

El momento de referencia en la estimación del daño

1. – En la responsabilidad civil, la diferencia de los valores y de los precios, en el intervalo que va desde la expiración de la obligación a la prestación de la indemnización, ha dado lugar a delicados problemas económicos de política legislativa en orden a la solución, inspirada sobre todo en el principio de equidad, en las relaciones de responsabilidad entre deudor y acreedor. Así pues, por un lado, la baja eventual de los precios entre expiración, mora y resolución, pone de manifiesto el problema de la determinación o fijación de la indemnización en un determinado momento, como pueden ser el del vencimiento, de la constitución en mora o de la interposición del escrito de demanda, protegiendo al acreedor de la sucesiva caída de los precios. Predomina, pues, la preocupación por garantizar el resarcimiento suprimiendo el riesgo contractual (*alea*), de forma que el acreedor no deba soportar una posible disminución o, de forma más genérica, la incógnita sobre la variación de los precios. En ello pensó concretamente quien elaboró el concepto de la *perpetuatio obligationis* y fijó la estimación del daño en el momento de su producción (*dies obligationis*), al comienzo de la mora (*tempus morae*) o en el momento de la interposición del escrito de demanda (*tempus litis contestationis*).

Fuentes: «Rivista di diritto civile», año XXXIII, 1987, págs. 31 y ss., y «L'Espressione monetaria nella responsabilità civile», Ed. Cedam, 1994.

Por el contrario, el posible aumento de los precios, la hipótesis más frecuente, plantea en la práctica el problema consistente en evitar que el deudor pueda adquirir dicho lucro, bien bajo forma de enriquecimiento sin causa o de premio a su incumplimiento, y en favorecer, por su parte, al acreedor, quien obtiene un beneficio de dicha situación. La concesión de esta eventualidad al acreedor encuentra justificación en el hecho de remitir la valoración al *tempus rei judicandae*, es decir, «al momento presente en el que tiene lugar dicha valoración» (Betti) ⁽¹⁾, esto es, «el cálculo hipotético del valor actual presumible de la cosa», o lo que es lo mismo, «sobre la base de un hipotético cumplimiento en el momento de la resolución», en cuyo caso resulta fundamental la preocupación por «actualizar el valor del daño al momento de la resolución».

Dicha «actualización» se efectúa de forma imprecisa al considerar el valor actual de aquella misma cosa.

No obstante, el aplazamiento de la valoración al momento de la resolución hace que recaiga sobre el acreedor el riesgo de la depreciación en caso de caída de los precios. Se trata de una teoría generalmente aceptada por aquellos autores y jueces que, en los diversos ordenamientos jurídicos, estiman y valoran el daño en base al momento de la resolución.

Los defensores del principio del *quantum plurimi* y los sistemas jurídicos basados en dicho precepto, en los que la influencia de una concepción aflictiva, por un lado, y gratificadora, por otro, es incluso más evidente, han propuesto una serie de medidas para evitar el mencionado inconveniente, garantizando al acreedor no sólo la posibilidad de beneficiarse de la eventual subida de los precios, sino también protegiéndolo de la tendencia a la baja de estos últimos.

2. – Procedamos ahora a realizar un *excursus* histórico y contrastivo para comprender mejor el alcance y modalidad del problema.

⁽¹⁾ E. BETTI, *La litis aestimatio in rapporto al tempo nelle varie specie di azioni e di giudizi*, Camerino, 1919, p. 26.

En el Derecho Romano clásico, la doctrina más acreditada ⁽²⁾ nos enseña que en los juicios o acciones de derecho estricto y en los juicios de buena fe que tuvieran por objeto un *genus*, el momento considerado para la valoración del daño contractual coincidía con el plazo fijado para el cumplimiento, siempre que se hubiese pactado (D. 45, 1, 59; D. 13, 3, 4; D. 12, 1, 22; D. 13, 6, 5); por el contrario, en caso de no haberse prefijado, se tomaba como punto de referencia el comienzo de la mora (*tempus morae*) o el momento de interposición del escrito de demanda (*tempus litis contestationis, quanti ea res est*: D. 17, 1, 37; D. 13, 3, 4) ⁽³⁾.

En caso de variación al alza o a la baja del precio en el intervalo que se extiende desde la fecha de vencimiento a la de interposición de la demanda, en los juicios de buena fe antes mencionados que tuvieran por objeto un *genus*, el acreedor podía elegir alternativamente entre el precio mayor que hubiese alcanzado el bien en el momento del vencimiento o el de interposición de la demanda (*quanti plurimi*).

Sin embargo, en los juicios de buena fe que tuvieran por objeto una *species*, la valoración se efectuaba en función de los valores vigentes en el momento de la resolución (*rej judicandae tempus*: D. 13, 6, 2, 2 Ulpianus 28 ad ed.; D. 19, 1, 3, 3 Pomponius 9 ad Sab.) ⁽⁴⁾. La referencia al *tempus rej judicandae* encontraba fundamento en una lógica indemnizatoria, dado que en el Derecho clásico no se reconocían los intereses moratorios a lo largo de todo el proceso desde el momento de la *litis contestatio* hasta la sentencia condenatoria ⁽⁵⁾.

Una eventual discrepancia ente la *aestimatio rei* en la resolución y el *id quod interest* no constituía un obstáculo del todo insuperable, dado que, como mencionaba Siber ⁽⁶⁾, la valoración se efectuaba bien en función del *quanti ea res erit*, o

⁽²⁾ E. BETTI, *ob. loc. cit.*; E. BETTI, *Diritto romano*, Padova, 1935, págs. 515, 544, 568, 578 y 582; P. VOICI, *Risarcimento del danno e processo formulare nel diritto romano*, Milán, 1938, págs. 15 y ss.; id., *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Milán, 1939, p. 47.

⁽³⁾ E. BETTI, *La litis aestimatio*, cit., págs. 8, 10 y ss.; id., *Diritto romano*, cit., págs. 566 y ss., 570 y ss.; P. VOICI, *ob. ult. cit.*, p. 20.

⁽⁴⁾ E. BETTI, *La litis aestimatio*, cit., págs. 12, 26 y ss.

⁽⁵⁾ P. VOICI, *ob. ult. cit.*, p. 13; G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle usure c.d. legali nel diritto romano*, Milán, 1969, págs. 205, 273, nota 127.

⁽⁶⁾ H. SIBER, *Romisches recht*, Leipzig, 1982, 2, p. 241; P. VOICI, *ob. cit.*, págs. 2, 16.

bien con arreglo al *id quod interest*, dependiendo del tipo de fórmula aplicado, por lo que la equivalencia entre ambos era meramente tendencial.

El propio criterio del *tempus rei judicandae* se aplicaba igualmente a las acciones arbitrarias, en cuyo caso la fórmula contemplaba que el juez ordenase, ante todo, la devolución (*arbitratus de restituendo*) y fijase, en su ausencia, el equivalente ⁽⁷⁾. En este caso, existía una correspondencia entre el *quanti ea res erit* y el tiempo diferido de la devolución postulada del bien, al que era equivalente.

El daño extracontractual se valoraba, por el contrario, considerando el valor más alto que se hubiese alcanzado durante los 30 días precedentes al robo o hurto (D. 13, 1, 8 § 1; D. 47, 2, 50) ⁽⁸⁾.

En el Derecho postclásico y justiniano se generalizó, en el ámbito de los *judicia bonae fidae*, el recurso al *tempus rei judicandae* ⁽⁹⁾. Ante el descenso de los precios, el acreedor podía optar por el *quanti plurimi* entre el *tempus morae* y el momento de la resolución (D. 19, 1, 3 § 3; D. 19, 1, 21 § 3; D. 17, 1, 37).

La anterior referencia a los precios en el momento de la resolución estaba justificada porque en el mismo regía el principio *in illiquidis non fit mora*. La imposibilidad de calcular los intereses moratorios sobre el crédito ilíquido de resarcimiento del daño hacía inevitable la asunción de los nuevos precios en el momento de la resolución, en su mayor parte al alza, a los que se remite la valoración para actualizar la indemnización prestada tardíamente.

3. – En el Derecho común, autores como Alciato, Duareno o Fabro ⁽¹⁰⁾, consideraban que la valoración del daño se basaba en

⁽⁷⁾ M. KASER, *Quanti ea res est*, Münchener beitrage, 1935, XXIII, págs. 182, 195; P. VOCI, *ob. ult. cit.*, p. 2, nota 5. Acerca de los *judicia arbitraria* en general: E. BETTI, *Diritto romano*, cit., p. 579.

⁽⁸⁾ P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Milán, 1952, p. 448.

⁽⁹⁾ P. BONFANTE, *ob. cit.*, p. 449; U. RATTI, en *Bullettino di diritto romano*, 1932, p. 169.

⁽¹⁰⁾ ALCIATO, *De eo quod interest*, Venecia, 1589, T. V, ff. 4-14; F. DUARENO, *Commentaria in Digesta*, Lyon, 1583; I. FABRO, *Commentaria in Institutiones justinianae*, Venecia, 1532.

los valores vigentes en el momento de la resolución en relación con los juicios o acciones de buena fe, siempre que no concurriese mora, mientras que, de quedar constatada, se tomaba como punto de referencia el momento de la constitución en mora. En los juicios de derecho estricto, se consideraban los valores vigentes en el momento de interposición de la demanda.

Donello (*Commentaria ad Digesto* 1, XII, cap. 1, 1, 22, núms. 5, 19-21; XIII, cap. 1, 3, núms. 12, 13, 25) adoptaba como referencia el momento de interposición de la demanda en las acciones contractuales que tuviesen por objeto un *genus* y precisaba que, en el ámbito de dichas acciones, «no debía tenerse en cuenta la mora» ⁽¹¹⁾.

En lo referente a la mora, predominó una concepción inspirada en una lógica que era a la vez aflictiva para el deudor y gratificadora para el acreedor y que se remitía a la teoría del *quanti plurimi*.

En cierto modo, se trataba de una directa consecuencia del principio *in illiquidis non fit mora* ya mencionado, predominante en el ordenamiento italiano durante tantos siglos y actualmente predominante en otros sistemas, así como de la preocupación por facilitar al acreedor una ventaja sustitutiva de los intereses moratorios perdidos, mientras que, por otro lado, era resultado de la opinión en virtud de la que el deudor moroso merecía cualquier sanción ⁽¹²⁾.

Los glosadores y Bartolo (ad lege 22 del rebus creditis) contribuyeron a exacerbar la elección al conceder al acreedor la facultad de optar por el valor más alto que la cosa hubiese alcanzado durante la mora hasta el valor vigente en el momento de la resolución ⁽¹³⁾.

Donello mantuvo la misma postura (*Commentaria ad Digesto* 1, XII, cap. 1, núm. 22, núm. 5, 19-21; XIII, cap. III, L. 3, núms. 12, 13, 25) en lo referente a las acciones contractuales que tenían por objeto una *species*.

En el Derecho estatutario, el recurso al *quanti plurimi* durante la mora se refleja con toda claridad en varios Estatutos,

⁽¹¹⁾ H. DONELLO, *Commentaria Juris Civilis, Opera omnia*, Lucca, 1752, Libro XXVI.

⁽¹²⁾ F.C. SAVIGNY, *Sistema di diritto romano attuale*, Turín, 1896, VI, § 275, p. 198.

⁽¹³⁾ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Commentaria*, Venecia, 1590, tomo II, p. 165.

tales como, por ejemplo, el Estatuto de Pisa (*Constit usus*, cap. XXXII, XXXIII, XXXIV).

Vinnio (*Select juris qua est*, I, cap. 39), Voet (*Commentaria ad Pandectas*, XIII, 3, 3), Pacio (*Conciliat cento*, 3, núm. 72), Fachineo (*Controversiae* 1, 2, cap. 74), Saide (Decis, Frisiis, 1.3 cap. 4 def. 8) defendieron la idea de que en los juicios *stricti juris*, en caso de mora, el acreedor podía optar por el *quanti plurimi* entre el comienzo de la mora y la *litiscontestatio*, mientras que, en los juicios de buena fe, podía elegir entre el comienzo de la mora, la *litiscontestatio* y la resolución.

4. – Pasemos ahora a contemplar la vertiente romanista aludiendo a las opiniones que afloraron en la doctrina Pandectística alemana del siglo pasado. La remisión al *quanti plurimi* durante la mora por acto ilícito fue defendida por Puchta y Arndts, si bien suscitó las críticas de Mommsen y Sintenis ⁽¹⁴⁾. Madai, Schilling y Fritz ⁽¹⁵⁾ defendieron la estimación del daño contractual sobre la base de la cotización más alta alcanzada por aquel bien durante la mora hasta el momento de la resolución, que, a menudo, indica igualmente el valor más elevado. No obstante, Savigny, Vangerow y Brinz admitieron la posibilidad de que el deudor demostrase que el acreedor no habría vendido a dicho precio ⁽¹⁶⁾. En este mismo sentido se pronunció Windscheid, tras haber abandonado una postura más favorable para el deudor ⁽¹⁷⁾.

Otros autores han sostenido que, para reconocer dicho precio superior, el acreedor que contesta haber sufrido un daño por incumplimiento en la prestación de aquel bien debe demostrar y probar suficientemente que «habría estado dispuesto a venderlo a aquel precio» (según Sintenis) si se le hubiese hecho entrega o, en última instancia, que «tenía intención y oportunidad de venderlo»

(14) T. MOMMSEN, *Lehre von interesse*, Brunswick, 1855, págs 183, 208; C. F. SINTENIS, *Prackt.gem. civilrecht*, Leipzig, 1868, II, § 93, nota 41; F. G. PUCHTA, *Pandekten*, Leipzig, 1838, § 268.

(15) MADAI, *Die lehre von der mora*, Halle, 1835, § 45, p. 296.

(16) F. C. SAVIGNY, *ob. cit.*, §§ 275-278, págs. 240-260; VANGEROW, *Pandekten*, Marburg, 1865-1876, vol. 3, § 588; A. BRINZ, *Pandekten*, Erlangen, 1873, vol. 2, § 273.

(17) B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, Turín, 1930, II, págs. 103, 104 y la bibliografía cit. en la nota 15.

(según Unger) o, simple y llanamente, «oportunidad de vender» (según Cohnfeldt) ⁽¹⁸⁾.

Esto equivale a exigir al acreedor la prueba de que habría conservado la inversión en aquel bien hasta haber alcanzado su cotización más alta, momento que, a menudo, coincide con «el valor vigente en el momento de la resolución».

En consecuencia, la opinión de los Pandectistas, a diferencia de sus predecesores, hecha salvedad de Madai, Schilling y Fritz, deja de conceder al acreedor la facultad arbitraria de elegir la fórmula del *quanti plurimi* desde una perspectiva penalista frente al deudor moroso. Dichos autores han hecho hincapié, más bien, en la indemnización, entendiéndola incluso como la cotización más alta alcanzada a medio plazo hasta el momento de la resolución. Así pues, se determinaba el *quanti plurimi* en función de una presunción de inversión en aquel bien hasta el momento en que alcanzaba su máxima cotización, que podía coincidir igualmente con el valor vigente en el momento de la resolución.

La ventaja del alza de los precios se atribuía, pues, al acreedor como resultado de una desinversión prevista en dicho momento en caso de haberse hecho entrega del bien tempestivamente. Esto debía equivaler a recrear la condición en la que se habría encontrado el acreedor de no haber sufrido el perjuicio, esto es, la de resarcir el daño.

Es evidente que la teoría que atribuye al acreedor la prueba sobre la posible venta a ese precio (defendida por Sintenis y Unger) está más próxima a la teoría del resarcimiento del daño, mientras que se aleja en cambio de esta la teoría que presume la realización del mayor valor de mercado y que hace recaer sobre el deudor la prueba contraria de su intención de no vender a ese precio (teoría sostenida por Savigny, Mommsen, Vangerow y Brinz).

5. – Como hemos visto, la tradición romanista acabó privilegiando la *aestimatio rei* respecto del *id quod interest* en el resarcimiento del daño, aun habiendo admitido la *differentia specifica*.

⁽¹⁸⁾ COHNFELDT, *Die lehre von interesse nach rom. Recht.*, Leipzig, 1865, págs. 196 y ss.; UNGER, *System des oest. allg. Privatrechts*, II, Leipzig, 1859, p. 132, nota 10.

La evaluación [del daño] sobre la base de los precios vigentes en el momento de la resolución, por lo general al alza, y el *quanti plurimi* en particular, son, de hecho, manifestaciones del criterio objetivo, desde un punto de vista afflictivo frente al deudor. El Derecho Canónico y sus intérpretes se inclinaron por una postura contraria que se centraba en el *id quod interest*.

Dicha rama del Derecho, preocupada por erradicar todo interés o ganancia excesivos (usura), ha dedicado una particular atención a distinguir el daño emergente del lucro cesante, cuya indemnizabilidad, pese a no excluirse ⁽¹⁹⁾, estaba sujeta a especiales medidas de cautela y a pruebas rigurosas que trataban de evitar un excesivo lucro del acreedor y, en consecuencia, la usura. Ello entrañaba, inevitablemente, la definición correcta del ámbito del *id quod interest*, esto es, «de la reconstrucción ideal de la situación en la que el acreedor se habría encontrado, siguiendo el curso normal de las cosas, de no haber sufrido el daño».

El lucro cesante eventualmente derivado de las mercancías o de las transacciones debía calcularse y valorarse excluyendo los gastos de custodia y gestión, al tiempo que debía tener en cuenta la incertidumbre del mayor o menor beneficio y la posibilidad de pérdidas basándose, entre otras cosas, en los criterios de verosimilitud.

Se recomendaba asimismo proceder con la mayor cautela posible en materia de pruebas, puesto que «con poco dinero se obtienen las indicaciones de corredores, agentes y notarios relativas a las buenas oportunidades de inversión», debiendo considerarse como parámetro comparativo «la ganancia que obtendría el prestamista comprando o vendiendo respectivamente la mercancía por el mayor o menor precio en función del préstamo» ⁽²⁰⁾, que representaba, en definitiva, el tipo de interés del mercado.

El Tribunal de la Rota Romana [Santa Sede] estipuló como requisito de indemnizabilidad del lucro cesante la previa notificación por parte del acreedor al deudor acerca del tipo de inversión elegido y de los demás requisitos que el experto Paolo di Castro calificó de *castrenses* ⁽²¹⁾. No obstante, otros

⁽¹⁹⁾ C. NANI, *La teoria dell'id quod interest sotto l'influenza della legislazione e delle dottrine canoniche*, en *Archivio Serafini*, 1876, págs. 223 y 229, nota 3.

⁽²⁰⁾ G. B. DE LUCA, *Il dottor volgare*, Roma, 1673, págs. 406, 409.

⁽²¹⁾ C. NANI, *ob. cit.*, págs. 224 y 226, nota 1.

Tribunales que defendían la opinión más moderada de Ruino recomendaban efectuar detracciones del *quantum* del daño pese a quedar suficientemente demostrado, bien con motivo de la incertidumbre del lucro o bien por derivarse del cálculo hipotético, y no ya de la obligación ni del riesgo soportado ⁽²²⁾.

A su vez, la estimación del daño emergente estaba sujeta a medidas especiales impuestas por los tribunales dependientes del Tribunal de la Rota Romana que exigían que el acreedor informase al deudor sobre el programa de inversión y de gastos, tal y como sostenía Mohedano. La existencia de la mora quedaba subordinada a pruebas particularmente estrictas.

Así pues, el problema relativo al momento en el que encuadrar la estimación del daño se planteaba en términos absolutamente distintos para el Derecho Canónico respecto del Derecho Romano y del Derecho Común, al tiempo que se centraba, de manera necesaria, en el momento de la producción del daño.

Cabe destacar, pues, la moderna concepción de este derecho en esta materia a la que se ha prestado muy poca atención hasta la fecha y que es el resultado de la sensibilidad implícita en el querer evitar los excesivos intereses y ganancias (usura) del acreedor y en los esfuerzos por despenalizar el resarcimiento. Es posible analizar la omisión de referencia al *tempus rei judicandae* o al *quanti plurimi* desde esta óptica.

6. – Cabe considerar que la teoría de Pothier ⁽²³⁾ y el planteamiento de fondo de las legislaciones contemporáneas, en virtud de las que el daño es resarcible dentro de determinados límites, evolucionan paralelamente al Derecho Canónico.

En el derecho moderno predomina la opinión de que el resarcimiento se basa en el *id quod interest* y no en la *aestimatio rei* ⁽²⁴⁾.

Por lo general se suele enfatizar el dogma según el cual el ordenamiento italiano y los restantes ordenamientos jurídicos persiguen como objetivo el resarcimiento íntegro del daño, aun

⁽²²⁾ C. NANI, *ob. cit.*, págs. 217-221 y 226, nota 2.

⁽²³⁾ POTHIER, *Traité des obligations*, París, 1764, notas 159, 172.

⁽²⁴⁾ Esto sostiene, p.ej., entre otros muchos autores italianos: A. DE CUPIS, *Il danno*, Milán, 1966, nota 45 y bibliografía citada.

cuando haya transcurrido un período de tiempo, de forma que las consecuencias más onerosas recaigan sobre el deudor ⁽²⁵⁾.

Este postulado contradice los precisos límites a la resarcibilidad impuestos por los legisladores contemporáneos.

En la práctica, no será resarcible el daño que pueda evitarse ⁽²⁶⁾, el que dependa del concurso de la víctima y el daño contractual culposo o negligente no previsible en el momento de la formación del contrato ⁽²⁷⁾.

El lucro cesante debe liquidarse teniendo en cuenta las circunstancias del caso, es decir, con moderación ⁽²⁸⁾. Los legisladores tienden a hacer hincapié en los límites de la resarcibilidad. Este hecho delimita objetivamente la resarcibilidad a la esfera más próxima del daño.

7. – No obstante, en mi opinión, la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas europeas se han estancado en una visión bastante más obsoleta que la de los legisladores, quedando patente el influjo de la cultura romanista.

Así pues, pese a predominar, en teoría, el principio según el que tan sólo el *id quod interest* constituye el objeto del resarcimiento, en la práctica, se sigue privilegiando la remisión a la *aestimatio rei*, al igual que ocurre cuando se liquida el daño en base a los precios vigentes en el momento de la resolución.

Por su parte, los límites indicativos del alcance temporal del daño próximo a su acaecimiento de los que hablábamos antes, se conciben en sentido restrictivo y ambiguo.

La previsibilidad no se extendería, pues, a la valoración cuantitativa del daño, ni tan siquiera aproximativa, dado que sería previsible, en todo

⁽²⁵⁾ SSTS italiano núm. 132, Sala de lo Civil, de 12 de enero de 1982, en *Repertorio del Foro italiano*, 1982, bajo *Danni civili*, núm. 152, y la núm. 693, Sala de lo Civil, de 6 de febrero de 1982, *ibidem*, núm. 151, entre otras muchas.

⁽²⁶⁾ Art. 1227.2.º del CC italiano, en consonancia con el principio de solidaridad defendido en *Relazione min. al c.c.*, núms. 30-34; en Alemania, § 254.2.º, BGB; en Suiza, art. 34 del Código de las Obligaciones, transpuesto, asimismo, al Derecho [Civil] francés y español.

⁽²⁷⁾ Art. 1225 del CC italiano; art. 1150 del CC francés y art. 1107 del CC español.

⁽²⁸⁾ Art. 2056.2.º del CC italiano; así también en el CC alemán (BGB), § 252.2.º. De la moderación hablaba la teoría de POTHIER, *ob. cit.*, núm. 168, que, si bien aparecía recogida en el art. 47 del anteproyecto del Código Napoleónico, no fue admitida.

caso, la variación en sí de los precios ⁽²⁹⁾. De la misma forma, evitar el daño no equivaldría a obrar activamente hasta la sustitución del bien deteriorado, perdido o no entregado, sino a asumir un comportamiento meramente pasivo ⁽³⁰⁾.

En base a las premisas anteriores, pasemos ahora a examinar el marco contrastivo de las opiniones predominantes en la doctrina y jurisprudencia de los distintos países.

En *Alemania*. El principio predominante en este país establece que el cálculo debe efectuarse sobre la base de los precios vigentes en el momento en que se produce la efectiva indemnización del daño.

Desde el punto de vista procesal, esto se traduce en la asunción de los precios y salarios vigentes en el momento de la última fase de la vista oral ante el juez, en cuyo caso debe considerarse el ulterior desarrollo y progresión del daño hasta la previsible prestación de la indemnización. Si se verifican otros daños una vez concluida dicha fase, la parte perjudicada podrá reclamar su indemnización mediante un nuevo proceso y, en caso de disminución, podrá incoar una contrademanda o reclamación ejecutiva ⁽³¹⁾. Sin embargo, en algunos casos, la cuantía del resarcimiento puede fijarse en función de las circunstancias previas a la indemnización. Esto ocurre, p.ej., en el caso en que la parte perjudicada haya procedido a la reparación o a la adquisición de piezas de recambio, cuando se trate de una indemnización por un negocio perdido que habría podido celebrarse en una determinada fecha prefijada, o bien cuando nos encontremos ante el caso en que la progresión de los daños se concluya o interrumpa definitivamente por otras razones.

⁽²⁹⁾ Para un análisis de la cuestión, véase BELLINI, *L'oggetto della prevedibilità del danno*, en *Rivista di diritto commerciale*, 1954, II, págs. 302 y ss. Acerca de la extensión al *quantum*: C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, en el *Commentario del codice civile* bajo la dirección de Scialoja y Branca, Libro IV, *Delle obbligazioni* (arts. 1218-1229³), Bolonia-Roma, 1979, *sub art.* 1225, p. 389, nota 8; A. DE CUPIS, *Il danaro*, *cit.*, págs. 345 y ss.

⁽³⁰⁾ Véanse, entre otras muchas, las SSTs italiano núm. 5274, Sala de lo Civil, de 6 de agosto de 1983, en *Il Foro italiano*, 1984, I, c. 2819, y la núm. 4174, Sala de lo Civil, de 15 de julio de 1982, en *Repertorio del Foro italiano*, 1982, bajo *Danni civili*, núm. 53.

⁽³¹⁾ GRUNSKY, *Münchener-Kommentar*, Múnaco, 1985, vor § 249 BGB Rnr. 124 ff.; PALANDT, Múnaco, 1985, § 249, núm. 9; STAUDINGER, Berlín, 1983, § 249 BGB Rnr. 238 ff.; GLOSSER, *Der zeitpunkt der schadens bemessung im deliktsrecht*, Friburgo, 1977.

En relación con los intereses previstos en el Código Civil alemán (BGB), § 290, si se hubiese perdido el objeto durante la mora o no pudiese restituirse por otro motivo, el acreedor tendrá derecho a percibir los intereses legales devengados, equivalentes al 4% de la cuantía del daño a partir del momento de referencia para la definición del valor: §§ 288, 290, 849 BGB ⁽³²⁾.

En caso de robo o de daños a un objeto, el perjudicado podrá reclamar los intereses legales sobre el importe pendiente de sustitución, devengados a partir del momento en que se constate el valor reducido. Generalmente se trata del momento de la intervención o del evento dañoso. No se excluye una pretensión mayor.

En *Francia*. La tendencia menos reciente estimaba el daño en relación con los valores vigentes en el momento de la producción de aquél ⁽³³⁾.

La jurisprudencia predominante, en las sentencias de la Chambre de Requête (o Sala de lo Civil del TSJ francés), de 24 de marzo de 1942, y de la Cour de Cassation (o Tribunal Supremo francés), de 15 de julio de 1943 y de 12 de enero de 1948, se acogió por el contrario a los indicadores de precios y salarios vigentes en el momento de la resolución, concluyendo textualmente lo siguiente: la indemnización necesaria para compensar el perjuicio debía calcularse en función del valor del daño actualizado al momento de la sentencia ⁽³⁴⁾.

El sector más autoritario de la doctrina ha aplicado este mismo criterio. Entre otros muchos autores, Mazeaud, Savatier y Lalou ⁽³⁵⁾ se remiten a los precios vigentes en el momento de la resolución, tanto al alza como a la baja (*hausse* o *baisse de prix*), aplicando, no obstante, el mecanismo corrector consistente en que, en caso de disminución de los precios, el acreedor debe poder demostrar que habría vendido antes a un precio más alto, con el fin de obtener la indemnización del daño grave por retraso

⁽³²⁾ Entre otros muchos: BAUMBACH, DUDEN, HOPT, Múnich, 1985, § 352, 353, HGB [Código Mercantil alemán].

⁽³³⁾ Jurisprudencia citada, en H. y L. MAZEAUD, en *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, París, 1950, núms. 2420-8.

⁽³⁴⁾ H. y L. MAZEAUD, *ob. cit.*, p. 544.

⁽³⁵⁾ H. y L. MAZEAUD, *ob. cit.*, núms. 2420-6, 2421, 2423, 2423-9; R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, París, 1951, II, p. 602; H. LALOU, *Traité pratique de la responsabilité civile*, París, 1962, núm. 181.

(Mazeaud, núm. 2423-5; Savatier, núm. 603), cuya justificación reside en el hecho de haber perdido la oportunidad de vender sus títulos o valores negociables durante el intervalo comprendido entre el hurto y la sentencia (, por lo que dicha pérdida de oportunidad (*chance*) debe ser resarcida ⁽³⁶⁾.

Se repropone pues, de forma indirecta, la teoría que se remite al *quanti plurimi*.

Se adopta la misma conclusión en materia de daño en moneda extranjera, haciendo referencia al cambio en el momento del pago o liquidación ⁽³⁷⁾. Los intereses moratorios comienzan a devengar, coherentemente, desde el momento de la resolución (LALOU, *ob. cit.*, núm. 73; MAZEAUD, *ob. cit.*, núm. 2247). Por el contrario, no encuentra seguimiento la teoría relativa a la indexación del daño conforme al coste de vida contemplada en el ordenamiento italiano, en relación con los títulos de crédito.

La remisión al momento de la resolución y la fecha de devengo de los intereses moratorios tomando como referencia la primera derivan, *in primis*, del carácter atributivo además de declarativo de aquella parte de la sentencia que liquida el daño (LALOU, *ob. cit.*, núm. 73; MAZEAUD, *ob. cit.*, núm. 2261; SAVATIER, *ob. cit.*, núm. 602).

Predomina la opinión según la cual el daño permanece único e invariable desde que se produce hasta el momento de la resolución (MAZEAUD, *ob. cit.*, núm. 2420-14) y que la variación de los precios, considerada previsible de por sí, no comporta una transformación del daño. Se ha escrito al respecto que el daño permanece invariado y representa, en todo momento, la pérdida de dicho objeto (« mientras que cambia tan sólo su valor (« MAZEAUD, *ob. cit.*, núms. 2422, 2435-5).

No obstante, se introducen también algunos mecanismos correctores que debilitan la coherencia de las teorías originarias. De esta forma, cuando el perjudicado haya reparado por sí solo el daño, habremos de remitirnos al gasto incurrido ⁽³⁸⁾, mientras

⁽³⁶⁾ En este sentido, MAZEAUD, *ob. cit.*, núms. 2423-5, habla de un perjuicio adicional.

⁽³⁷⁾ R. SAVATIER, *ob. cit.*, núm. 605; H. y L. MAZEAUD, *ob. cit.*, núms. 2423-13 y ss.; H. LALOU, *ob. cit.*, núm. 186, y jurisprudencia citada en dicha fuente.

⁽³⁸⁾ H. y L. MAZEAUD, *ob. cit.*, págs. 2423-2, y jurisprudencia citada en las notas 2 y 3; SAVATIER, *ob. cit.*, núm. 606.

que, en el caso de un sujeto que haya sufrido una invalidez permanente y falezca, sucesivamente, por causas autónomas e independientes, tendremos que basarnos en el salario vigente en el momento de su muerte y no en el momento de la resolución ⁽³⁹⁾.

Por último, se termina por hacer devengar los intereses desde la fecha de interposición de la demanda, intereses calificados de compensatorios en lugar de moratorios, exacerbando el lucro del perjudicado.

En *Bélgica*. La Cour de Cassation [o Tribunal Supremo belga] ha desechado la referencia más antigua al momento de producción del daño y se ha remitido al momento de la resolución ⁽⁴⁰⁾.

En *España*. La jurisprudencia adopta como momento de referencia *el tiempo de ejercicio de la acción*, esto es, el momento de la interposición de la demanda ⁽⁴¹⁾.

No se propone como referencia el momento de la resolución por considerarse incompatible con el principio de congruencia entre sentencia y demanda contemplado en el art. 359 del CPC español.

Por lo general, se excluye que los intereses moratorios comiencen a devengar a partir de la fecha de interposición de la demanda, ya que «no existe mora cuando la cantidad solicitada resulta ilíquida ⁽⁴²⁾. Dicho postulado se encuentra hoy en día sujeto a revisión crítica por parte de la doctrina (J. Santos Briz, L. Díez-Picazo, M. Albaladejo), propensa a considerar que los intereses devengan a partir de la fecha de interposición de la demanda ⁽⁴³⁾.

Actualmente, un sector de la doctrina más reciente (J. Santos Briz, L. Díez-Picazo) y de la jurisprudencia, bajo la influencia italiana, sostiene la introducción de la categoría de los títulos de

⁽³⁹⁾ H. y L. MAZEAUD, *ob. cit.*, núm. 2419. No obstante, se toma principalmente como referencia el salario vigente en el momento de la resolución: MAZEAUD, *ob. cit.*, núm. 2421; H. LALOU, *ob. cit.*, núm. 181.

⁽⁴⁰⁾ Tribunal Supremo belga, 7 de febrero de 1946, en MAZEAUD, *ob. cit.*, núms. 2480-8, nota 21.

⁽⁴¹⁾ Tribunal Supremo español, 30 de octubre de 1956, y jurisprudencia consolidada en: J. SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil en el derecho sustantivo y procesal*, Madrid, 1981, p. 289.

⁽⁴²⁾ Tribunal Supremo español, 28 de febrero de 1975 y 12 de julio de 1973, en J. SANTOS BRIZ, *ob. cit.*, págs. 343 y ss.

⁽⁴³⁾ L. DÍEZ-PICAZO Y ANTONIO GILLÓN, *Sistema de derecho civil*, Madrid, 1978, II, p. 157; ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, *Derecho des obligaciones*, Barcelona, 1980, § 32, p. 179.

crédito ⁽⁴⁴⁾. Esta categoría se define como aquella «en la que el dinero funciona como un equivalente de otros bienes o de otros servicios ⁽⁴⁵⁾, y no ya como un medio nominal de intercambio. Se tiende a añadir los intereses devengados desde la fecha de interposición de la demanda hasta la revaluación monetaria, tal y como ocurre en el sistema italiano, duplicando así el resarcimiento, lo que se traduce en un lucro excesivo ⁽⁴⁶⁾.

En *Gran Bretaña*.. La jurisprudencia y la doctrina se remiten a los precios y salarios vigentes a día del incumplimiento (Philips vs. Ward, 1956, J.W.L. 471) o en el momento de producción del daño o de los daños sucesivos (véanse autores citados por Mazeaud núm. 2358, núm. 2).

En los *Estados Unidos de América*. El sistema se remite al momento de producción del daño o del daño sucesivo, teniendo en cuenta la devaluación monetaria (véase HARPER AND JAMES, vol. II, § 25; RITA HAUSER, *Breach of Contracts Damages during inflation*, 23 *Tulane Law Review* 307, 322, 1959, al que se remiten Mazeaud y Tunc, II, p. 567, nota 21).

En *Canadá*. La jurisprudencia se basa en los valores y salarios vigentes en el momento del incumplimiento o del acto ilícito ⁽⁴⁷⁾. La Ley de 21 de febrero de 1957 introdujo en el Código Civil de Québec el art. 1056, en virtud del que los intereses comienzan a devengar desde el momento de interposición de la demanda judicial, quedando derogado el principio *in illiquidis non fit mora*.

En *Suiza*. Para valorar el daño, se toma como referencia el momento en que se produce y se suman al cálculo los intereses y el daño grave por mora conforme al art. 116 del Código de las Obligaciones. Las obligaciones en moneda extranjera se traducen en francos suizos y las eventuales diferencias de cambio posteriores se liquidan tan sólo en calidad de daño por mora, siempre que se demuestre que se habría efectuado el cambio ⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁴⁾ J. SANTOZ BRIZ, *ob. cit.*, págs. 289 y ss.; STS español de 20 de mayo de 1977, Sección I, *ibidem*, p. 343.

⁽⁴⁵⁾ L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Madrid, 1983, I, págs. 464-477.

⁽⁴⁶⁾ En este sentido se pronuncia SANTOS BRIZ, *ob. cit.*, p. 315.

⁽⁴⁷⁾ P. AZARO, *Jurisprudence et doctrine canadiennes en matiere de responsabilité civile* (suplemento al tratado de H. LALOU, París, 1962, p. 18).

⁽⁴⁸⁾ Tribunal Federal suizo, en *Raccolta decisioni*, 1960, II, p. 340; 1947, II, p. 193; 1946, II, p. 380; F. BOLLA, *Repertorio di giurisprudenza patria*, 1936, p. 472;

En los *Convenios internacionales de la Haya, de 1 de julio de 1964, y de Viena, de 11 de abril de 1980*. El art. 84.1 del Convenio de la Haya y el art. 76 del Convenio de Viena admiten, respectivamente, en caso de daño por rescisión contractual, la remisión al criterio de los precios vigentes en el momento de la rescisión del contrato y no al momento en que habría podido resolverse. Dicho momento se corresponde, de forma aproximativa, con el momento de interposición de la demanda.

Dicha solución dio lugar a enfervorecidos enfrentamientos de opiniones con motivo de la Conferencia de Viena y recibió incluso las críticas del propio Presidente dado que, se afirmaba, podía incitar a la parte que rescinde del contrato a especular en perjuicio de la contraparte. No obstante, se objetó que debía aplicarse el mecanismo corrector consistente en excluir los mayores daños evitables actuando, por ejemplo, una sustitución más tempestiva.

Cabe apreciar la opinión doctrinal que tiene en cuenta «la relación costes-beneficios» a la hora de calcular el daño en general ⁽⁴⁹⁾; sin embargo, no parece coherente la opinión favorable al cambio a la hora de liquidarlo.

8. – Pasemos a ver ahora los planteamientos y tendencias sostenidos en Italia.

Remontándonos a la época del Código Civil de 1865, la jurisprudencia se debatió entre la estimación del daño, especialmente el contractual, en función del valor que la prestación tenía en el momento del incumplimiento y el que tenía, en cambio, en el momento del restablecimiento. Esta opinión predominó, en particular, en aquellos casos en los que el acreedor, en lugar de la resolución, hubiese solicitado y obtenido la sentencia ejecutiva, y aún no se le hubiese dado cumplimiento.

El cálculo de la invalidez permanente de la persona se efectuaba en función del salario vigente en el momento en que se produjese o verificase el daño. Se añadían los intereses

SCHNITZER, *Manuale di diritto privato della Svizzera*³, p. 667.

⁽⁴⁹⁾ F. BONELLI, *La responsabilità per danni*, en *La vendita internazionale*, cuaderno núm. 39 de *Giurisprudenza commerciale*, Milán, 1981, págs. 265, nota 36, 265-266, 281 y ss., 291 y ss.

legalmente previstos relativos al período transcurrido desde el momento del incumplimiento hasta la liquidación, intereses calificados de compensatorios por su clara función de tipo de actualización de la indemnización, y no ya moratorios, con motivo del principio *in illiquidis non fit mora*.

En la doctrina, autores como Albertario, Ascoli, Brugi, Chironi, De Ruggiero o Stolfi ⁽⁵¹⁾, sostuvieron que la valoración debía efectuarse sobre la base del valor de la cosa en el momento en que debía haberse hecho entrega de la misma, si bien otros autores, entre los que destaca Tedeschi, se remitieron al momento de la resolución.

Las obras de Tedeschi ⁽⁵²⁾ se distinguieron por su esquema doctrinal y coherencia dogmática, e influenciaron la doctrina posterior. Asimismo, suscitó no pocas polémicas el problema del tipo de cambio, con el consiguiente debate acerca de la referencia al momento del vencimiento o del pago, al que debía ser proporcionada la prestación tardía en moneda extranjera ⁽⁵³⁾.

En 1942, el nuevo legislador no se mostró propenso a resolver el problema de fondo, a juzgar por la siguiente afirmación textual realizada por escrito: compete a la doctrina y a la jurisprudencia determinar el momento al que cabe remitirse para evaluar el daño ⁽⁵⁴⁾.

No obstante, el epígrafe núm. 1 del art. 1219.2.º del CC italiano abandona el principio *in illiquidis non fit mora*, al tiempo que el art. 1227 impone al acreedor la obligación de evitar la agravación del daño ⁽⁵⁵⁾. En relación con el problema

⁽⁵¹⁾ ALBERTARIO, *Il Monitore dei tribunali*, 1910, p. 22; ASCOLI, *Codice civile annotato*, Milán, 1920, sub art. 1931, núm. 81; BRUGI, *Istituzioni di diritto civile*, Milán, 1923, p. 265; CHIRONI, *Colpa extracontrattuale*, Milán, 1906, II, núm. 434 bis, p. 369; id., *Colpa contrattuale*, págs. 584 y ss.; N. STOLFI, *Diritto civile*, Milán, 1934, III, núm. 353.

⁽⁵²⁾ TEDESCHI, *Il danno e il momento della sua determinazione*, en *Rivista di diritto privato*, 1933, I, págs. 263 y ss.; id., en *Rivista di diritto commerciale*, 1934, I, págs. 234-244.

⁽⁵³⁾ Para un análisis doctrinal y jurisprudencial, véase G. VALCAVI, *Il corso di cambio e il danno da mora nelle obbligazioni in moneta straniera*, en *Rivista di diritto civile*, 1985, II, págs. 253 y ss., notas 5, 6 y 7.

⁽⁵⁴⁾ Informe del Ministro de Justicia, núm. 721.

⁽⁵⁵⁾ Acerca de que el ordenamiento italiano no admite el principio *in illiquidis non fit mora*, se ha pronunciado, entre otras muchas, la STS italiano núm. 73, Sala de lo Civil, de 12 de enero de 1976, en *Repertorio della Giurisprudenza italiana*, 1976,

que nos ocupa, no se han percibido plenamente todas las repercusiones de los antedichos preceptos.

La jurisprudencia predominante, basada en el nuevo Código Civil, ha calificado el resarcimiento del daño de título de crédito. Asimismo, estima el daño cuando se produce y lo vuelve a valorar en función de la posterior depreciación monetaria, hasta el momento de la liquidación ⁽⁵⁶⁾.

En una época más próxima a la nuestra, se ha venido sosteniendo el planteamiento alternativo consistente en calcular la indemnización sobre la base de los precios y los salarios ⁽⁵⁷⁾ vigentes en el momento de la liquidación, dado que —se ha considerado— ambos métodos alcanzan el mismo resultado práctico, si bien por vías distintas ⁽⁵⁸⁾. Se suman, asimismo, los intereses legales que continúan calificándose de compensatorios y no moratorios, pese a considerar totalmente obsoleto el principio *in illiquidis non fit mora* ⁽⁵⁹⁾. Dichos intereses se calcularán indistintamente sobre el capital revalorizado ⁽⁶⁰⁾ o sobre el capital originario ⁽⁶¹⁾.

Las tendencias de la doctrina italiana, sin embargo, se revelan bastante más ramificadas y contrastantes. Para valorar el daño causado por acto ilícito, Greco ⁽⁶²⁾ y Peretti Griva ⁽⁶³⁾ hacen referencia al momento en que se produce, mientras que

c. 2968, núm. 282.

⁽⁵⁶⁾ Entre otras muchas, cfr. las SSTS italiano núm. 1420, Sala de lo Civil, de 28 de febrero de 1984, y la núm. 890, Sala de lo Civil, de 6 de febrero de 1984, en *Massimario di Giustizia Civile*, 1984, núms. 296, 452.

⁽⁵⁷⁾ STS italiano núm. 4297, Sala de lo Civil, de 5 de agosto de 1982, en *Repertorio di Giurisprudenza italiana*, 1982, voz *Danni*, c. 815, núm. 55. Por el contrario, en relación con el caso: Sent. del Tribunal de Apelación de Génova, de 2 de septiembre de 1966; Sent. del Tribunal de Apelación de Génova, de 9 de julio de 1946; Sent. del Tribunal de Apelación de Génova, de 4 de marzo de 1966, en *Repertorio di Giurisprudenza italiana*, 1944-47, voz *Responsabilità civile*, núms. 192, 195, 196.

⁽⁵⁸⁾ STS italiano núm. 3814, Sala de lo Civil, de 4 de julio de 1979, en *Repertorio di Giustizia Civile*, 1979, p. 732, núm. 135.

⁽⁵⁹⁾ STS italiano núm. 2240, Sala de lo Civil, de 30 de marzo de 1985, en *Repertorio di Giustizia Civile*, 1985, voz *Danni*, c. 731, núm. 24.

⁽⁶⁰⁾ SSTS italiano núm. 475, Sala de lo Civil, de 13 de julio de 1983, en *Massimario di Giustizia Civile*, 1983, núm. 1677; la núm. 3216, Sala de lo Civil, Sección I, de 19 de julio de 1977, en *Massimario di Giustizia Civile*, 1977, núm. 1269.

⁽⁶¹⁾ STS italiano núm. 3992, Sala de lo Civil, de 9 de julio de 1984, en *Repertorio di Giurisprudenza italiana*, 1984, c. 2182, núm. 272, entre otras muchas.

⁽⁶²⁾ P. GRECO, *Debito pecuniario, debito di valore e svalutazione monetaria*, en *Rivista di diritto commerciale*, 1947, II, p. 112.

⁽⁶³⁾ PERETTI GRIVA, *Momento di valutazione del danno nell'illecito aquiliano*, en *Giurisprudenza italiana*, 1947, I, 2, c. 51 y ss.

Ascarelli ⁽⁶⁴⁾, De Cupis ⁽⁶⁵⁾ y Nicolò ⁽⁶⁶⁾ se remiten al momento de la liquidación. Pasemos ahora al daño contractual. Para valorar el que se deriva de la resolución por incumplimiento, Nicolò ⁽⁶⁷⁾ y Greco ⁽⁶⁸⁾ se remiten a los valores vigentes en el momento del incumplimiento, mientras que Ascarelli ⁽⁶⁹⁾, Mengoni ⁽⁷⁰⁾ y Raffaelli ⁽⁷¹⁾, toman como referencia el momento de interposición de la demanda judicial y, por último, Mosco ⁽⁷²⁾ se remite al momento de la resolución.

Ascarelli y Greco proceden a la sucesiva equiparación monetaria ⁽⁷³⁾. Para estimar el daño causado por perecimiento fortuito del bien durante la mora, Mengoni y Nicolò ⁽⁷⁴⁾ se han remitido al momento del perecimiento o pérdida de la cosa, mientras que Ascarelli ⁽⁷⁵⁾ se ha remitido al momento de la resolución. Este último se remite, asimismo, a la resolución para evaluar el daño derivado de la no entrega de la cosa, una vez recaída la sentencia ejecutiva. Asimismo, opta por soluciones y medidas inspiradas en la lógica afflictiva del *quanti plurimi* ⁽⁷⁶⁾.

Todos concuerdan en añadir los intereses monetarios devengados desde la interposición de la demanda, intereses considerados compensatorios.

Por último, el autor de estas líneas ha sostenido que el daño debe estimarse, por lo general, en referencia a los precios y

⁽⁶⁴⁾ T. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, en el *Commentario del c.c.* bajo la dirección de Scialoja y Branca, Libro IV, *Delle obbligazioni* (arts. 1277-1284), Bologna-Roma, 1963, sub art. 1279, núm. 179, p. 522.

⁽⁶⁵⁾ A. DE CUPIS, *ob. cit.*, I, p. 269.

⁽⁶⁶⁾ R. NICOLÒ, *Gli effetti della svalutazione della moneta*, en *Il Foro italiano*, 1946, IV, c. 50 y ss.

⁽⁶⁷⁾ R. NICOLÒ, *ob. cit.*, c. 51.

⁽⁶⁸⁾ P. GRECO, *ob. loc. cit.*

⁽⁶⁹⁾ T. ASCARELLI, *ob. cit.*, p. 526.

⁽⁷⁰⁾ MENGONI, *Rassegna critica di giurisprudenza*, en *Temi*, 1946, págs. 581 y ss.

⁽⁷¹⁾ G. A. RAFFAELLI, *Intorno al momento della determinazione del danno*, en *Il Foro padano*, 1946, I, c. 89 y ss.; id. en *Il Foro padano*, 1946, I, c. 553.

⁽⁷²⁾ MOSCO, *Effetti giuridici della svalutazione*, Milán, 1948, p. 83.

⁽⁷³⁾ P. ASCARELLI, *ob. cit.*, p. 519; P. GRECO, *ob. loc. cit.*

⁽⁷⁴⁾ MENGONI, *ob. loc. cit.*; R. NICOLÒ, *ob. cit.*, c. 51.

⁽⁷⁵⁾ T. ASCARELLI, *ob. cit.*, p. 521, nota 1, y p. 525.

⁽⁷⁶⁾ T. ASCARELLI, *ob. cit.*, págs. 523, 531 y 532, nota 1, donde replantea la distribución de presunciones y de la carga de la prueba contraria de forma análoga a cuanto propusieran, ya en su momento, los pandectistas.

salarios en vigor cuando se produce aquél ⁽⁷⁷⁾, mientras que, en lo concerniente a la indemnización de la posterior demora hasta la prestación del equivalente, cabe remitirse a la regla fundamental contenida en los arts. 1224.1.º y 1224.2.º del CC italiano, aplicable también a las obligaciones pecuniarias ilíquidas tras haberse abandonado el criterio *in illiquidis non fit mora*.

En consecuencia, deben añadirse al capital de resarcimiento los intereses legales y la mayor indemnización moratoria conforme al art. 1224.2.º del CC italiano, calculada a partir de la diferencia entre los primeros y el normal rendimiento del dinero ⁽⁷⁸⁾. De esta forma, sumando al capital originario su normal rendimiento monetario posterior hasta el momento de la liquidación, se obtiene el completo restablecimiento del daño.

9. – Comencemos, pues, por realizar un análisis crítico de las bases de las opiniones que, en los distintos ordenamientos, estiman el daño en función de los precios vigentes en momentos más o menos próximos a la indemnización, en lugar del momento en que este e produce.

A continuación reflexionaremos sobre el carácter fundado o no de las opiniones que, por el contrario, indexan los créditos en virtud del tipo de devaluación o revaluación monetaria (se trata de los denominados títulos de crédito).

Por último se propondrá la solución que mejor se corresponda con la naturaleza y con los diversos aspectos del problema acerca del que Huberio, siguiendo el ejemplo de Cujacio, escribió: «nihil est apud interpretes iudicesque hac obscuritate celebrius» ⁽⁷⁹⁾.

⁽⁷⁷⁾ G. VALCAVI, *Riflessioni sui c.d. crediti di valore, sui crediti di valuta e sui tassi di interesse*, en *Il Foro italiano*, 1981, I, c. 2112; id., *Evitabilità del maggior danno ex art. 1227, 2º comma c.c. e rimpiazzo della prestazione non adempiuta*, en *Il Foro italiano*, 1984, I, c. 2820; id., *Ancora sul maggior danno da mora nelle obbligazioni pecuniarie: interessi di mercato o rivalutazione monetaria*, en *Il Foro italiano*, 1986, I, c. 1540.

⁽⁷⁸⁾ G. VALCAVI, *Rivalutazione monetaria o interessi di mercato?*, en *Il Foro italiano*, 1980, I, c. 118; id., *La stima del danno nel tempo con riguardo alla inflazione alla variazione dei prezzi e all'interesse monetario*, en *Rivista di diritto civile*, 1981, II, págs. 332 y ss.

⁽⁷⁹⁾ HUBERIO, *Praelectiones iuris civilis*, Leipzig, 1707, *Tit. de condict. tritic.* 3, en TEDESCHI, *ob. ult. cit.*, p. 242, nota 2.

Comencemos por adentrarnos en el primer argumento, partiendo de la valoración del daño consistente en la sustracción, deterioro o pérdida y no entrega de una cosa.

Las diferentes teorías al respecto han acabado valorando el daño en función de los valores vigentes en el momento de la demanda judicial y, sobre todo, en el momento de la resolución. En este sentido ha desempeñado un papel fundamental el principio *in illiquidis non fit mora* largamente predominante, también en el ordenamiento italiano, hasta no hace mucho.

Dicho principio ha dificultado la distinción entre el daño por incumplimiento (o por acto ilícito) y el derivado, más bien, de la prestación tardía del equivalente, y no ha permitido prever un diverso y distinto resarcimiento para ambos tipos de daño, lo que ha llevado a unificar los anteriores, dando origen a un solo tipo. Este *modo* de interpretar la indemnización resulta rudimentario, por lo que cabe excluirlo, sobre todo ahora que el principio *in illiquidis non fit mora* ha dejado de tener aplicación ⁽⁸⁰⁾.

En vista de cuanto expuesto, cabe reconsiderar las teorías de aquellos juristas extranjeros que consideran el daño único, desde que se produce hasta que se liquida, y cuya concepción permanece inalterada pese a la variación del valor.

En realidad, da la impresión de que no es posible distinguir entre daño y valor, dado que el daño representa en esencia un valor económico ⁽⁸¹⁾, por lo que su transformación modifica, consecuentemente, su extensión y existencia misma. Así, por ejemplo, en el caso concreto de las acciones industriales, un aumento sobrevenido de su valor será presumible tan sólo como un lucro cesante, mientras que una pérdida de valor de dichas acciones, p.ej., con motivo de la quiebra de la sociedad, determinará que el daño no pueda calificarse de invariado en el período de tiempo en cuestión. No obstante, dichas proposiciones se revelan inaceptables. Cabe, pues, poner de manifiesto que es distinto el daño directamente dependiente o causado por un ilícito o por incumplimiento (doloso o culposo), al igual que es diferente el daño causado por la prestación tardía del equivalente (generalmente culposo) y distintas son, asimismo, las reglas y los contenidos de los respectivos resarcimientos.

⁽⁸⁰⁾ H. y L. MAZEAUD, *ob. cit.*, núms. 2420-11, 2420-15, 2421, 2423.

⁽⁸¹⁾ H. y L. MAZEAUD, *ob. cit.*, p. 2389.

En cuanto al retraso, adquiere importancia la normal indemnización moratoria de las obligaciones pecuniarias que se aplica también regularmente a los créditos ilíquidos por el abandono del principio antedicho. No es posible concordar con la otra opinión, en virtud de la cual el acreedor tendría derecho al valor en el momento de la resolución o a la mayor cotización intermedia, al presumirse que tiene derecho a la cosa en cualquier momento. En realidad, la lógica que guía el resarcimiento del daño es distinta de aquella concerniente a la prestación de la cosa debida y, por consiguiente, a su ejecución específica ⁽⁸²⁾. La prestación de la cosa se debe por las específicas utilidades de esta con independencia de cuál sea su valor de mercado, al alza o a la baja, si bien dicho valor cobra gran importancia en el resarcimiento del daño ⁽⁸³⁾.

Por este motivo, la elección del acreedor entre cumplimiento específico y resarcimiento del daño, cuando es posible, no representa una elección homogénea, sino que se trata de una elección virtual entre dos valores diferentes referidos a dos momentos distintos ⁽⁸⁴⁾. En otras palabras, la obligación resarcitoria acabaría reduciéndose a una obligación alternativa respecto al cumplimiento y, en la medida en que la prestación pecuniaria resultase más apetecible que la prestación en especie, equivaldría a un *quanti plurimi*.

Esta opinión sólo encuentra cierta justificación normativa en aquellos ordenamientos, distintos del italiano, en los que únicamente se puede exigir el resarcimiento tras haber requerido en vano el cumplimiento ⁽⁸⁵⁾. El ordenamiento italiano no puede acoger, pues, la propuesta de aquellos autores que, para valorar el daño, se remiten al momento de la resolución en el caso en que el perjudicado haya efectuado, en un primer momento, el requerimiento de cumplimiento ⁽⁸⁶⁾, ya que el juez puede excluir la

⁽⁸²⁾ En este tema se basan las opiniones de los defensores de la valoración en el momento de la resolución o del *quanti plurimi*. No obstante, para tener una visión crítica: G. TEDESCHI, en *Rivista di diritto commerciale*, cit., p. 243.

⁽⁸³⁾ Se admitía este elemento diferencial ya en época de los juristas romanos, quienes precisaron que el cumplimiento hacía referencia a la *omnis utilitas* de la cosa, si bien el resarcimiento concernía, sin embargo, al valor de mercado de aquélla (esto es, al *quanti ea res est, erit, fuit*).

⁽⁸⁴⁾ G. VALCAVI, *Riflessioni sui c.d. crediti di valore*, cit., loc. cit.

⁽⁸⁵⁾ Como en el ordenamiento alemán: §§ 288, 290, 849 del BGB.

⁽⁸⁶⁾ T. ASCARELLI, *ob. cit.*, p. 523; L. MENGONI, *ob. loc. cit.*

reintegración cuando la considere excesivamente onerosa conforme al art. 2058.2.º del CC italiano, por lo que el relativo valor no representa un parámetro cierto de la indemnización por equivalente.

Tampoco parece admisible la otra justificación que establece como condición previa que el acreedor reciba la indemnización para poder reparar el daño ⁽⁸⁷⁾. Esta tesis queda desechada por el deber de cooperación que recae sobre el perjudicado para evitar la agravación del daño, codificado por el ordenamiento italiano, entre otros, y que se extiende a la pretensión sustitutiva del bien.

La opinión contraria minimiza el deber de solidaridad activa a un mero comportamiento de espera.

Del mismo modo, la adopción de los valores vigentes en el momento de la resolución no se justifica mediante la motivación de fondo de hacer partícipe al acreedor del beneficio del alza de aquéllos, en lugar del deudor que, de lo contrario, se vería injustamente aventajado ⁽⁸⁸⁾.

En realidad, el alza de dichos valores es puramente virtual dado que es más probable que se verifique su paridad o, incluso, su disminución. En este último caso, la parte perjudicada ni siquiera percibiría el equivalente de la cosa que le era debida en su momento ni mucho menos una indemnización, aun tratándose tan sólo de una indemnización a tanto alzado en abstracto, por el retraso en la prestación. En definitiva, como resultado del intento de hacerlo partícipe del alza, termina soportando y estando gravado por la incógnita de un descenso, subvirtiendo la norma de la transmisión del riesgo del acreedor consiguiente a la mora con la *perpetuatio obligationis*, circunstancia conocida por los juristas que han solucionado el problema remitiéndose al *quantum plurimi*.

No obstante, considero inaceptable una opinión que se inspira a todas luces en una lógica gratificadora para el acreedor y aflictiva para la parte perjudicante ya que resulta inadecuada en la medida en que no prevé cobertura alguna del

⁽⁸⁷⁾ F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milán, 1954, II, §§ 115, 257; G. TEDESCHI, en *Rivista di diritto privato*, cit., p. 263.

⁽⁸⁸⁾ Trata este tema TEDESCHI, en *Rivista di diritto commerciale*, cit., p. 245.

daño causado durante el período que va del momento de la presumida desinversión en la cotización más alta hasta el momento de la prestación efectiva de la indemnización.

En cualquier caso, el hecho de haber optado por añadir los intereses devengados desde el acto ilícito (o desde la interposición de la demanda, en el ámbito de la responsabilidad contractual) equivale a reconocer a estos la función de tipo de actualización temporal insustituible, incluyendo al hacerlo a los créditos ilíquidos, en lugar de considerar la posterior variación de los valores, de forma que su resultado coincida con el más actualizado de la cosa robada, deteriorada y no entregada.

Queda por ver si el caso en que el propio deudor se beneficia de una tendencia alcista de los precios está completamente fuera de lugar o tiene algún fundamento.

En mi opinión, el hecho de que éste no pueda sacar provecho de una baja sobrevenida de los precios justifica el que no se le pueda gravar con una eventual subida y, viceversa, no parece que el acreedor pueda beneficiarse del aumento, en la medida en que ya no soporta el riesgo de su descenso.

Este hecho se sustenta en la lógica de la transmisión del riesgo al deudor postulado por la *perpetuatio obligationis*.

A este punto, conviene tratar en el seno de nuestro análisis discursivo el significado que debe atribuirse a la *perpetuatio obligationis*. Ésta se suele interpretar como la mera cristalización o materialización del objeto de la prestación debida ⁽⁸⁹⁾. De esta forma, la transmisión del riesgo queda encuadrada bajo el perfil limitado de la *res debita*, por lo que ésta *numquam perit*.

Este modo de considerar las cosas resulta en exceso restrictivo.

Desde el punto de vista del autor, la *perpetuatio obligationis* debe entenderse, en cambio, como la cristalización del riesgo y, por consiguiente, del valor económico de la prestación debida ⁽⁹⁰⁾. Cabe considerar la propia insensibilidad del acreedor frente

⁽⁸⁹⁾ Así lo interpreta QUADRI, *Le clause monetarie*, Milán, 1981, págs. 146 y ss.; FAVARA, en *Il Foro italiano*, 1954, I, c. 742. Para tener una visión más genérica: M. BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Perpetuatio obligationis*, Padova, 1979, págs. 4 y ss.

⁽⁹⁰⁾ Concuerdan con esta opinión: F. CARNELUTTI, en *Rivista di diritto commerciale*, 1929, I, págs. 47, 50; G. VALCAVI, *Il corso di cambio e il danno da mora*, cit., en *Rivista di diritto civile*, 1985, II, p. 258; R. DE RUGGIERO, *Istituzioni*

al perecimiento o pérdida de la cosa debida como una consecuencia de este razonamiento. Hemos de entender la transmisión del riesgo en ambos sentidos, por lo que, como norma general, una disminución de los precios no perjudicará al acreedor, al igual que tampoco podrá beneficiarle la tendencia alcista de los mismos. De la misma forma, el deudor no sacará provecho de la tendencia bajista de los precios, si bien tampoco se verá perjudicado por una subida de aquéllos.

Podemos aplicar cuanto se ha afirmado acerca de los precios a cualquier variación de los valores, ya sea con signo positivo o negativo, como en el caso en que una empresa esté experimentando pérdidas considerables, hasta el punto de reducir o cancelar el capital o, viceversa, atraviere un período de prosperidad.

El cálculo de las pérdidas o beneficios sucesivos no puede influir en la estimación del *badwill* (minusvalía) o del *goodwill* (plusvalía, fondo de comercio), esto es, del daño, ya sea en detrimento o en favor del acreedor ⁽⁹¹⁾, ni tanto menos, a mayor razón, puede admitirse la teoría partidaria de fijar la estimación en el momento del perecimiento o pérdida ⁽⁹²⁾.

En virtud de estas reflexiones, no parece que el deudor obtenga un beneficio injusto por no estar gravado con la subida posterior de los precios, de forma que éste se atribuye al acreedor, que, por el contrario, no soporta el riesgo del descenso de los mismos. La postura contraria sigue arrastrando las dificultades inherentes a la fórmula del *quanti plurimi*, concepción típicamente penalista y, en consecuencia, claramente desechable.

10. – Realizando un análisis más exhaustivo, observamos que las antedichas teorías y tesis, dominantes en las distintas épocas y en la actualidad, comparten, en mi opinión, una visión de fondo errónea que antepone la *aestimatio rei* al *id quod interest*, principio en el que reside no obstante desde siempre, según la

di diritto civile, Messina, 1967, III, p. 138; PESTALOZZA, en *Giurisprudenza italiana*, 1946, I, 2, c. 364.

⁽⁹¹⁾ Para tener una visión al respecto: L. GUATRI, *La valutazione delle aziende*, Milán, 1984.

⁽⁹²⁾ MENGONI, *ob. loc. cit.*; T. ASCARELLI, *ob. cit.*, p. 521, nota I, y p. 525.

opinión común, la esencia del daño y su correcto resarcimiento. A este punto, cabe recordar que el *id quod interest* representa la diferencia en términos monetarios derivada de la confrontación entre la situación patrimonial en la que el perjudicado se habría encontrado, siguiendo el curso normal de los hechos, de no haber sufrido el perjuicio, y aquella en la que, por el contrario, se halla como resultado del mismo ⁽⁹³⁾.

La *aestimatio rei* se traduce, por el contrario, en el precio que representa el valor instantáneo de un determinado bien en un preciso momento, dado que, tal y como afirmaba Séneca, *pretium enim pro-tempore est*.

En teoría no se puede excluir el hecho de que, en ocasiones, el resarcimiento calculado en base al interés coincida o se corresponda con el valor objetivo de una determinada cosa. No obstante, esta circunstancia se verifica, en última instancia, por correspondencia ocasional y no por coincidencia de criterios ⁽⁹⁴⁾.

A este respecto, y en relación con las fórmulas romanas, se ha escrito que, mientras que en el *quanti ea res est* era mucho más probable la convergencia fortuita de ambos criterios, el interés y la verdadera esencia de la *rei aestimatio* tendían a asumir, en un segundo momento, una posición recíprocamente antitética.

Resulta manifiesta la discordancia existente entre los resultados de la aplicación de uno u otro criterio, aun partiendo del mismo precio en el mismo período de referencia. Basta tomar como referencia, por ejemplo, el precio en el *tempus rei judicandae*, presumiéndolo al alza respecto del precio en el momento del incumplimiento.

El método de la *aestimatio rei* nos llevará a calcular la indemnización sobre la base de dicho precio.

Sin embargo, si se aplica el criterio que apunta al *id quod interest*, se presumirá la prestación de aquel bien en el momento debido, se supondrá la posterior conservación de la inversión de aquel bien hasta el momento de la resolución (hecho que deberá demostrar el perjudicado) y, por último, habrá que deducir de

⁽⁹³⁾ Los diversos ordenamientos, incluidos los anglosajones, han admitido e incorporado, por lo general, la *differenztheorie*; véanse E. BETTI, *Id quod interest*, en el *Novissimo Digesto italiano*, VIII, s.a., Turín, 1975, p. 133; A. DE CUPIS, *Il danno*, cit., págs. 49 y ss. En este sentido, el § 252.2.º del Código Civil alemán (BGB) define el lucro cesante.

⁽⁹⁴⁾ G. PUGLIESE, en *Il Foro italiano*, 1955, I, c. 578 y ss.

aquellos ingresos brutos los gastos de conservación y las cargas financieras que habrían incidido *medio tempore* en aquella inversión ⁽⁹⁵⁾. Como ya hemos dicho, una eventual plusvalía, al neto de costes y otros gastos, actuará tan sólo como lucro cesante por ganancia de capital, fruto de una eventual inversión de una determinada duración (lo que deberá demostrarse), y no ya como un daño emergente pasado, valorado en función de los valores vigentes en el momento de la resolución.

Mengoni se sumó a este punto de vista al excluir, en relación con la propuesta de indemnizar la destrucción o la pérdida de una cosa por acto ilícito en función del precio vigente en el momento de la resolución, que se pueda calcular ulteriormente el lucro cesante, puesto que este último «ya está incluido en el precio vigente ⁽⁹⁶⁾».

Quienes presumen, ante una disminución de los precios, una desinversión a un precio anterior más elevado (ya se presuma como *quanti plurimi* o se demuestre), postulan una inversión preexistente en el momento de la resolución. Dicha inversión abarca todo el arco temporal a lo largo del cual puede registrarse, en teoría, esta cotización más alta, es decir, el que se extiende desde el momento del incumplimiento hasta el momento de la resolución. También en este caso se acogerá la interpretación errónea de la *aestimatio rei*, en la medida en que la anterior presume el valor de la cosa en el momento de un hipotético allanamiento tardío a la resolución en lugar de identificarlo con el precio de la desinversión de un bien adquirido desde el momento previsto para el cumplimiento y conservado con posterioridad hasta cuando se supone que es posible disponer de él.

Se está omitiendo, pues, la comparación entre la situación presente y la que es fruto de una reconstrucción ideal, conforme al orden natural de las cosas que se daría en caso de que no se hubiese producido el perjuicio.

En consecuencia, no se admite la esencia intrínseca de hipotético lucro cesante de un eventual beneficio sobrevenido, sino que, más bien, se malinterpreta en calidad de nuevo y más

⁽⁹⁵⁾ De la «depuración de gastos» se ocuparon los canonistas y, entre ellos, G. B. DE LUCA, *ob. loc. cit.*

⁽⁹⁶⁾ L. MENGONI, *ob. loc. cit.*

actualizado valor del daño emergente. Adquiere una importancia decisiva el análisis de la «relación coste-beneficio de esa inversión y de su valor de mercado.

El análisis de la situación en la que se habría encontrado el perjudicado pone de manifiesto que dicha circunstancia habría registrado: a) *ciertos costes* (cargas y gastos financieros relativos a la contraprestación debida y gastos de conservación y mantenimiento, entre otros); b) *ciertos beneficios* (aumento del valor de mercado y frutos de la cosa, excluidos los costes de producción), y c) *un cierto riesgo que se haya querido o quiera correr* (como el derivado de la variabilidad de los precios). Este último elemento merece una especial mención ⁽⁹⁷⁾.

Frente a la posibilidad de ganar existe asimismo el riesgo de perder, lo que se traduce en la contraprestación. Precisamente sobre lo anterior se cimienta la lógica de actuar asumiendo el propio riesgo, factor en el que se concretiza la autorresponsabilidad y en el que se basa la imputabilidad. Ante hechos ciertos, como es el caso de los precios ya cotizados, falta la incertidumbre, factor esencial del riesgo.

Desde este punto de vista, el criterio de la *aestimatio rei* se revela del todo erróneo, dado que acaba calculando el valor actual de la supuesta inversión en aquel bien sin deducir, no obstante, los consiguientes gastos incurridos a medio plazo y sin considerar mínimamente el riesgo.

Dicho cálculo, comprensivo de costes y otros gastos, conduce a un lucro excesivo en favor del perjudicado y a una sanción a expensas del deudor. Cabe extender el mismo razonamiento a quien atribuya el beneficio de la subida de los precios, aun cuando no se incluyan gastos, a la parte que actúe mirando a la rescisión del contrato, negándose, de esta forma, a correr un ulterior riesgo. Los antiguos canonistas, desde Pothier a los legisladores sucesivos, interpretaron correctamente el problema, preocupándose por paliar toda usura y prescribiendo moderación, como el art. 2056.2.º del CC italiano, en la liquidación del lucro cesante a diferencia del daño emergente.

⁽⁹⁷⁾ La STS italiano núm. 3619, Sala de lo Civil, de 28 de octubre de 1975, en *Repertorio di Giustizia civile*, 1975, p. 734, núm. 115, ha identificado correctamente el lucro cesante en la diferencia entre gastos e ingresos.

11. – Pasemos ahora a examinar qué sentido tiene, en el marco antedicho, la estimación del daño que considera un momento diferente y posterior al de su acaecimiento, esto es, al de la resolución, de la indemnización o de la interposición de la demanda.

La adopción de un momento cualquiera de entre los anteriores equivale a codificar que, *a priori*, la inversión en cuestión en un determinado bien se habría prolongado respectivamente hasta el momento de la resolución, indemnización o interposición de la demanda, mientras que la desinversión y el relativo resultado habrían tenido lugar conforme a los valores y los precios vigentes en el momento seleccionado. Así pues, la determinación del daño, del momento en que se produce y de su valor ya no dependerá de la prueba por parte del perjudicado o de la reconstrucción ideal de la situación hipotética sujeta a comparación con aquella acontecida, sino que dichos elementos se decidirán en base al esquema abstracto seleccionado y, *a priori*, impuesto a todo sujeto, incluido el perjudicado.

Resulta patente la imposibilidad de atribuir al perjudicado una eventual plusvalía derivada del alza de los valores de los precios vigentes en el momento preseleccionado, salvo como lucro cesante de la inversión hipotizada o presumible hasta aquel preciso instante.

No obstante, se prescinde, de forma incomprensible, del análisis de la «relación coste-beneficio de forma que el cálculo de la pérdida de ingresos tiene lugar incluyendo los costes y otros gastos.

Ahora bien, los valores y los precios pueden experimentar una tendencia bajista o a la paridad en el momento de la resolución (de la indemnización o de la interposición de la demanda) respecto del momento en el que debía prestarse o hacerse entrega de la cosa. Parece, así pues, indiscutible la necesidad de efectuar también el análisis de la «relación coste-beneficio de la inversión hipotizada *a priori*, de duración determinada, lo que se traduce en la sobrecarga del cálculo.

El anterior esquema no hace referencia alguna al «riesgo y, lo que es aún más grave, contradice la regla de la *perpetuatio obligationis*.

Sin embargo, dado que es previsible que el perjudicado alegue que habría interrumpido aquella inversión, de una duración y con un resultado determinados, se termina por sucumbir de manera inevitable a las influencias de la lógica penal del *quantum plurimi*, esto es, por conceder al perjudicado la posibilidad de demostrar a posteriori que habría conservado la inversión durante el período suficiente para cerrar con ganancias o incluso obteniendo el mayor beneficio. A pesar de ello no se tiene en cuenta que dicha parte debería demostrar el cálculo de los «costes-beneficios», por lo que se le acaba eximiendo, asimismo, de la prueba del propio beneficio neto.

La norma que regula la transmisión del riesgo acaba entendiéndose, pues, de forma *claudicante*, como la cesión de la posibilidad de sufrir pérdidas y la subsistencia de la de obtener ganancias. Obviamente esto contrasta, en primer lugar, con la norma contemplada en el art. 1223 del CC italiano y, en segundo lugar, con las normas procesales relativas a la carga de la prueba y a la correspondencia entre lo demandado y lo fallado, puestas en relieve con gran acierto por los juristas españoles.

Cabe apreciar que el esquema implícito en la elección del momento de la valoración se reduce, asimismo, a una presunción *a priori* según la cual el daño era previsible e inevitable, por lo que la criticada opinión presume que el deudor puede prever el comportamiento económico del acreedor, es decir, que este último habría conservado la inversión durante un período determinado y que habría desinvertido una vez obtenidos los precios deseados. Por otra parte, el hecho de considerar que dicho comportamiento debería ser previsible exonera de la respectiva necesidad de demostración desde la época de Pothier sobre la base del axioma que establece que cualquiera puede prever la variación en abstracto de los precios y que no se precisa la previsión de la magnitud del daño ⁽⁹⁸⁾, hecho que representa un criterio conceptual arbitrario bastante evidente. Sin embargo, en mi opinión, esta visión y razonamientos llevan a codificar la inaplicación de la regla según la que el daño debe ser previsible.

⁽⁹⁸⁾ La previsibilidad concierne al comportamiento económico global y al relativo resultado presumible que requiere, igualmente, una evaluación acerca de la posible anomalía en la variación de los precios.

Cabe extender dicha afirmación al otro requisito relativo a la imposibilidad de evitar la agravación del daño (art. 1227.2.º del CC italiano). El hecho de que el esquema antedicho adopte, de cara a la estimación, los valores vigentes en el momento de la resolución (de la indemnización o de la interposición de la demanda, indistintamente), equivale a reconocer igualmente que un determinado daño, con una extensión específica, no podía evitarse. Así pues, el deber de cooperación del acreedor no puede sino reducirse a un mero comportamiento de espera e interpretarse so pena de vaciar de contenido el precepto, tal y como prevé el art. 1227.2.º del CC italiano.

La opinión criticada acaba añadiendo también a sus cálculos los intereses que califica de compensatorios, si bien no ofrece explicación alguna del porqué. Por norma general, dichos intereses se asocian a un crédito pecuniario líquido. No encontramos de manera explícita el requisito de la liquidez en la obligación del resarcimiento del daño que, aun siendo pecuniaria –hecho del que tengo plena convicción–, es, no obstante, ilíquida.

En cualquier caso, no se admite la opinión predominante que niega incluso el carácter pecuniario de la obligación, contra toda evidencia, para acabar añadiendo esos intereses monetarios.

El hecho de calificarlos de compensatorios constituye, desde esta perspectiva, un reconocimiento más, por norma general, de la función de tipo de actualización de los valores en el tiempo, típica del interés monetario.

A este punto, resulta incomprensible la adopción de los valores y precios más elevados en vigor en un momento posterior para actualizar el daño al momento de la resolución, de la indemnización o de la interposición de la demanda, y añadirles los intereses compensatorios, duplicando así la actualización misma. En este sentido, tanto bajo el imperio del Derecho Romano como hoy en día, resulta más coherente el sector que opta por no añadir los intereses monetarios. Hemos hablado con anterioridad de valores y precios indistintamente, haciendo hincapié, no obstante, en estos últimos. Es conveniente señalar que es posible realizar consideraciones análogas en ambos sentidos, incluso en lo concerniente a la variación de los valores intrínsecos de los bienes.

12. – A este punto cabe añadir que ninguno de los distintos momentos propuestos (resolución, indemnización, demanda) parece gozar por sí solo de una justificación concreta.

En realidad habría que considerar más justificados a aquellos que se esfuerzan por hacer coincidir el valor del daño con el de la indemnización incidiendo en los precios más próximos a esta última, como hacen la doctrina y la jurisprudencia germánicas respecto al momento en que el resarcimiento es efectivamente prestado.

Estas admiten la pretensión del acreedor, en un juicio sucesivo, a la diferencia originada por la subida de precios tras la última fase oral del proceso en segunda instancia y la objeción del deudor a una disminución sobrevvenida mediante la interposición de una contrademanda o reclamación ejecutiva ⁽⁹⁹⁾.

En vista de cuanto hemos expuesto con anterioridad, dicha elección no parece viable a menos que admitamos una disputa eterna que acaba poniendo en entredicho la propia fuerza de cosa juzgada. A mayor razón, no se consigue apreciar qué justificación pueden tener momentos tan distantes, bien de la indemnización o del acaecimiento del daño, como son el momento de interposición de la demanda y de la resolución. Estos últimos ni siquiera parecen armonizar con las normas del proceso al que conciernen.

Comencemos hablando del momento de interposición de la demanda.

Se trata del criterio que ya se aplicaba, como hemos visto, en tiempos del Derecho Romano clásico y común mediante la remisión al *quanti ea res est*, que en la actualidad siguen aplicando el Derecho español y algunos juristas italianos en relación con el daño por rescisión contractual. Dicho criterio se fundamenta en la consideración como determinante del momento de la interposición de la demanda en todo procedimiento judicial y, en particular, en el hecho de que el incumplimiento sólo puede calificarse como propiamente de definitivo después de la propuesta de resolución que impide el ulterior cumplimiento ⁽¹⁰⁰⁾.

⁽⁹⁹⁾ PALANDT, *ob. loc. cit.*; GRUNSKY, *ob. loc. cit.*

⁽¹⁰⁰⁾ T. ASCARELLI, *ob. cit.*, p. 526; L. MENGONI, *ob. loc. cit.*

Este criterio se revela más bien arbitrario en la medida en que el acreedor, al elegir el momento de interposición de la demanda judicial acaba eligiendo, asimismo, el valor de la cosa en base al que tiene lugar la estimación. Por otra parte, ratifica todas las objeciones principales relativas al intervalo comprendido entre el momento de producción del daño y de interposición de la demanda. En caso de interponer la demanda cuando concurra la continuidad del daño, dicha referencia resulta incluso extemporánea. No obstante, dicho criterio no ofrece una cobertura indemnizatoria durante el período que se extiende desde la interposición de la demanda hasta la prestación del resarcimiento.

La remisión a la alternativa de calcular los intereses compensatorios revela la fragilidad de las bases sobre las que este criterio descansa, ya que este hecho presupone el reconocimiento del carácter pecuniario del crédito y de la función actualizadora de los valores del tipo de interés.

Pasemos ahora a examinar la opinión que se remite al momento de la resolución (*tempus rei judicandae, quanti ea res erit*).

Por lo general, esta elección encuentra diversas justificaciones basadas en la conversión del crédito en pecuniario, adquiriendo un carácter atributivo en lugar de declarativo (Savatier, Lalou y Mazeaud, entre otros).

Estas consideraciones no parecen fundadas ya que, en su origen, el crédito en el cumplimiento por equivalente es, por definición, pecuniario, aun siendo ilíquido o no negociable, y no lo deviene con motivo de la resolución, a la que no cabe conferir, no obstante, un carácter constitutivo ⁽¹⁰¹⁾.

La resolución se identifica, generalmente, con la de segunda instancia.

Por un lado, dicha elección resulta inadecuada por defecto al tratarse de una sentencia de segunda instancia y, por consiguiente, no definitiva, si bien resulta igualmente inconveniente por exceso dado que el juez no puede adquirir de

⁽¹⁰¹⁾ Acerca del carácter declarativo de la sentencia condenatoria: CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale*, Nápoles, 1923, p. 174; CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1936, I, p. 149. El carácter declarativo lo reconocen también H. y L. MAZEAUD, *ob. cit.*, núm. 2261, si bien identifican igualmente un elemento atributivo en la eficacia ejecutiva.

oficio información relativa a los valores vigentes en el momento en que se emite la sentencia, y tampoco acerca de los costes-beneficios o duración de la inversión. Será competencia de las partes presentar todo medio de prueba suficiente.

A este punto, el momento de la resolución acaba identificándose con la última fase en la que, en teoría, las partes pueden presentar la prueba. Con gran acierto, la doctrina germánica fija procesalmente dicho momento y lo encuadra en la última fase de la vista oral ante el juez, no identificándolo ya con el momento de la resolución. En el ordenamiento italiano, dicho momento se corresponde con el trámite de conclusiones en el procedimiento de apelación con arreglo al art. 352 del CPC, si bien no encuentra justificación un juicio procesal de esta índole para fijar la valoración del daño.

Aun cuando se aleguen o presenten todos los medios de prueba en dicho juicio, sólo se admitirán y se utilizarán en una fase sucesiva.

Mientras el procedimiento está en curso no es posible conocer y producir «en tiempo real» la cotización de los títulos, su interposición o tramitación y la liquidación del daño. Ello implica que dichos momentos no coinciden, por lo que anticipando la fase instructoria y, sobre todo, la resolución, los valores no pueden estar en modo alguno actualizados sino que serán más bien valores obsoletos, y ningún momento será más significativo que aquel en que se verifique o produzca el hecho.

Esto resulta particularmente evidente en los casos frecuentes en que la liquidación presupone una evaluación técnica o informe pericial. La constante atención a los valores y a los precios, cada vez más actualizados conlleva la perenne necesidad de nuevos y continuos informes, de nuevas y constantes pruebas acerca de los nuevos valores y, en consecuencia, de una permanente actividad instructoria.

Cabe observar que, en el ordenamiento italiano, la admisión de nuevas pruebas en fase de apelación no representa el proceso normal, sino que más bien constituye una excepción y, ciertamente, concierne a hechos y valores antecedentes y ajenos al proceso.

La remisión de la estimación a los precios y valores más recientes y actualizados acaba, pues, subvirtiendo todas las normas procesales conocidas e invalida por completo el juramento estimatorio, lo que resultaría incompatible con la búsqueda de nuevos valores ⁽¹⁰²⁾.

Generalizando, hemos de señalar que no parecen justificar la atribución de consecuencias penalizadoras para la parte, aun estando limitadas al alza de los precios, al ejercicio de la protección de los propios derechos y a la duración del procedimiento, que pertenece a la esfera de la actividad pública. Se procederá distintamente cuando el perjudicante se oponga en mala fe, caso contemplado en el art. 96 CPC italiano. En este caso, el juez podrá, si lo considera oportuno, condenar a la parte perjudicante que se opone en mala fe a liquidar también la diferencia existente con los precios y valores más altos en vigor al término del procedimiento. En este caso se tratará de una sanción impuesta en un caso específico que se excluye en los asuntos ordinarios, ya que ciertas generalizaciones son inaceptables.

13.— La valoración en función de los precios y del tipo de cambio en vigor en el momento de la resolución y, a mayor razón, en el momento de la liquidación, no es admisible en el resarcimiento del daño en moneda extranjera, tal y como sostuve hace tiempo en un texto publicado en la presente revista. Ello implica la inaplicación del art. 1278 del CC italiano y determina que el perjudicado corra doblemente el riesgo de la baja de los precios y del tipo de cambio, en contraposición con la *perpetuatio obligationis* ⁽¹⁰³⁾.

Tampoco se puede recurrir al mecanismo artificioso de convertir la divisa extranjera en liras italianas [moneda actualmente fuera de curso legal] para proceder, después, a la revaluación monetaria ⁽¹⁰⁴⁾, dado que el extranjero no puede

⁽¹⁰²⁾ Acerca de la compatibilidad de nuevas pruebas con el juramento estimatorio: C. LESSONA, *Teoria delle prove*, Florencia, 1985, págs. 451, 555.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. G. VALCAVI, *Il corso di cambio*, cit., págs. 256 y ss., 263 y ss., 266.

⁽¹⁰⁴⁾ En sentido contrario, G. CAMPEIS-A. DE PAULI, *La r.c. dello straniero*,

poseer y gastar dicha moneda de curso legal en Italia, por lo que los índices internos no le conciernen. También aquí se produce la distinción entre la indemnización del daño básico, en función de la valoración y del cambio en el momento de su producción, y del daño moratorio en términos de intereses y de una eventual diferencia en el cambio, el único permitido.

14.— Del mismo modo, se revela errónea la capitalización del daño permanente a la persona sobre la base de la renta (retribución salarial o sueldo, entre otros) vigente en el momento de la resolución ⁽¹⁰⁵⁾. Dicho criterio resulta inadmisibles.

En efecto, no parece justificado calcular la invalidez temporal, p.ej., sobre la base del salario vigente en el momento del acto lesivo, y la invalidez permanente, por el contrario, en base al vigente en el momento de la resolución.

La retribución salarial o los ingresos en el momento de la resolución están sujetos a las más variopintas indexaciones sobrevenidas de orden general relativas a las condiciones de la demanda y la oferta en el mercado laboral en un momento determinado. Dicha retribución o ingresos se verán influenciados, de forma particular, por las circunstancias personales del sujeto en cuestión.

Es consabido que, con el paso del tiempo, algunas categorías aumentan y otras disminuyen la respectiva rentabilidad en virtud de los más variados factores vinculados a la organización del trabajo, a las relaciones laborales, al proceso tecnológico y al crecimiento o regresión productivos en general.

También ante la inflación algunas categorías experimentan una regresión, mientras que otras registran un aumento, por lo que se ha considerado injustamente que el cálculo sobre la base del salario vigente en el momento de la resolución equivale al vigente en el momento del acto lesivo, revalorizado con posterioridad.

Precisamente por esta razón, no parece constituir un dato significativo la retribución salarial del perjudicado en el

Milán, 1982, págs. 392 y ss., 406 y ss., 416 y ss., y jurisprudencia citada en la p. 421. En relación con el *quanti plurimi*, véase la STS italiano núm. 3239, Sala de lo Civil, de 16 de mayo de 1981, en *Il Foro italiano*, 1982, I, c. 779.

⁽¹⁰⁵⁾ Entre otras muchas, véase la STS italiano núm. 5351, Sala de lo Civil, de 11 de agosto de 1983, en *Massimario di Giustizia civile*, 1983, núm. 1894.

momento de la resolución, dado que, entre otras cosas, podría hallarse desempleado o jubilado. En cualquier caso, habría que descontar la rentabilidad disminuida en base a la menor capacidad de trabajo en aquel preciso instante, en la medida en que no se puede usufruir para los fines deseados.

La renta, de no sufrir disminución alguna, constituiría un parámetro no idóneo de la pérdida permanente de ganancias. El cálculo se efectúa por lo general sobre la base del salario vigente en el momento de la resolución, mientras que, en lo concerniente al tiempo de vida residual, se toma como referencia el momento del acto lesivo ⁽¹⁰⁶⁾. El resultado equivale al que se obtendría suponiendo que el perjudicado, en el momento del acto lesivo, gozase de la renta más elevada que alcanzará, sin embargo, a gran distancia temporal, en el momento de la resolución.

Un cálculo coherente debería basarse en datos homogéneos, tales como el salario y la vida residual referidos tanto al momento del acto lesivo como al o de la resolución .

La opinión actual determina que, cuando el afectado o la víctima fallezca por causas independientes con anterioridad a la resolución habrá que remitirse al salario vigente en el momento de su muerte ⁽¹⁰⁷⁾, lo que contradice la norma general.

Todo lo anterior se traduce en que, para poder remitirse al salario vigente en el momento de la resolución, será necesario que el perjudicado no halla fallecido, no se haya jubilado, no haya quedado desempleado o minusválido en el ínterin y no pertenezca a categorías que hayan experimentado una regresión en la tabla retributiva, entre otros factores.

Nos encontramos, en definitiva, ante un criterio excesivamente hipotético. Por esta razón, resulta bastante más atendible y racional la referencia a la renta (retribución salarial o sueldo, entre otros) y a la vida residual en vigor en el momento en que se produce el daño ⁽¹⁰⁸⁾.

⁽¹⁰⁶⁾ STS italiano, Sala de lo Civil, de 11 de enero de 1969, en *Massimario di Giustizia civile*, 1969, núm. 29; F. MASTROPAOLO, *Il risarcimento del danno alla salute*, Nápoles, 1983, p. 394, nota 165 y ss., que critica igualmente la incoherencia de la jurisprudencia.

⁽¹⁰⁷⁾ STS italiano núm. 3900, Sala de lo Civil, de 7 de julio de 1979, en *Massimario di Giustizia Civile*, 1979, núm. 1715, entre otras muchas.

⁽¹⁰⁸⁾ Por último, en este sentido se pronuncia la STS italiano núm. 2192, Sala de lo Civil, de 9 de agosto de 1982, en *Archivio Giuridico di circolazione e sinistri stradali*, 1983, p. 76.

15. – Pasemos, a continuación, al criterio de lo que se conoce como «título de crédito» y que, en realidad, predomina tan sólo en el sistema legislativo italiano. Como ya hemos dicho antes, se reduce a la valoración del daño en el momento en que se produce y a adaptar sucesivamente el criterio monetario a la resolución, ya sea con signo positivo o negativo, en función de la inflación o deflación ⁽¹⁰⁹⁾.

La elección de ese momento replantea el problema, ya analizado anteriormente, relativo a si está justificada o no la remisión a una resolución no definitiva o provisional, en lugar de hacerlo a la sentencia firme o al momento de la indemnización.

La formulación teórica se concretiza en el hecho de suponer un valor abstracto y fijo de los bienes (es decir, no monetario) al que corresponda una cantidad monetaria (esto es, un valor monetario) variable en función de su poder adquisitivo y, en consecuencia, una *aestimatio* distinta de la *taxatio* ⁽¹¹⁰⁾. Como ya escribí en otra fuente ⁽¹¹¹⁾, esta teoría es infundada. En realidad, el valor intrínseco de los bienes es variable, aun con independencia de la moneda en circulación.

Éste es el caso, como mencionábamos más arriba, de las acciones industriales devaluadas a causa de pérdidas empresariales sobrevenidas o de una cosa, incluso en el caso de que no se use, que tiende a perder valor económico por el mero e inexorable transcurso del tiempo debido a nuestra preferencia por las cosas nuevas respecto a las viejas.

El valor extrínseco cambia inevitablemente con la variación del valor del bien adoptado como parámetro referencial.

El bien al que cabe reconocer un valor invariable en el tiempo es, por definición, la moneda a causa del principio nominalista que le aporta uniformidad y homogeneidad, por lo que –como ya escribiese Savigny ⁽¹¹²⁾– constituye el único valor abstracto propiamente dicho.

⁽¹⁰⁹⁾ T. ASCARELLI, *ob. cit.*, págs. 441 y ss., 508 y ss.

⁽¹¹⁰⁾ T. ASCARELLI, *ob. cit.*, p. 457.

⁽¹¹¹⁾ G. VALCAVI, *Riflessioni sui c.d. crediti di valore*, cit., c. 2112; id., *Ancora sul maggior danno da mora nelle obbligazioni pecuniarie*, cit., c. 1540 y ss.

⁽¹¹²⁾ F. C. SAVIGNY, *Le obbligazioni*, Turín, 1912, I, § 40, p. 377; § 41, p. 395.

Ésta, por la infinidad de opciones que presenta, por la ausencia de gastos de conservación, por la renta temporal fácil de calcular, por la preferencia general de liquidez, representa el criterio de medida universal del valor de todos los bienes, esto es, la unidad de cuenta común ⁽¹¹³⁾. Desde este punto de vista, podemos concluir que, en la economía moderna, todo valor es esencialmente monetario.

No podemos sumarnos a la opinión criticada, en virtud de la cual el valor se sustenta en el precio de la moneda en términos de mercancías y, por tanto, en su poder adquisitivo.

El hecho de presumir un poder adquisitivo fijo e invariable en el tiempo representa una pura abstracción metafísica, dado que los precios relativos de las mercancías varían igualmente entre sí, al tiempo que también lo es el hecho de suponer una moneda con un poder adquisitivo estable.

Tampoco resulta concebible un único precio relativo a la moneda, sino una multitud de precios, tantos cuantas mercancías, que representará, pues, el precio monetario de los bienes, realizando un razonamiento inverso.

El análisis comparado de los poderes adquisitivos en épocas diversas se reduce –bien mirado– al análisis de los diversos «costes de reposición» de las mercancías en los plazos considerados, es decir, «a valores instantáneos» que no tienen en cuenta los gastos de conservación ni los diversos rendimientos, entre otros, que una posible cesión en el tiempo de las propias mercancías debe suponer.

A este punto, cabe recordar la opinión de un gran economista del siglo XIX como Marshall, quien sostenía textualmente lo siguiente: «medir el poder adquisitivo de la moneda no sólo es impracticable, sino también impensable» ⁽¹¹⁴⁾.

El verdadero «*depósito del poder adquisitivo*» –como bien afirmase L. Einaudi ⁽¹¹⁵⁾– reside en la moneda misma.

Los estudios más recientes sobre la importancia y el papel de las reservas de efectivo y de los saldos monetarios, han puesto de manifiesto cómo, lejos de suponer una fuga de moneda, ésta

⁽¹¹³⁾ J. M. KEYNES, *Opere*, Turín, 1978, p. 389.

⁽¹¹⁴⁾ MARSHALL, *Opere*, Turín, 1972, págs. 136, 137, 227, 356-9.

⁽¹¹⁵⁾ L. EINAUDI, *Della moneta serbatoio dei valori*, en *Rivista di storia economica*, 1939, págs. 133 y ss.

conserva su función de *depósito de valores*, incluso en un período inflacionista ⁽¹¹⁶⁾. Este hecho ha quedado suficientemente demostrado en una época reciente por la «nueva inflación» (estanflación, slumpflación), caracterizada por una elevada liquidez del sistema, por la caída de la demanda y por un comportamiento irregular de los precios de los títulos y de las mercancías ⁽¹¹⁷⁾.

La teoría del «título de crédito» resulta, en todo caso, inaplicable a un perjudicado residente en el extranjero que, a causa de las prohibiciones monetarias, no puede, a menudo, realizar ni tan siquiera operaciones en el país, por lo que la referencia al poder adquisitivo interno sería a todas luces arbitraria ⁽¹¹⁸⁾.

El criterio se revela, asimismo, inadecuado respecto de un perjudicado residente en territorio nacional.

Es sabido, de hecho, que los índices son numerosos y divergentes entre sí en relación con las mercancías, como es el caso de los precios industriales y del comercio al por mayor o al por menor, entre otros. Los defensores de la concepción valorista identifican de forma arbitraria el poder adquisitivo abstracto en el índice de precios al consumo de la escasa cesta de mercancías, destinada al consumo de una familia de obreros-empleados ⁽¹¹⁹⁾.

Cabe negar igualmente una generalización de esta índole, ya inadmisibles desde una perspectiva lógica, en virtud de la STS italiano núm. 2368, de 5 de abril de 1986, que, si bien con respecto al daño grave por mora en las obligaciones pecuniarias, ha excluido la posibilidad de presumir una semejante inversión y la consiguiente pérdida de poder adquisitivo por parte de

⁽¹¹⁶⁾ DON PATINKIN, *Moneta, interessi e prezzi*, Padova, 1977, págs. 17, 26-30, 45 y ss., 128, 222 y ss., 253 y ss., 407 y ss.

⁽¹¹⁷⁾ RUOZI, *Inflazione, risparmio ed aziende di credito*, Milán, 1973, págs. 538 y ss. En el sentido de que la inflación no es equiproporcional; TREVITHICK, *Inflazione*, Milán, 1979, págs. 17-23.

⁽¹¹⁸⁾ G. VALCAVI, *Se il credito del lavoratore estero-residente sia rivalutabile*, en *Rivista di diritto civile*, 1984, II, p. 504; id., *Il corso di cambio e il danno da mora*, cit., loc. cit.

⁽¹¹⁹⁾ STS italiano núm. 5815, Sala de lo Civil, Sección I, de 23 de noviembre de 1985, en *Repertorio di Giustizia Civile*, 1985, núm. 186, p. 749.

cualquier sujeto (ya se trate de un agente económico, de un común ahorrador o de un acreedor ocasional) ⁽¹²⁰⁾.

El hecho de que dicha sentencia haya relegado acertadamente la revaluación monetaria antedicha al caso marginal del modesto consumidor (obrero, jubilado, etc.) nos lleva ni más ni menos que a excluir, como ya afirmé en otro momento, incluso la posibilidad de constituir en función de ella una categoría abstracta y genérica de créditos, como son los títulos de crédito.

La extensión de la revalorización automática al crédito de resarcimiento del daño (incluida de forma genérica y en todo caso en dicha categoría) se revela, asimismo, del todo incompatible con los principios sistemáticos de fondo del ordenamiento italiano, resultando, en consecuencia, rechazable.

Dicha extensión infringe el principio nominalista considerado aplicable tanto a los créditos pecuniarios ilíquidos como a los líquidos ⁽¹²¹⁾. El criterio revalorizador no hace referencia alguna e inaplica los principios relativos a la mora y sus consecuencias.

En efecto, la revalorización se aplica automáticamente ya concurra o no la mora del deudor y aun cuando nos encontremos ante un acreedor moroso. Esto sucede cuando el deudor ofrece un importe o precio concreto y congruente o cuando se trata de un anticipo rechazado ⁽¹²²⁾.

Del mismo modo, el deudor moroso no sufrirá consecuencia alguna en caso de ser nula la tasa de inflación.

En caso de aumento del poder adquisitivo de la moneda —eventualidad que debe presumirse siempre desde el punto de vista teórico y que ya es realidad, en la práctica, en algunos países ⁽¹²³⁾—, el deudor, aun habiendo incurrido en mora, deberá una indemnización incluso inferior a la debida originariamente. Así pues, el perjudicado no recuperará ni tan

⁽¹²⁰⁾ En *Il Foro italiano*, 1986, I, c. 1265.

⁽¹²¹⁾ F. PESTALOZZA, en *Giurisprudenza italiana*, 1946, I, 2, c. 353 y ss.

⁽¹²²⁾ U. NATOLI-BIGLIAZZI GERI, *ob. cit.*, págs. 89 y ss.; FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione del debitore*, Milán, 1947. En estos casos, la jurisprudencia excluye la *mora debitoris* con arreglo al párrafo 2 del art. 1227 del CC italiano.

⁽¹²³⁾ Esto ocurre hoy en día en Alemania; en el ordenamiento italiano, el índice de precios al por mayor es nulo desde hace algún tiempo (*Corriere della Sera*, 15 de mayo de 1986).

siquiera el mismo importe nominal que le haya sido sustraído o en el que haya incurrido personalmente para anticipar la reparación del daño.

Para eludir semejantes incongruencias, los defensores de dichas opiniones recurren a los intereses monetarios calificados, por algunos, de moratorios ⁽¹²⁴⁾ y, por otros, de compensatorios ⁽¹²⁵⁾. Ello contradice claramente las premisas de la distinción entre los títulos de crédito y los activos en divisa, al tiempo que conduce a reconocer al interés monetario su insustituible función de tipo de actualización de los valores en el tiempo, en detrimento de la revalorización misma.

Por último, este criterio resulta asimismo incompatible con los arts. 1225 y 1227 del CC italiano, a menos que no se considere siempre previsible la evolución de la tasa de inflación y se presuma inevitable el perjuicio antedicho también por parte del perjudicado que, en su caso, haya reparado efectivamente el daño por sus propios medios ⁽¹²⁶⁾.

El rápido descenso de la inflación actualmente en curso determina el creciente anacronismo de la creación teórica de los títulos de crédito, mientras que las perspectivas de una deflación posibilitan increíblemente una corrección negativa del importe resarcitorio en detrimento del perjudicado.

16. – Hagamos ahora un balance de cuanto hemos expuesto e intentemos ofrecer el tipo de solución que mejor satisfaga la lógica jurídica y los varios aspectos sustanciales y procesales del tema que nos ocupa.

Parece indudable la necesidad de partir de la fundamental distinción entre la producción del daño por un ilícito o por incumplimiento (doloso o culposo) y el daño causado por la prestación tardía del equivalente (en su mayor parte, culposo).

⁽¹²⁴⁾ T. ASCARELLI, *ob. cit.*, núm. 179, p. 534; STS italiano núm. 2626, Sala de lo Civil, de 26 de abril de 1984, en *Giurisprudenza italiana*, 1985, I, 1, c. 500.

⁽¹²⁵⁾ Esto establece, entre otras muchas, la STS italiano núm. 4759, Sala de lo Civil, de 13 de julio de 1983, en *Massimario di Giustizia civile*, 1983, p. 1677.

⁽¹²⁶⁾ No se consigue comprender la razón en base a la que los gastos incurridos por el perjudicado constituirían títulos de crédito y no activos en divisa. En este sentido se pronuncia, entre otras muchas, la STS italiano núm. 4558, Sala de lo Civil, de 6 de julio de 1983, en *Repertorio di Giurisprudenza italiana*, 1983, c. 931, núm. 203.

Se trata, pues, de daños distintos –como ya hemos señalado– que requieren resarcimientos distintos. El análisis comparado de la situación ideal en la que el perjudicado se habría encontrado diversamente y aquella en la que se encuentra efectivamente, permite, de hecho, identificar dos tipos de daño, producidos en momentos que nada tienen que ver entre sí.

Por una parte, tenemos el daño causado por el perjuicio sufrido y cuya dimensión económica está íntimamente vinculada al patrimonio del perjudicado, valorado (no cabe otra posibilidad) en virtud de los índices del momento en que se produce. Se trata del *quod interest*, que puede presumirse en caso de resarcimiento inmediato.

Por otra parte, ante una eventual prestación tardía de dicho resarcimiento, se verifica otro tipo de daño: el daño moratorio, que abarca el período comprendido entre el momento en el que habría debido prestarse el resarcimiento y aquel otro en que se presta efectivamente.

Dicha distinción aparece regulada en el epígrafe núm. 1 del art. 1219.2º del CC italiano, que declara al perjudicante en mora a partir del momento en que se verifica el ilícito. Esto equivale a afirmar que, desde ese preciso instante, dicho sujeto deberá prestar asimismo el resarcimiento moratorio.

El hecho de considerar el daño como único e indistinto desde que se produce hasta los diversos e inciertos momentos propuestos (resolución, indemnización, demanda), depende –como ya hemos dicho– del principio *in illiquidis non fit mora*, que ha predominado prácticamente hasta nuestros días. Este principio, considerado en pasado «*un fósil de la tradición medieval*» por una famosa STS de Roma ⁽¹²⁷⁾, sigue en vigor hoy en día en numerosos países ⁽¹²⁸⁾. En el ordenamiento italiano, a causa de la tradición cultural de nuestro país, sigue ejerciendo su influencia a pesar de haber sido abandonado y de que sólo sea

⁽¹²⁷⁾ STS de Roma, de 26 de mayo de 1903, Juez ponente: Mortara, en G. C. MESSA, *L'obbligazione degli interessi*, Milán, 1932, p. 234.

⁽¹²⁸⁾ La jurisprudencia española reconoce en vigor dicho principio. En este sentido se pronuncian, entre otras muchas, las SSTs de 27 de abril de 1978, de 28 de junio de 1978 y de 11 de diciembre de 1978 respectivamente, en ALBADALEJO, *ob. cit.*, § 32, p. 179.

como criptotipo ⁽¹²⁹⁾, en particular en lo tocante al tema que nos ocupa.

La adopción de los valores vigentes en los distintos temas tratados más arriba (con la remisión al *quanti plurimi* en caso de baja y atribuyendo un lucro en caso de alza) depende de la no determinación de dicho interés del perjudicado, con motivo de la prestación tardía, en calidad de interés completamente distinto del menoscabado, no obstante, por el acto ilícito o por el incumplimiento acaecidos en un determinado momento.

Precisamente a este criptotipo debe remitirse la teoría de los títulos de crédito que —como ya se ha señalado— es incompatible con los principios relativos a la mora, a cuyas consecuencias negativas cabe poner remedio, incluso desde una óptica diversa como la valorista.

El problema de los intereses, ya se consideren moratorios o compensatorios, está asociado obviamente al principio *in illiquidis non fit mora*. Son coherentes con la premisa de la que parten las opiniones de los juristas y las decisiones que no calculan los intereses a lo largo de todo el período, hasta el momento de la resolución ⁽¹³⁰⁾.

Lo mismo se puede afirmar de las opiniones que, por el contrario, calculan los intereses a partir del momento de interposición de la demanda, en ocasiones incluso sobre el capital revalorizado, ya sean calificados de moratorios ⁽¹³¹⁾ o de compensatorios, para eludir la inadecuación de los criterios de valoración del daño adoptados.

⁽¹²⁹⁾ Suscita objeciones por parte de U. NATOLI, L. BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, Milán, 1975, págs. 242 y ss.

⁽¹³⁰⁾ En este sentido se pronuncia la STS italiano núm. 4053, Sala de lo Civil, de 12 de febrero de 1979, en *Il Foro italiano*, 1979, voz *Interessi*, núm. 18, e, *incidenter*, la STC italiano núm. 60, de 22 de abril de 1980, en *Il Foro italiano*, 1980, I, c. 1249.

⁽¹³¹⁾ La diversa fecha de devengo a partir de la demanda o del ilícito en ambas clases de daño encuentra justificación en el distinto momento de inicio de la mora; no obstante, se niega incomprensiblemente el carácter moratorio de los intereses: SSTS italiano núm. 558, Sala de lo Civil, de 25 de octubre de 1982, y la núm. 6643, Sala de lo Civil, de 4 de diciembre de 1982, en *Massimario di Giustizia civile*, 1982, núms. 1921, 2241.

El abandono del principio *in illiquidis non fit mora* se reconoce, de forma general, en el ordenamiento actual italiano, por lo que ha dejado de constituir un obstáculo teórico para distinguir ambos tipos de daño.

En este mismo ámbito trataremos de forma más analítica los diversos momentos de referencia de ambos tipos de daño, con el fin de procurar el correspondiente resarcimiento. Comenzaremos por el momento del daño básico, que nace a raíz del acto ilícito o del incumplimiento. El daño consiste en una pérdida o un lucro cesante ⁽¹³²⁾ y representa, fundamentalmente, un acontecimiento económico negativo y no un simple evento natural.

Cada vez que uno de nosotros, un perito, un juez, determina la valoración de un daño, está emitiendo un juicio a la vez crítico e histórico ⁽¹³³⁾ en la medida en la que da una dimensión a dicho acontecimiento en virtud de los índices o valores económicos del momento en éste que tiene lugar. Las normas procesales que imponen al actor o parte demandante la carga de la interposición de la demanda (art. 99 del CPC italiano) y la de deducir igualmente la prueba del *quantum* del daño desde la iniciación del proceso con la interposición de la demanda (arts. 115 y 163.5 del CPC italiano), las exclusiones sucesivas, el eventual juramento estimatorio (art. 241 del CPC italiano), la correspondencia entre lo demandado y lo fallado (art. 112 del CPC italiano), sitúan temporalmente el daño y su dimensión económica en un momento precedente a la iniciación del proceso y, en consecuencia, al momento en que se produce el daño.

Dicho momento se identifica, asimismo, con el momento de la hipotética situación favorable que no se ha podido verificar a causa del perjuicio, esto es, con el *id quod interest* dañado en un determinado momento con motivo de aquél.

⁽¹³²⁾ J. C. TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, Madrid, 1986, III, p. 243, evidencia que, a diferencia del daño emergente, el lucro cesante «participa de todas las vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios».

⁽¹³³⁾ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, págs. 371 y ss. Existen, asimismo, pruebas históricas y críticas: F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale*, cit., I, págs. 681, 685, 711.

Esta visión se revela coherente con la *perpetuatio obligationis* (art. 1221 del CC italiano) al que aludíamos antes.

La armonización y utilización de los varios índices ulteriores de determinación del daño resarcible propuestos por el derecho sustantivo (arts. 1223, 1225 y 1227 del CC italiano), consiente mejorar la localización temporal del daño y su extensión.

El momento de referencia podría identificarse, en teoría, con el momento de comisión del ilícito y del incumplimiento⁽¹³⁴⁾, con el de la mora⁽¹³⁵⁾ o con el del evento económico negativo, esto es, del daño emergente y del lucro cesante⁽¹³⁶⁾.

En el Derecho italiano, el momento de la mora coincide con el del ilícito o del incumplimiento en las obligaciones *portables* o dinerarias (epígrafes 1 y 3 del art. 1219.2.º del CC italiano) y queda asimilado por el sucesivo incumplimiento en las obligaciones *querables* o cambiarias⁽¹³⁷⁾, no pareciendo gozar aquél, desde esta perspectiva, de importancia autónoma.

El acto ilícito y el incumplimiento representan más bien las causas del daño que el daño propiamente dicho. Preceden a las consecuencias económicas en las que se concretiza y materializa el daño, hecho particularmente manifiesto en el lucro cesante.

El daño puede evolucionar con el paso del tiempo, pudiendo agravarse con posterioridad e y culminar de igual forma en el perecimiento o pérdida de la cosa, o en el fallecimiento de la víctima. Parece evidente que el momento determinante es el de la producción del daño, también en lo referente a sus manifestaciones evolutivas⁽¹³⁸⁾, y no ya el de su causa, cuyo

⁽¹³⁴⁾ D. BARBERO, *Sistema di diritto privato*, I, núm. 612, p. 709; STS italiano núm. 590, Sala de lo Civil, de 15 de mayo de 1946, en *Il Massimario del Foro italiano*, 1946, c. 143; la doctrina y la jurisprudencia francesas en H. y L. MAZEAUD, *ob. cit.*, núm. 2253, notas 2, 3, 4 y 5.

⁽¹³⁵⁾ Acerca de la remisión a la demanda judicial: DE RUGGIERO-MAORI, *ob. cit.*, II, p. 44.

⁽¹³⁶⁾ Entre otros muchos, cfr.: CHIRONI, *Colpa extracontrattuale*, *cit.*, *loc. cit.*; G. A. RAFFAELLI, en *Il Foro padano*, 1946, I, c. 89; STS italiano núm. 31, Sala de lo Civil, de 14 de enero de 1946, en *Il Foro italiano*, 1944-46, I, c. 71; Sent. del Tribunal de Apelación de Génova, de 2 de septiembre de 1946; Sent. del Tribunal de Apelación de Génova, de 9 de julio de 1946; Sent. del Tribunal de Apelación de Bolonia, de 11 de agosto de 1945, en *Repertorio di Giurisprudenza italiana*, 1944-47, voz *Responsabilità civile*, núms. 192, 195, 198.

⁽¹³⁷⁾ Concuerdan U. NATOLI y L. BIGLIAZZI GERI, *ob. cit.*, págs. 224 y ss.

⁽¹³⁸⁾ Esta opinión ha sido admitida en los diversos ordenamientos, incluido el italiano; cfr. STS italiano Sala de lo Civil, de 22 de enero de 1982, núm. 442, en

proceso se presume, más bien, extinguido o agotado. El momento de la conducta culpable se revela, no obstante, como el del antecedente causal directo e inmediato del daño, por lo que, en la seriación de fenómenos, sirve para identificar el momento sucesivo del daño resarcible (art. 1224 del CC italiano).

Tratándose de un sistema basado en el principio del resarcimiento global del daño, nuestro análisis discursivo debería concluir aquí.

No obstante, a diferencia de cuanto se afirma generalmente ⁽¹³⁹⁾, el ordenamiento italiano está inspirado –como ya hemos señalado– en el principio opuesto del resarcimiento del daño dentro de ciertos límites (arts. 1225, 1227 y 2056.2.º del CC italiano).

A este punto, cabe recordar que no será resarcible aquella parte del daño que habría podido evitarse (art. 1227.2.º del CC italiano), mientras que, en el incumplimiento culposo, será resarcible tan sólo aquella parte del daño que podía preverse en el momento de la suscripción del contrato (art. 1225 del CC italiano).

No nos sumamos –es oportuno reiterarlo– a la opinión actual que minimiza la evitabilidad a un comportamiento meramente pasivo y no ya de cooperación activa hasta la sustitución del bien, en la medida de lo posible, tal y como debería ser, sin embargo.

Es asimismo inadmisibles el que la previsibilidad se reduzca a las consecuencias naturales y no abarque también las consecuencias económicas (esto es, al *an* y no al *quantum*) de la conducta culpable, o que se dé por descontada a priori, tal y como ocurre, p.ej., cuando se deduce de la abstracta variabilidad de los precios, tanto al alza como a la baja ⁽¹⁴⁰⁾. La previsibilidad debe hacer referencia a la situación favorable en su conjunto, no verificada a causa del daño o perjuicio y, por tanto, al interés menoscabado en todos sus aspectos, incluida la dimensión económica y, en definitiva, el daño.

Massimario di Giustizia civile, 1982, p. 157, entre otras muchas.

⁽¹³⁹⁾ En este sentido se ha pronunciado, entre otras muchas, la STS italiano núm. 4710, de 19 de septiembre de 1985, en *Repertorio di Giustizia civile*, 1985, p. 748, núm. 166.

⁽¹⁴⁰⁾ No estamos de acuerdo con la STS italiano núm. 3694, Sala de lo Civil, de 28 de mayo de 1983, en *Massimario di Giustizia civile*, 1983, p. 1310, acerca del carácter abstracto de la previsibilidad.

Este razonamiento es particularmente interesante en lo que concierne al lucro cesante, en cuyo caso, para prevenir la resarcibilidad de los «sueños de ganancias», el art. 2056.2.º del CC italiano impone «una valoración equitativa de las circunstancias del caso concreto». En este sentido, habrá que tener en cuenta la previsibilidad del comportamiento económico del acreedor que habría generado una determinada ganancia, junto con las dimensiones o magnitud de esta última.

La conclusión, en vista de todas estas consideraciones, es que el período de referencia en la estimación se identifica con aquel en que se produce el daño y se extiende hasta aquel en que habría podido evitarse su agravación, mientras que, en relación con el incumplimiento culposo, se extiende hasta donde podía preverse el daño.

Dichos momentos constituyen, pues, límites de referencia del daño resarcible que deben constatarse en la práctica.

A mayor razón, no puede estimarse el daño en el momento de la resolución, indemnización o interposición de la demanda. Podemos determinar cuánto se aleja esta visión de la predominante diciendo que, hoy en día, se estima el daño en función de la indemnización, mientras que, por otra parte, se propone valorar la indemnización en función del daño en la medida en que resulte resarcible. El crédito es, ciertamente, pecuniario, dado que se refiere a la cantidad de dinero equivalente al interés menoscabado a raíz del acto ilícito o del incumplimiento.

Se trata, asimismo, de un crédito de carácter ilíquido, lo que significa que precisa de la liquidación para que la cantidad de dinero permanezca indiscutiblemente fijada. El principio nominalista se aplica a todos los créditos pecuniarios, tanto líquidos como ilíquidos, por lo que resulta arbitrario reducirlo tan sólo a los líquidos. El crédito en el cumplimiento por equivalente, del que ya hemos hablado antes, queda, pues, sujeto de forma inevitable al principio nominalista. A este respecto, se rechaza su actual consideración en calidad de título de crédito y la legitimidad teórica de la categoría.

17. – Trataremos, a continuación, del ulterior y distinto daño causado por la prestación tardía del equivalente.

El interés menoscabado es el de poder disponer de la cantidad de dinero equivalente y abarca todo el período durante el que se extiende el retraso culpable, que va desde la constitución en mora (fundamental en estos supuestos) hasta el momento de la efectiva prestación del resarcimiento.

El deudor está en mora por la prestación del equivalente desde el momento del incumplimiento o de la producción del acto ilícito, no siendo necesaria una nueva constitución en mora ⁽¹⁴¹⁾. El resarcimiento del daño causado por prestación tardía, junto con el causado por un ilícito o incumplimiento, objeto de la estimación, tiene lugar según las modalidades de resarcimiento comunes previstas en relación con las obligaciones pecuniarias, a cuya categoría pertenece la del resarcimiento por equivalente monetario. Se recurre, pues, a la norma clave contenida en el art. 1224 del CC italiano, generalmente aplicada tanto a los créditos ilíquidos como a los líquidos. El hecho de haber limitado hasta ahora la aplicación de dicha norma a los créditos líquidos está asociado al principio abandonado, si bien aún influyente, en calidad de criptotipo, como ya hemos mencionado antes. Por esta razón, se consideran los intereses legales debidos como intereses moratorios ⁽¹⁴²⁾.

En la práctica, se generaliza el hecho de que los créditos ilíquidos no generan intereses, salvo en caso de mora. Los intereses no moratorios presuponen, precisamente, créditos líquidos: así tendremos que, los intereses correspectivos presuponen un crédito líquido y exigible (art. 1282 del CC italiano) ⁽¹⁴³⁾, mientras que los créditos compensatorios presuponen un crédito líquido y no exigible (art. 1499 del CC italiano) ⁽¹⁴⁴⁾.

⁽¹⁴¹⁾ El criterio de la exigibilidad del resarcimiento desde el momento en que se produce el daño se extiende, asimismo, al daño contractual. Ello significa que el deudor o perjudicante incurre en mora desde el vencimiento del plazo establecido, en el caso en que la relativa prestación deba efectuarse en el domicilio del acreedor conforme al epígrafe núm. 3 del art. 1219.2° del CC italiano. Diversamente, en virtud del art. 1219.1.° del CC italiano, la mora tendrá efecto desde el momento en que se exija judicialmente el cumplimiento.

⁽¹⁴²⁾ Sostienen la calificación de los intereses como moratorios: MESSA, *ob. cit.*, p. 246; ASCARELLI, *ob. cit.*, págs. 340 y ss.; DE CUPIS, *ob. cit.*, p. 487; GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milán, 1975, p. 163.

⁽¹⁴³⁾ El texto del art. 1282 del CC italiano ha abandonado la tendencia a extender los intereses correspectivos a los créditos ilíquidos contemplada en el art. 17 del anteproyecto.

⁽¹⁴⁴⁾ A este respecto, resulta decisiva la referencia al «precio» conforme al art. 1499

Tan sólo la mora justifica el que un crédito ilíquido, como el resarcimiento del daño, genere intereses. La explicación a este hecho reside en que el legislador ha anticipado la exigibilidad del crédito al momento en que se produce el daño, de forma que el tiempo necesario hasta su liquidación transcurra en detrimento del perjudicante y no del perjudicado ⁽¹⁴⁵⁾.

Así se ha codificado, por eminentes razones de política legislativa, el principio en virtud del que el perjudicante deberá resarcir de inmediato al perjudicado y se exigirá anticipadamente el pago de los intereses de demora desde el momento en que se verifique el incumplimiento por la concurrencia de un retraso culpable en el obligado (*mora ex re, mora quae inest*).

Resulta incomprensible que la opinión dominante extienda los intereses compensatorios de un crédito líquido y no exigible, como el previsto en el art. 1499 del CC italiano, a un crédito ilíquido y exigible, por el contrario, como el del resarcimiento del daño.

Por su parte, un título de crédito no resulta idóneo para la producción de intereses, ya sea porque —como hemos señalado— le es ajeno el concepto de mora, o bien porque entre dichos elementos no existe una relación de homogeneidad. Los intereses monetarios son, de hecho, accesorios, proporcionales y periódicos respecto de una obligación pecuniaria, y la presuponen necesariamente ⁽¹⁴⁶⁾.

De la *mora quae inest* en la prestación de la indemnización pecuniaria se deriva la obligación, para el perjudicante, de resarcir el daño grave por mora con arreglo al párrafo 2º del art. 1224 del CC italiano, tal y como ocurre en toda obligación pecuniaria. Este hecho se verifica en la medida en que es previsible, tal y como contempla el art. 1225 del CC italiano, debido al carácter normalmente culposo.

del CC italiano.

⁽¹⁴⁵⁾ Se trata de una solución opuesta a aquélla remitida al principio *in illiquidis non fit mora*, que se remontaba al pasaje de VENULEIO, según el cual *improbis non potest videri qui ignorat quantum solvere debeat*.

⁽¹⁴⁶⁾ A este respecto, G. C. MESSA, *ob. cit.*, p. 435.

La definición del concepto de daño grave por mora en las obligaciones pecuniarias constituye un tema ampliamente debatido por la literatura jurídica y la jurisprudencia ⁽¹⁴⁷⁾.

Sin embargo, cabe excluir que dicho daño pueda identificarse en la pérdida del poder adquisitivo de la moneda por los motivos ya expuestos en relación con los títulos de crédito. El autor se ha ocupado ampliamente de este tema en sus diversos textos y, más concretamente, en la presente revista, 1981, II, págs. 332 y ss., a los que nos remite para una explicación exhaustiva. Este daño grave, en mi opinión, debe identificarse en la eventual diferencia existente entre el tipo de interés legal y el tipo de interés de mercado.

Desde esta óptica, la recuperación de dicha diferencia corresponde a un derecho de indemnización del retraso por parte del perjudicado, a la que podría aspirarse diversamente dentro de unos límites bastante aleatorios en la medida en que se demuestre un enriquecimiento del perjudicante *ex art.* 1207 del CC italiano. Esta solución constituye, sin embargo, la mejor protección del perjudicado en línea en conexión con el *quod plerumque accidit* ⁽¹⁴⁸⁾.

El daño global moratorio termina por identificarse, pues, con el lucro cesante presumible de un normal uso financiero o con el coste de reposición del dinero, es decir, del crédito o préstamo. Éste está constituido por la normal retribución del ahorro (intereses bancarios pasivos y dividendos de los títulos públicos, entre otros) o bien, cuando se demuestre necesario un reemplazamiento, por el interés activo.

Llegados a este punto, hemos de añadir también que el tipo de interés de mercado está claramente sujeto a la influencia de las expectativas inflacionistas y de las diversas condiciones de la

⁽¹⁴⁷⁾ Sobre esta cuestión véanse, entre otros muchos: R. NICOLÒ, *ob. loc. cit.*; GRECO, *ob. cit.*, págs. 103 y ss.; A. TORRENTE, en *Il Foro italiano*, 1949, I, c. 405; A. DE CUPIS, *ob. cit.*, p. 434; y, por último, R. PARDOLESI, en *Il Foro italiano*, 1986, I, c. 1265 y ss.; A. AMATUCCI, en *Il Foro italiano*, 1986, I, c. 1273; G. VALCAVI, en *Il Foro italiano*, 1986, I, c. 1540.

⁽¹⁴⁸⁾ La referencia al tipo de interés de mercado era notoria ya en época del Derecho Romano Justiniano, que sostenía que el juez debía determinar el tipo de interés en virtud del *mos regionis*: véase CERVENCA, *ob. cit.*, p. 297, nota 8, p. 300.

solicitud de crédito. Así pues, dicho interés resulta previsible y no es razonablemente evitable.

Los intereses actuales superan con mucho la tasa de inflación (estamos hablando de los intereses reales positivos), mientras que, hasta hace algún tiempo, los intereses se encontraban muy por debajo de dicha tasa (en este caso, nos estamos refiriendo a los intereses reales negativos) a causa de la exuberante liquidez. Hoy en día, sumando a los tipos legales de interés la diferencia existente respecto a la tasa de inflación más alta, obtenemos un valor situado por debajo del *quod plerumque accidit*, a diferencia del valor exuberante que presentaba en otro momento.

Es fácil prever que, a causa de la rápida caída de la inflación, se abandone de forma gradual la remisión a la tasa de inflación a favor del tipo de interés de mercado, que representa también el precio de la moneda en el tiempo. De esta forma, queda cubierto el menor valor de las reservas diferidas respecto de la liquidez inmediatamente disponible (fenómeno conocido como *utilitas temporis*), que constituye el parámetro de referencia más razonable.

Esta visión fue admitida sustancialmente en época bastante reciente por el Pleno del TS italiano en su Sentencia de 5 de abril de 1986, a la que nos remitimos.

En caso de que el perjudicado resida en el extranjero y demuestre haber sufrido un daño o perjuicio de cambio tendrá derecho al relativo diferencial junto con el normal rendimiento de la moneda a la que habría efectuado el cambio.

18. – En última instancia y en vista de cuanto se ha expuesto hasta ahora, podemos concluir lo siguiente: se obtiene el correcto resarcimiento del daño sumando al capital correspondiente al equivalente del interés lesionado, estimado en virtud de los valores vigentes en el momento en que se produce el daño o perjuicio, el normal rendimiento monetario sucesivo de conformidad con el art. 1224 del CC italiano, realizado a partir de una inversión financiera o colocación de fondos no aleatoria durante todo el período de mora en el cumplimiento de la obligación pecuniaria relativa.

De esta forma, resulta injustificado el retraso del deudor y se coloca al acreedor en la situación en la que se habría encontrado en caso de haber obtenido el resarcimiento en el momento de la producción del daño, y de haberlo invertido o capitalizado para obtener los normales frutos monetarios, no aleatorios.

Se remiten al texto:

F. PARRELLA, *Inadempimento del debito di valuta: analisi ragionata dell'evoluzione della giurisprudenza tra indirizzo teorico ed esigenze concrete*, en *Rivista di diritto commerciale*, 1988, p. 69, nota 12; M. MAJENZA, *Quantificazione dei danni patrimoniali e teoria della differenza*, en *Il Corriere giuridico* 1989, p. 1202; V. DE LORENZI, *Obbligazione, Parte generale, sintesi di informazione*, en *Rivista di diritto civile*, 1990, p. 262; R. PARDOLESI, *Crediti previdenziali, tutela differenziata e punitive damage*, en *Il Foro italiano*, 1991, I, p. 1325; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milán, 1991, págs. 658 y 661; A. LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, en *Commentario Scialoja Branca*, Bolonia, 1990, págs. 121, 219, 221, 257, 260, 266, 269, 270, 271, 272, 274, 276, 277, 281, 283, 288, 302, 313 y 318; M.C. DAL BOSCO, *Della compensazione giudiziale, ovvero di un'apparenza normativa*, en *Rivista di diritto civile*, 1991, p. 754, nota 12.

Otros textos del autor sobre el mismo tema:

- «*Ancora sul tempo di riferimento nella stima del danno*», en *Rivista di diritto civile*, 1991.
- «*Intorno al concetto di perpetuatio obligationis e al tempo di riferimento del risarcimento del danno da inadempienza contrattuale*», en *Rivista di diritto civile*, 1992, II, 385, y en «*L'Espressione monetaria nella responsabilità civile*», Ed. Cedam, 1994, p. 293.
- «*Sulla natura dell'obbligo di restituzione e di quella di risarcimento del danno conseguenti alla risoluzione del contratto per inadempienza*», en *Il Foro padano* 1992, I, págs. 53 y ss., y en «*L'Espressione monetaria nella responsabilità civile*», Ed. Cedam, 1994, p. 309.