las siguientes reglas:

1.ª Según la ley (1), se entiende por caso fortuito «*ocasion que acaesce por aventura de que non se puede ante ver. E son estos derri-ramientos de casas e fuego que se enciende a so ora, e quebrantamiento de navio, fuerza de ladrones ó de enemigos.....*»

2.ª La prueba del caso fortuito incumbe al deudor que lo alega: así se deduce del espíritu de nuestras leyes, y por analogía del texto expreso de la 20, tít. 13, Part. V, relativa al contrato de prenda (2).

3.ª Es regla general que el caso fortuito no se preste en los contratos, á no ser que se hubiese pactado expresamente ó que constituyera la materia del contrato, como en los aleatorios ó que, por culpa del deudor, se dé ocasión á que la cosa debida se pierda ó deteriore ó, finalmente, cuando el caso fortuito sobreviniere después de constituido en mora el deudor (3).

§ 4.º

Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil acerca del resarcimiento de daños y de la indemnización de perjuicios.

29. Consúltense todos los escritores, léanse todas las leyes, regístrese la jurisprudencia, y pregúntese, por último, á la conciencia individual, y la respuesta será unánime: las acciones ú omisiones humanas que dañan ó perjudican al patrimonio ajeno, son imputables á su autor, para la reparación del mal que causan, fuera de los supuestos excepcionales de personas irresponsables.

30. Este principio, de irreprochable doctrina jurídica, tiene fórmula legal escrita, de carácter general, en el Derecho patrio, aparte de otras especiales, que también le confirman. La ley 3.ª, tít. 15, Part. VII lo consigna en forma tan general y suficiente, y con una amplitud y distinción de términos y motivos ó formas de originarse el mal causante del daño ó perjuicio en el patrimonio ajeno, por parte del agente responsable, que no puede caber la menor duda (4).

(1) 11, tít. 33, Part. VII.

(2) «Pero este que tomó la cosa á peños deve provar la ocasion, porque dize que se perdió la cosa.»

(3) LL. 3.ª, tít. 2.º; 4.ª, tít. 3.º; 27, tít. 5.º, y 8.ª, tít. 8.º, Part. V.

(4) Dice así: «Emendar e pechar deue el daño aquel que lo fizo, aquel que lo rescibió. E esto le puede ser demandado quier lo ouiesse fecho por sus manos o auiniesse por su culpa, o fuesse fecho por su mandado o por su consejo. Fuera ende, si aquel que fizo el daño fuesse loco o desmemoriado ó menor de diez años e medio, o si alguno lo ouiesse fecho amparando assi mesmo o a sus cosas. Ca estonze, non podia ser demandada emienda del daño que desta guisa fiziesse. Otrosi dezimos, que los erederos de aquellos que fiziesen daño en las cosas de otros, non son tenudos de fazer emienda del daño, despues de la muerte

31. Ahora bien; en la más lata consideración, los daños y perjuicios pueden tener como causa de origen un delito, ó un acto ú omisión de carácter meramente civil; y los de esta última condición, proceder ó no de un contrato. De los de esta última clase es de los que tratamos aquí; y es principio legal que en los contratos, el que dejare de cumplir la obligación que se impuso, debe resarcir al otro los daños y perjuicios que se le siguieron, á menos que probase que la falta de cumplimiento proviene de una causa extraña, que no se le puede imputar (1).

32. En el lenguaje usual, y por corrupción, algunas veces, en la práctica jurídica, y aun en la misma ley (2), que define el daño, *empeoramiento ó menoscabo, ó destruyimiento que ome rescibe en sí mesmo ó en sus cosas por culpa de otro*, parece confundirse la significación de las palabras, *daños y perjuicios*, en una sinonimia impropia; pero si bien así podría deducirse de los términos generales, con los que se define el daño en el texto transcrito, y mucho más puesto en relación con el de otras leyes que, como la 3.^a, tit. 6.^o, Part. V, dan á la palabra *menoscabos* el sentido especial de *perjuicios*, la continuación del mismo texto de la citada ley 1.^a, tit. 15, Part. VII, demuestra claramente que su definición no se refiere más que á la palabra *daño* (3).

33. Á su vez, la invocada ley 3.^a, tit. 6.^o, Part. V, define los *perjuicios y menoscabos*, como incidencia, por cierto, de las responsabilidades de la permuta incumplida, «*estos menoscabos a tales llaman en latin, interesse*», cuya definición sirve á Gregorio López para advertir en su glosa que tal definición de los menoscabos ó perjuicios, aunque incidental, debe tenerse presente en las muchas leyes de Partida donde se usan dichas palabras; é inspira á Escriche (4) para fijar el sentido de la palabra *perjuicios*, diciendo «que son lo mismo que privación de interés, de utilidad, de provecho, de ganancia ó de lucro».

de aquellos cuyos herederos son; fueras ende si en su vida de aquellos que lo fizieron, fuesse començado pleyto por respuesta sobre la emienda. Ca estonze tenudos serian de lo fazer si fuessen del pleyto vencidos. Otrosi dezimos, que magüer el pleyto non fuesse començado por respuesta, assi como sobre dicho es, que si los herederos ouiesen alguna pro del daño que fizieron aquellos de quien eredaron, que lo deanen pechar en tanta quantia, quanto fue el pro que los vino dello a los que rescibieron el daño o a sus erederos.»

(1) LL. 92, tit. 5.^o; 3.^a y 5.^a, tit. 6.^o; 21, tit. 8.^o; 13 y 35, tit. 11, Part. V.

(2) 1.^a, tit. 15, Part. VII.

(3) «E son de tres maneras. La primera es, quando se empeora la cosa, por alguna otra quel mezclan, ó por otro mal quel fazen. La segunda, quando se mengua por razon del daño que fazen en ella. La tercera es, quando por el daño se pierde, ó se destruye la cosa del todo.»

(4) *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, tom. II, edición de 1874, pág. 601, columna 1.^a

Resulta, pues, fuera de toda duda, que por *daño* se entiende el valor de la pérdida que uno ha experimentado, y por *perjuicio*, el valor ó importe de la ganancia, utilidad ó interés que uno ha dejado de percibir; lo que se llama de otro modo, *daño emergente* y *lucro cesante*.

Dada esa sinonimia legal entre el concepto de los *menoscabos* y *perjuicios* y los *intereses*, éste es el momento oportuno de tener en cuenta algunos preceptos de la ley de 14 de Marzo de 1856, cuyo objeto, aunque parece fué sólo establecer la doctrina legal acerca del interés del dinero con aplicación al contrato de préstamo mutuo (1), no es obstáculo á que la ley contenga disposiciones generales, de aplicación á este lugar. Tales son las siguientes: 1.^a Se reputa *interés* toda prestación pactada á favor de un acreedor y el aumento de cosas fungibles en la misma especie que haya de devolverse (2). 2.^a El año civil es la unidad de tiempo para el cálculo del interés del capital (3). 3.^a El recibo del capital dado por el acreedor, sin reservarse el derecho á los intereses estipulados, extingue la obligación del deudor respecto de ellos (4). 4.^a Durante el término del contrato, los intereses vencidos y no pagados no pueden devengar intereses (5). Transcurrido el plazo de los liquidados y no satisfechos, podrán capitalizarse y estipular de nuevo réditos sobre el aumento de capital, siempre que la nueva estipulación se haga por escrito (6). 5.^a Al principio de cada año, el Gobierno, oyendo al Consejo de Estado, fijará el interés legal que, sin estar pactado, debe abonarse por el deudor *legítimamente constituido en mora y en los demás casos determinados por la ley* (7). Mientras no se fije este interés, se considerará como legal el del 6 por 100 al año (8). 6.^a Los intereses sólo pueden reclamarse desde el día de la contestación á la demanda de la cantidad debida (9).

34. Para que un contratante sea condenado á la indemnización de

(1) En cuyo aspecto particular, y sus relaciones con las doctrinas de usura, tasa ó libertad de interés, se estudia al ocuparnos de dicho contrato.

(2) Arts. 3.^o y 4.^o, L. 14 de Marzo de 1856.

(3) Art. 5.^o, ídem íd.

(4) Art. 6.^o, ídem íd.

(5) Que es el vicio jurídico que en Derecho romano se llamó *anatocismo*; *anatocismus coniectus*, si los intereses se agregaban al capital; y *anatocismus separatus*, si se consideraban como un capital aparte, para que el deudor pagara también sus intereses.

(6) Arts. 7.^o y 2.^o, L. 14 de Marzo de 1856.

(7) Que es el punto de vista de mayor aplicación á la doctrina general de indemnización de perjuicios en los contratos, por acción ú omisión que produzcan incumplimiento de los mismos, ó sea en el general supuesto de no tratarse de intereses estipulados.

(8) Art. 8.^o, L. 14 de Marzo de 1856.

(9) Espíritu de muchas leyes de Partida.

daños y perjuicios causados al otro, es indispensable que resulten acreditados por prueba directa y suficiente.

Respecto de los *daños*, no ofrece duda las condiciones que ha de llenar esta prueba, porque al fin el daño deja una huella sensible, apreciable, y tiene una base positiva de hecho, á que se refiere.

35. En cuanto á los *perjuicios*, el problema de su prueba es ya más difícil de resolver, tanto porque la idea de perjuicios no presta á la prueba la base positiva que la de daños, su supuesto es más bien negativo, y consiste en la privación de un interés ó lucro que se hubiera obtenido, á no causarse el perjuicio, cuanto porque no todos los perjuicios proceden del mismo origen, ni pueden racionalmente demandar las mismas exigencias de prueba.

En efecto: obsérvese la diferencia que hay entre aquellos perjuicios originados en hechos de carácter singular y variado, especialísimos en cada caso y producto de las múltiples combinaciones humanas, y aquellos otros perjuicios que se fundan en una hipótesis prevista por las leyes, apreciada y resuelta por ellas.

Quando se trate de perjuicios de la primera clase, claro es que la prueba deberá ser tan circunstanciada, especialísima y compleja, como lo sea el especial origen y variada combinación de circunstancias que en aquel caso dieran lugar á los perjuicios, cuya indemnización se reclame; pero cuando se trate de los de la segunda clase, es evidente que debe bastar la justificación de haber concurrido en el caso el mero supuesto legal, única base y fuente de los perjuicios que, dado aquel supuesto, se producen, puede decirse, por ministerio de la ley, que les hace consecuencia, en justicia, del mismo. Ejemplo de lo primero podría ser el caso de un comerciante que hubiera pedido á un fabricante cierta remesa de artículos para determinada época, en la cual sólo podía venderlos con cierta utilidad y que reclamara los perjuicios que se le ocasionaran á virtud de no haberlos recibido en el tiempo y en las condiciones que con el fabricante tenía de antemano estipulados, por culpa del mismo; en este caso, la prueba será preciso que justifique directa y cumplidamente cada uno de esos especiales y variados extremos. Ejemplo de lo segundo sería el caso de deberse la entrega de una cantidad y constituirse en mora el deudor, en cuyo supuesto bastaría la prueba de la obligación y de la mora para reputar justificados los perjuicios y regulados en el interés del 6 por 100 anual, cosa que además de ser buena doctrina, es también el precepto contenido en el art. 8.º de la ley de 14 de Marzo de 1856, antes transcrito (1).

(1) Que no es sino una forma de realizar el principio de la L. 10, tít. 1.º, Part. V, cuando «no se entrega la cosa en la sazón que debía».

Sin embargo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1) se acentúa mucho en el sentido de declarar que la obligación de satisfacer los daños y perjuicios se halla subordinada, en cuanto á sus efectos, á la prueba que, acerca de la existencia y cuantía de aquéllos, practique la parte que los reclama, debiendo ser dicha prueba especial directa y concluyente y á la apreciación que de ella hagan los Tribunales, desde el momento en que en otras sentencias (2) ha reconocido que todo deudor constituido en mora está obligado á pagar intereses, según lo previene el citado art. 8.º de la ley de 14 de Marzo de 1856, y la misma ley 1.ª, tít. 1.º, Part. V, resulta aceptado en principio, aunque no de modo tan explícito como fuera de desear, el criterio doctrinal de distinción, antes indicado, atendido el origen é índole de los perjuicios que se reclamen.

36. En cuanto á la *forma de reclamarse*, cabe considerar como práctica peligrosa y algo general, la de fijar una cantidad cerrada en la demanda como importe de los perjuicios, porque cualquiera deficiencia de la prueba puede dar lugar á la absolción del demandado. Es más prudente ó no fijar ninguna, estando á la cantidad que resulte de la prueba deduciendo la acción de perjuicios, sin anticipar en la demanda compromisos de cuantía ó, á lo sumo, formular la pretensión en términos alternativos, pidiendo la condenación de perjuicios en una cantidad determinada, ó en su defecto, en la que resulte de las pruebas; ó, finalmente, también limitarse á afirmar en la demanda la existencia de los perjuicios, las bases de que procedan, y la solicitud de que, justificados que sean una y otros en el período de prueba, se condene á la indemnización de los mismos, en general, precisándose su cuantía con arreglo á dichas bases, en el período de ejecución de sentencia, y conforme á las reglas, para ello establecidas en la ley de Enjuiciamiento civil.

Al efecto, cuando la sentencia hubiere condenado al pago de daños y perjuicios sin fijar su importe en cantidad líquida, háyanse establecido ó no en aquélla las bases para la liquidación, el que haya obtenido la sentencia presentará, con la solicitud que deduzca para su cumplimiento, relación de los daños y perjuicios y de su importe, sujetándose, en su caso, á dichas bases (3).

Toda reclamación de perjuicios lucha siempre en la práctica judicial con algún espíritu de alarma y prevención, hasta cierto punto justificada, por parte de los Tribunales, que la fundan en la observación diaria del abuso que de esta causa de responsabilidad suele hacer la pa-

(1) Según puede verse en el párrafo 5.º de este Art.

(2) Cuyas declaraciones y fechas citamos también en el párrafo 5.º de este Art.

(3) Art. 928 de la ley de Enjuiciamiento civil de 1881, cuyo desarrollo y tramitación fijan los arts. 929 y sigs.

sión y rutina de los litigantes, añadiendo esta solicitud de daños y perjuicios á todas sus peticiones, como eterno corolario y secuela forzada de cualquiera reclamación y generando, de hipótesis en hipótesis, toda clase de perjuicios, hasta un grado inconcebible. Enfrente de esta corruptela, hija de la pasión de los litigantes, que hace dejen de prosperar no pocas demandas, suele ofrecerse también una resistencia, alguna vez excesiva, precisamente por consecuencia de aquel motivo, por parte de los Tribunales, para presumir, al menos mientras la prueba no demuestre lo contrario, según la apreciación que de ella se haga de ordinario con un criterio algo más exigente en este punto, que son exageradas todas las pretensiones de resarcimiento é indemnización de daños y perjuicios, y principalmente la de estos últimos.

Verdad es que la naturaleza del asunto es la causa de estas dificultades y posibles incorrecciones en la práctica judicial; ya que en lo humano está, con relación á los litigantes que se creen perjudicados, considerar el perjuicio mayor de lo que realmente lo sea, ó siquiera estimarlo más sensible que la consideración que merezca á los extraños; así como, con relación á los Tribunales, por estar preocupados con aquel peligro, por ser materia muy del arbitrio judicial y por lo circunstancial y variado de cada caso, se corre el riesgo de que propendan á la restricción de este general motivo de responsabilidad. Llegar á una moderación de ambas tendencias, á un justo nivel, reprimiendo la codicia ó la pasión de los litigantes, y haciendo desaparecer la preocupación de los Tribunales, sería el ideal de doctrina; pero esto, además de ser imposible, por achaques de la humana naturaleza, en unos y en otros, lo es porque la índole de la materia impide á la ley reglamentar, en términos de absoluta precisión, semejante teoría de la reparación de daños, y menos la de la indemnización de perjuicios.

37. Los principios que en este particular pueden consignarse, hasta donde es posible la precisión, son los que resultan de distinguir, si en el contrato se hizo estipulación reguladora de daños y perjuicios ó no, para el caso de incumplimiento de las obligaciones nacidas del mismo; si dicho incumplimiento lo es propiamente tal, ó sólo mero retardo; y en el primer caso, si la obligación de reparar ó indemnizar tiene su origen en el dolo ó en la culpa, siendo en el segundo su causa la mora; y si la obligación es de hacer, de no hacer ó de entregar cosas ó cantidades. Producto de estas distinciones son las siguientes reglas de Derecho:

38. 1.^a Cuando en el mismo contrato se tuvo la previsión de estipular por vía de indemnización de daños y perjuicios, que su incumplimiento pudiera producir la forma y términos de llevarla á cabo, se habrá de estar á lo estipulado, y generalmente será derecho del acreedor

optar por la reclamación del cumplimiento del contrato ó, en su defecto, por el pago de la indemnización estipulada; á no ser que se hubiere pactado que en el caso de incumplimiento deberá el obligado conjuntamente las prestaciones principales del contrato y las accesorias de la indemnización, que en este caso más que tal carácter, tiene el de una cláusula penal agregada. La única hipótesis conciliable con esta última solución es la de que se incurrirá en la pena solamente por la mora del deudor (1).

2.^a Si en el contrato no medió estipulación expresa acerca de la indemnización de daños y perjuicios, habrá que atender á su origen, según que procedan de dolo, culpa ó mora.

Si proceden de *dolo* se deberán todos los que *conocidamente* se deriven del incumplimiento de la obligación (2), entendiéndose por daños conocidos los que tal concepto merezcan al prudente arbitrio del Juez, aunque no sean su consecuencia directa, inmediata é inevitable (3).

Si procede de *culpa*, se deberán sólo aquellos perjuicios que, producto del incumplimiento del contrato, sean, además, consecuencia directa, inmediata é inevitable y, por consiguiente, se han previsto ó podido prever, al tiempo de celebrarle; pero no todos los demás que sobrevinieren al contratante perjudicado, aunque tengan relación más ó menos próxima con dicho incumplimiento.

Si la responsabilidad de los perjuicios procede de *mora*, en las obligaciones consistentes en pago de cantidad ó en entrega de cosas fungibles, los perjuicios se reputarán satisfechos con el abono del interés legal del 6 por 100, á contar desde la contestación á la demanda, ó desde el vencimiento del término, si la obligación fuera á plazo (3). Los intereses que se dan por absoluto incumplimiento de un contrato, se califican de *compensatorios*; los que se abonan por el mero retardo, toman el nombre de *moratorios*.

3.^a La reparación de daños y la indemnización de perjuicios, procedentes del incumplimiento de obligaciones de hacer ó de no hacer, ó

(1) L. 34, tit. 11, Part. V, ya citada en el núm. 61, Cap. V de este Tomo. El texto legal es terminante: «Magüer la pena sea puesta en la promision, non es tenuto el que la faze de pecharla, é de fazer lo que prometió; mas lo uno tan solamente. Fuera de si quando fizo la promision, se obligó diziendo que fuesse tenuto á todo; á pechar la pena é á cumplir la promision.»

(2) Esta es la doctrina general, si bien Escriche quiere que aun en el caso de dolo, los daños y perjuicios sean una consecuencia inmediata y directa de la inejecución ó de la mala ejecución del contrato. Ob. cit., t. II, pág. 601, col. 2.^a

(3) Pothier, Goyena y Gutiérrez, obras citadas.

(4) Los Códigos modernos, para cubrir los fines del resarcimiento, suelen en el caso de mora establecer una porción alicuota de los intereses, cuando la obligación estaba pactada originariamente con interés.