

Sobre la evitabilidad del daño grave *ex art. 1227.2.º del CC italiano y* sustitución de la prestación incumplida

1. – El problema consiste en saber si la responsabilidad de evitar la agravación del daño recae sobre el acreedor aun en el caso de que se recurra (cuando sea posible) a una sustitución *aliunde* del bien no prestado, al igual que ocurre en caso de eventual aumento de precios, hasta el punto de limitar el alcance del perjuicio resarcible o, en resumidas cuentas, si éste puede refugiarse en una espera inerte de la prestación personal del deudor, solicitándole, no obstante, una indemnización.

El TS italiano, en su Sentencia núm. 2437/67, Sección III, y otros muchos tribunales competentes ⁽¹⁾, inspirándose en la anterior,

Fuentes: «Il Foro italiano», 1984, I, p. 2820 y ss., y «L'Espressione monetaria nella responsabilità civile», Ed. Cedam, 1994.

El texto comenta la siguiente resolución judicial:

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO italiano núm. 5274, Sección II, de 6 de agosto de 1983; Presidente: Palazzolo - Juez ponente: Anglani - MF: La Valva (Conclusión conforme); Soc. G.S.I. vs. Términos: «No puede calificarse de culposo o negligente el comportamiento del comprador que no adquiriera de terceros la mercancía, aun cuando se encuentre fácilmente en el mercado, que el vendedor estaba obligado a entregarle en cumplimiento de los términos contractuales».

han respondido con acierto –en mi humilde opinión– que: «habida cuenta de las circunstancias fácticas, si el hecho de obtener diversamente el bien o el servicio no entregado o prestado por el deudor constituye un procedimiento que responde al normal deber de diligencia de cara a evitar o limitar el daño, la parte que incurra en incumplimiento no podrá eximirse de las consecuencias previstas por el art. 1227.2.º del CC [italiano]».

La Sección II, a través de ésta y otras sentencias ⁽²⁾, lleva a cabo un *revirement*, esto es, una modificación o giro en la jurisprudencia, al volver a una antigua convicción ⁽³⁾ sin tan siquiera una adecuada reflexión crítica; así pues, acerca de la afirmación apodíctica «ser opinión constante de la doctrina y de la jurisprudencia», afirma «que, con arreglo al apartado 2 del art. 1227 del CC, se insta al acreedor y a la parte afectada a comportarse correctamente de cara a limitar el perjuicio sufrido y a impedir su eventual expansión, al tiempo que se les insta a evitar incurrir en actividades gravosas o extraordinarias, como pueden ser la compra *aliunde* de las cosas o adoptar iniciativas que puedan entrañar el peligro de tener que desembolsar sumas considerables de dinero o de asumir riesgos de cualquier índole».

Cabe señalar que la obligación del acreedor de limitar el perjuicio aparece reflejada en los sistemas legislativos próximos al italiano ⁽⁴⁾, en cuanto se entiende que aquél deberá actuar

⁽¹⁾ STS italiano núm. 2437, de 12 de octubre de 1967, en *Il Foro italiano*, 1968, I, 138; Sent. del Tribunal de Apelación de Bari, de 2 de marzo de 1979; Sent. del Tribunal de Apelación de Milán, de 11 de noviembre de 1977; Sent. del Tribunal de Apelación de Nápoles, de 30 de septiembre de 1977.

⁽²⁾ SSTS italiano núm. 4174, de 15 de julio de 1982, en *Repertorio del Foro italiano*, 1982, bajo *Danni civili*, núm. 53, y la núm. 578, de 26 de enero de 1981, *ibid.*, núm. 56.

⁽³⁾ SSTS italiano núm. 2403, de 21 de octubre de 1966, en *Repertorio del Foro italiano*, 1966, bajo *Danni per inadempimento di contratto*, núm. 48; la núm. 275, de 19 de febrero de 1965, *ibidem*, 1965, bajo voz citada, núm. 61; la núm. 2984, de 30 de diciembre de 1964, *ibidem*, 1964, bajo voz antedicha, núm. 8; la núm. 1597, de 17 de julio de 1963, *ibidem*, 1963, bajo voz citada, núm. 55; la núm. 582, de 15 de marzo de 1961, *ibidem*, 1961, bajo voz mencionada, núm. 33, y la núm. 541, de 17 de marzo de 1960, *ibidem*, 1960, bajo *Vendita*, núm. 212.

⁽⁴⁾ En el Derecho alemán, la obligación de mitigar el daño mediante la cooperación del acreedor aparece regulada en el apartado 2 del art. 254 del BGB [Código Civil alemán]; entre los representantes de la doctrina germánica, véase ENNECCERUS KIPP u. WOLFF, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, II, Tübingen, 1954, págs. 71 y ss.;

consecuentemente adoptando toda iniciativa necesaria, una visión plasmada y adoptada de reciente y de forma textual por el legislador italiano en materia de resolución de compraventas internacionales, asimilando el contenido del art. 84 del Convenio de la Haya, de 1 de julio de 1964 ⁽⁵⁾, y del art. 77 del Convenio de Viena, de 11 de abril de 1980 ⁽⁶⁾. El planteamiento de la resolución aquí citada se revela, pues, anacrónico, ya que han transcurrido cuatro décadas desde que el legislador motivase la introducción de la norma en cuestión con una diversa concepción de la responsabilidad, inspirada en exigencias «de solidaridad social» ⁽⁷⁾ prioritarias con respecto a una concepción individualista que declaraba desechada.

2. – Cabe observar que el deber de cooperación contemplado en el apartado 2 del art. 1227 del CC italiano concierne, por lo general, a toda prestación incumplida que sea sustituible. Se suele reducir el problema a si recae o no sobre el comprador la obligación de sustituir la mercancía de la que no le ha hecho entrega el vendedor; otro aspecto del mismo problema se refiere a la posibilidad o no por parte del vendedor de realizar los bienes no recogidos o abandonados por el comprador. Resulta análogo el caso del acreedor de ciertas sumas de dinero que

en el Derecho suizo, véase el art. 44 del Código de las Obligaciones y, desde el punto de vista de la doctrina, THUR, *Partie générale du code fédéral des obligations*, Lausanne, 1934, p. 90. Esto se aplica por regla general en el Derecho francés; véanse MAZEAUD y TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, II, París, 1958, p. 434 y bibliografía citada; en el marco del Derecho español, concuerdan doctrina y jurisprudencia (véase SANTOZ BRIZ, *Derecho de daños*, Madrid, 1963, p. 66); para el Derecho anglosajón, la obligación del acreedor de mitigar el daño constituye un principio fundamental; véase CRISCUOLI, *Il dovere di mitigare il danno subito (The duty of mitigation: a comparative approach)*, en *Rivista di diritto civile*, 1972, I, págs. 553 y ss., que incluye citas sobre la jurisprudencia y la doctrina anglosajonas (notas 1, 2, 5 y 6).

⁽⁵⁾ En relación con el art. 88 del Convenio de la Haya, de 1 de julio de 1964, ratificado mediante la Ley núm. 816, de 21 de junio de 1971, el acreedor debe adoptar todas las medidas razonables para disminuir la pérdida, mientras que los arts. 84 y 85 prevén la sustitución.

⁽⁶⁾ Acerca del art. 77 del Convenio de Viena, de 11 de abril de 1980, sobre la obligación de la sustitución, de gran difusión en el derecho extranjero, véase F. BONELLI, *La responsabilità per danni*, en *La vendita internazionale*, Milán, 1981, págs. 262 y ss.

⁽⁷⁾ Informe del Ministro de Justicia sobre el Libro de los Contratos y Obligaciones, págs. 30-34.

hubiera previsto invertir y que no le sean devueltas o entregadas por su deudor, en cuyo caso se debate acerca de si debe o no sustituir dichas sumas con otras cantidades de dinero de las que tenga disponibilidad o procedentes de terceros, evitando así tener que afrontar intereses bancarios más gravosos o, por el contrario, si debe intimar al propio deudor a indemnizarle por las consecuencias dañosas y perjuicios emanados del negocio no celebrado.

El problema de fondo planteado por la norma reside, pues, en determinar si representa un comportamiento inspirado en el deber de diligencia el del comprador que, pongamos el caso, ante un previsible aumento de los precios durante un determinado período, se obstina en esperar más allá del plazo razonable la entrega personal de los bienes o mercancías adquiridas por el vendedor mismo, o bien el del vendedor que, frente al incumplimiento del comprador, permanece pasivo ante la baja de los precios e incluso ante el deterioro de la mercancía en lugar de realizar dichos bienes oportunamente. En relación con el caso del acreedor impagado, cabe preguntarse si constituye un comportamiento coherente con el deber de diligencia el hecho de abandonar el negocio programado, con todas las consecuencias, en lugar de sustituir la suma de dinero en cuestión, aun teniendo que incurrir en costes ulteriores y más elevados.

La respuesta de este nuevo y antiguo enfoque jurisprudencial de la Sección II del TS italiano es que debe considerarse conforme al deber de diligencia el comportamiento de aquel acreedor que se obstina en esperar, sin plazo prefijado alguno, a que tenga lugar la prestación personal por parte del deudor y le exija una indemnización por la agravación del daño con motivo de dicha espera.

La resolución citada y las restantes sobre el mismo asunto sostienen que la norma examinada atribuye tan sólo al acreedor la responsabilidad de actuar con miras a «contener su perjuicio patrimonial dentro de los límites de las consecuencias naturales derivadas de la actuación ajena» (STS italiano núm. 570/80). Dicha expresión resulta tan genérica e imprecisa que no permite extraer indicación positiva alguna en relación con el propio contenido

interpretativo. Por un lado, parece englobar todo tipo de actividad omisiva o comisiva del acreedor ventajosa de cara a limitar el perjuicio patrimonial, por lo que también podemos hablar de iniciativa. Sin embargo, la limitación al ámbito de contención del daño o perjuicio «a las consecuencias naturales derivadas de la actuación ajena», junto con la exclusión de la posibilidad de atribuir al acreedor cualquier iniciativa que conlleve un desembolso económico o riesgo de cualquier índole, identifica el comportamiento razonable exigido por el derecho en la pasividad del sujeto y en el hecho de dejar aumentar los precios al tiempo que incrementa, con ellos, el daño resarcible.

Parece imposible estar de acuerdo con una interpretación semejante.

3. – Esta opinión se sustenta en el hecho de que el acreedor, aun tratándose de cosas fácilmente localizables en el mercado y, en consecuencia, sustituibles ⁽⁸⁾, no está obligado a la sustitución en cuanto esta última representa, de por sí, una actividad gravosa en la medida en que implica un desembolso económico o la asunción de riesgos de cualquier naturaleza. No se consigue comprender cómo y por qué se considera una actividad gravosa el hecho de recurrir a la compra de cobertura de mercancías fácilmente localizables en el mercado, mientras que no se considera gravoso el hecho de perseverar en una espera que corre el riesgo de resultar vana o no conforme a los intereses modificados del acreedor. Por otro lado, el hecho de recurrir a la compra de cobertura no constituye de por sí una actividad gravosa: puede serlo en el caso extremo de bienes de difícil localización en el mercado, pero no lo es en ninguna de las circunstancias examinadas de bienes fácilmente localizables. Todo depende de las circunstancias concretas bajo las que se deba emitir un juicio de valor. La sentencia califica de gravosa la compra de cobertura en cuanto comporta un desembolso económico. Éste será, sin duda alguna, el caso de un comprador que haya adelantado el precio al

⁽⁸⁾ STS 2403/66, cit. *supra*, nota 3; en la doctrina, acerca del art. 1227, véanse CIAN-TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, Padova, 1984, págs. 823 y ss.; BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, 2, en *Commentario*, bajo la dirección de SCIALOJA y BRANCA, Bolonia-Roma, 1979, sub art. 1227; DE CUPIS, *Fatti illeciti*, 2, en *Commentario*, cit., 1971, sub art. 2056; CRISCUOLI, *ob. cit.*, p. 572 y bibliografía mencionada en dicha fuente.

vendedor incumplidor y no disponga de reservas propias o de crédito con los que realizar una compra sustitutiva. No obstante, hecha salvedad de este caso extremo, no se puede equiparar la onerosidad inherente a la sustitución, hasta el punto de excluirla, a la eventualidad de afrontar un desembolso económico. Éste no es el caso del adquirente que dispone de recursos propios o de crédito, o el de la disminución sobrevenida de los precios. Se puede hipotizar el caso en que el comprador no haya pagado aún el precio pactado por la mercancía o que deba saldarlo en el momento de la entrega de esta última. Ante esta circunstancia, la compra de cobertura se traduce en destinar el precio que correspondía al vendedor incumplidor a aquel otro que efectúa la prestación sustitutiva. En consecuencia, dependerá de las circunstancias concretas del caso el que la compra de cobertura pueda o no configurar un comportamiento diligente y correcto. Esto da lugar a una valoración del caso concreto a la vista del precepto abstracto contemplado en el apartado 2 del art. 1227, motivo por el que se considera que hace referencia a toda medida activa y no pasiva que resulte de utilidad de cara a evitar la agravación del daño. Cabe trasladar toda afirmación relativa a la compra de cobertura a la venta realizada en nombre del comprador incumplidor por parte del vendedor y, de forma más genérica, se puede trasladar igualmente a la sustitución del dinero no prestado o devuelto por el deudor con otros recursos económicos de los que disponga, incluso a crédito, originando, pues, los pertinentes costes financieros de mercado. En resumidas cuentas, como ya he escrito en algún otro medio ⁽⁹⁾, la norma presume un tipo de acreedor «que sea previsor con sus propios medios y respetuoso con los medios ajenos que actúe, en consecuencia, con la necesaria y debida diligencia en sus propios negocios». Asimismo, siempre que el acreedor de hecho haya efectuado la sustitución del bien o del dinero, o bien cuando haya monetizado las mercancías no recogidas o impagadas por el comprador, la jurisprudencia italiana admite la posibilidad de que el acreedor se acoja y se beneficie de las diferencias existentes en lo referente al mayor precio pagado y a los mayores intereses satisfechos, entre otras cosas. En tal caso, no se

⁽⁹⁾ VALCAVI, *Rivalutazione monetaria od interessi di mercato?*, (apostilla a la STS italiano núm. 3776, de 4 de julio de 1979), en *Il Foro italiano*, 1980, I, p. 120.

presume que el comprador pueda tener mayores pretensiones. La jurisprudencia actual adolece, pues, de una actitud que premia al acreedor indolente que haya persistido en una espera inerte respecto del acreedor diligente y cuidadoso con los propios intereses. Se trata, por consiguiente, de una conclusión que viola la lógica y la voluntad del legislador aclamadas en el art. 1227.2.º del CC italiano, en aras de una mayor solidaridad social.

4. – La opinión contraria al hecho de atribuir al acreedor toda iniciativa idónea para reducir el daño, como puede ser la sustitución, con arreglo al apartado 2 del art. 1227, no encuentra fundamento alguno ni tan siquiera en el razonamiento que sostiene que el Código Civil italiano contempla la sustitución tan sólo como un derecho del acreedor (véanse los arts. 1515 y 1516), por lo que no sería presumible el deber de ejercer un derecho ⁽¹⁰⁾. Asimismo, se ha objetado acertadamente ⁽¹¹⁾ que, en virtud del apartado 2 del art. 1227, no constituye un deber en sentido técnico, sino una obligación. Esto quiere decir que el acreedor es libre de recurrir o no a la compraventa sustitutiva, aun cuando subsista una coincidencia de ámbitos normativos, si bien no podrá pretender ser indemnizado por la agravación del daño que habría podido evitar con la sustitución no efectuada por su parte. No obstante, los arts. 1515 y 1516 contienen, siempre desde mi punto de vista, un importante razonamiento sistemático a favor de la tesis que defiende la obligación de la sustitución en el deber de cooperación del acreedor, en virtud del apartado 2 del art. 1227. Dichos artículos prevén la libertad del acreedor de recurrir o no a la compraventa coactiva o de cobertura, aunque prescriben que, en caso de recurrir a ella, debe hacerlo «sin dilación», sin posibilidad de oponer al deudor las consecuencias ⁽¹²⁾. La

⁽¹⁰⁾ DISTASO, en *Giurisprudenza della Corte di Cassazione civile*, 1948, págs. 390 y ss.; GRECO y COTTINO, *Vendita*, en *Commentario*, bajo la dirección de SCIALOJA y BRANCA, Bolonia-Roma, 1980, sub arts. 1515-1516; MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, en *Commentario Utet*, Turín, 1968, IV, págs. 158 y ss.; RUBINO, *La compravendita*, Milán, 1962, págs. 963 y ss.

⁽¹¹⁾ CRISCUOLI, *ob. cit.*, págs. 582 y ss.; BONELLI, *ob. cit.*, p. 263.

⁽¹²⁾ La expresión «sin dilación» se sustenta en la exigencia de evitar el lucro del acreedor. A este respecto, véanse: VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, Milán, 1926,

prescripción normativa «sin dilación» reafirma el principio de diligencia activa del acreedor *ex art. 1227.2.º* con miras a evitar la agravación del daño, en calidad de principio sistemático del ordenamiento italiano.

Por esta razón, resulta imposible concebir que el deber de cooperación previsto en el apartado 2 del art. 1227 pueda reducirse a un mero comportamiento pasivo y no activo, o que no pueda manifestarse, asimismo, mediante el deber de sustitución. En concreto, la valoración acerca de la necesidad de dicha sustitución se realizará conforme al juicio pronóstico y análisis retrospectivo del juez. Cabe añadir que el art. 1227.2.º atribuye al acreedor la responsabilidad de adoptar un comportamiento coherente no solamente para no agravar el daño, sino también para reducirlo ⁽¹³⁾. En el marco de las circunstancias concretas, será igualmente competencia del juez valorar y pronunciarse acerca del momento idóneo de cara a la adopción de una medida tal para no agravar el daño en virtud de la prescripción de mayor diligencia contenida en la expresión «sin dilación».

5. – En mi humilde opinión, habría que profundizar y analizar de manera exhaustiva la razón por la que se subestima el deber de cooperación del acreedor con arreglo al apartado 2 del art. 1227, hasta el punto de exonerarle de la obligación de adoptar cualquier medida que evite la agravación del daño y de instarle, prácticamente, a permanecer inerte.

El sistema legislativo italiano, a diferencia de otros sistemas ⁽¹⁴⁾, como ya hemos evidenciado ⁽¹⁵⁾, se inspira en criterios de moderación frente al deudor en lo referente al resarcimiento del daño ⁽¹⁶⁾. Se trata de normas fundamentales

págs. 192 y ss.; RUBINO, *ob. cit.*, p. 709.

⁽¹³⁾ A este respecto se pronuncia el art. 1227.2.º del CC italiano, inspirado igualmente en el art. 23 del anteproyecto.

⁽¹⁴⁾ Según el Código de las Obligaciones suizo, el deudor «es, por lo general, responsable de toda culpa» (art. 99) y «deberá resarcir íntegramente los daños y perjuicios causados» (art. 97). Acerca de este tema, véase THUR, *ob. cit.*, págs. 540 y ss. En este mismo sentido se pronuncia el Código alemán al no adoptar el límite de lo previsible en caso de incumplimiento culposo o negligente.

⁽¹⁵⁾ CRISCUOLI, *ob. cit.*, págs. 580 y ss.

⁽¹⁶⁾ El Código italiano actualmente en vigor se remite al criterio de la equidad, tal y como se establece en los arts. 2056.2.º y 1226 del CC italiano, conducentes a

respecto a aquellas que promulgan la compensación equitativa y no integral del lucro cesante (arts. 2056.2.º y 1226 del CC italiano) ⁽¹⁷⁾, la facultad del juez para imponer el cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño cuando la reintegración específica resulte excesivamente onerosa (art. 2058.2.º del CC italiano), la no resarcibilidad de la agravación evitable del daño (art. 1227.2.º) y, por último, respecto al art. 1225 del CC italiano, que limita el resarcimiento a lo que podía preverse en el momento de formación del contrato en todo caso de incumplimiento culposo contractual, circunstancia que se identifica con la regla de la casuística por excelencia, debiendo probar la concurrencia de dolo ⁽¹⁸⁾. Este enfoque de fondo del ordenamiento italiano no parece haber sido entendido por un sector de la jurisprudencia y de la doctrina respectivamente ⁽¹⁹⁾ que sigue afirmando, no obstante, que dicho enfoque está encaminado a la reintegración total del patrimonio de la parte afectada. Así pues, a raíz de dicho enfoque, inspirado en el *favor creditoris*, se deduce la tendencia a liquidar de forma íntegra y no equitativa el lucro cesante ⁽²⁰⁾, al igual que ocurre con el daño emergente, y a relegar el art. 2058.2.º del CC italiano al caso extremo de la reintegración específica *maxima cum difficultate* ⁽²¹⁾; por lo general, se considera doloso el incumplimiento contractual, como si se presumiese el dolo y hubiese que demostrar la concurrencia de culpa, por lo que

conclusiones opuestas a las tradicionales, basadas en el hecho de haber sido desestimado el art. 47 del proyecto de Código Napoleónico que, a su vez, prescribía moderación frente al deudor habida cuenta de la aportación de Pothier.

⁽¹⁷⁾ BIANCA, *ob. cit.*, págs. 387 y ss.

⁽¹⁸⁾ TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1980, págs. 220 y 569; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, págs. 1-2; MAJORCA, *Colpa civile*, voz de la *Enciclopedia del diritto*, VII, págs. 565 y ss. y bibliografía citada.

⁽¹⁹⁾ Sobre la reintegración total del patrimonio de la parte afectada se han pronunciado, entre otras muchas, las SSTS italiano núm. 132, de 12 de enero de 1982, en *Repertorio del Foro italiano*, 1982, bajo *Danni civili*, núm. 152; la núm. 693, de 6 de febrero de 1982, *ibid.*, núm. 151, y la núm. 5580, de 25 de octubre de 1982, *ibid.*, núm. 149. Con este razonamiento se justifica la revalorización en los títulos de crédito y en las obligaciones pecuniarias.

⁽²⁰⁾ STS italiano núm. 4816, de 4 de septiembre de 1982, en *Repertorio del Foro italiano*, 1982, bajo *Danni civili*, núm. 51; Sent. del Tribunal de Apelación de Milán, de 7 de julio de 1981, *ibid.*, núm. 81.

⁽²¹⁾ Sobre la onerosidad excesivamente desproporcionada en relación con el interés del acreedor véase DE CUPIS, en *Commentario*, bajo la dirección de SCIALOJA y BRANCA, Bolonia-Roma, 1971, *sub* art. 2058, p. 145.

raramente se plantea el problema relativo al límite de lo previsible. No obstante, aun cuando se plantease dicho problema, se subestima el contenido del art. 1225 al limitar la previsibilidad al acaecimiento de los factores de daño y, por consiguiente, a la variabilidad abstracta de los precios ⁽²²⁾, no ya al ámbito cuantitativo de su variación ⁽²³⁾ por aproximación y, en definitiva, de los daños concreta y efectivamente previsible en el momento de formación del contrato. De esta forma, los daños resultan siempre previsible en su totalidad y la parte de daño no previsible acaba reduciéndose a una hipótesis de rara aplicación.

Éste es el enfoque que cabe dar a la interpretación, aquí criticada, del art. 1227.2.º antedicho. Dicho enfoque se muestra aún vinculado a los residuos de una cierta mentalidad que penaliza al deudor moroso ⁽²⁴⁾ y premia al acreedor, actuando a menudo en su favor, llegando incluso a preocuparse por reconocerle el lucro. Esta visión acerca del problema de la indemnización data de una época lejana que resulta particularmente evidente tanto en las antiguas como en las recientes teorías acerca del *quanti plurimi* ⁽²⁵⁾.

Esto mismo se replantea hoy en día la tendencia que valora el daño en función del *tempus rei iudicandae*, lo que demuestra a todas luces la preocupación por reconocer a favor del acreedor el beneficio del aumento de los precios, acaecido entre el daño y la decisión ⁽²⁶⁾. Ya critiqué en otra ocasión la opinión que remite la

⁽²²⁾ Sentencia del Tribunal de Apelación de Bolonia, de 30 de marzo de 1950, en *Il Foro padano*, 1950, II, p. 57; Sent. del Tribunal de Apelación de Milán, de 6 de febrero de 1951; Sent. del Tribunal de Apelación de Bolonia, de 14 de noviembre de 1953, entre otras muchas; en relación con el estado de la cuestión y la bibliografía, véase BELLINI, *L'oggetto della prevedibilità del danno ai fini dell'art. 1225 c.c.*, en *Rivista di diritto commerciale*, 1954, II, págs. 302 y ss.

⁽²³⁾ En este otro sentido: GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, Florencia, 1903, págs. 185 y ss.

⁽²⁴⁾ Tradicionalmente, se nos ha venido enseñando que el deudor moroso no merece consideración alguna en la liquidación del daño: véase SAVIGNY, *Sistema di diritto romano attuale*, VI, § 275, p. 198.

⁽²⁵⁾ Acerca de las teorías del *quanti plurimi* y sobre el análisis de la cuestión, véanse: TEDESCHI, en *Rivista di diritto commerciale*, 1934, págs. 241 y ss.; WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, § 280, notas 15, 102, 103 y bibliografía citada, acerca de la pandectística.

⁽²⁶⁾ Ésta es la lógica de la evaluación del daño con referencia a los valores de la decisión, tema del que habla V. TEDESCHI, *Il danno ed il momento della sua determinazione*, en *Rivista di diritto privato*, 1933, I, págs. 263 y ss.; véase también, del

valoración del daño al *tempus rei iudicandae*, teoría que no duda en atribuir al acreedor el riesgo (*alea*) de un eventual descenso de los precios ⁽²⁷⁾ con tal de hacerlo partícipe del aumento ⁽²⁸⁾, al igual que hiciera con la teoría de los títulos de crédito, que concibe la valoración del daño tan sólo al alza ⁽²⁹⁾. La valoración del daño cuanto éste se verifica es la solución que se deduce de la retroactividad de los efectos de la rescisión del contrato, tal y como establece el art. 1453 del CC italiano ⁽³⁰⁾.

Lejos de dar una interpretación extremadamente restrictiva al art. 1227.2.º que justifique su inaplicación en base a razonamientos tales como el criterio que establece que «el vínculo contractual persiste hasta el pronunciamiento en resolución» o que «ha de valorarse el daño remitiéndose al *tempus rei iudicandae*», hemos de reconocer, sin embargo, que una interpretación correcta de dicho artículo lleva a considerar inaceptables los criterios anteriores. El deber de cooperación del acreedor conforme al art. 1227.2.º, junto con el límite de lo previsible contemplado en el art. 1225, se revela como el mecanismo corrector pragmático exigido por el legislador para garantizar la necesaria flexibilidad al sistema y para determinar qué daños son en concreto indemnizables o no tanto en el momento de su producción como aquellos sucesivos ⁽³¹⁾.

El problema de la posterior actualización del resarcimiento hasta la reparación efectiva diverge de aquel otro relativo a la identificación y valoración del daño resarcible ⁽³²⁾. Dicho

mismo autor: *Rivista di diritto commerciale*, 1934, I, págs. 234-244; DE CUPIS, *Il danno*, Milán, 1966, I, págs. 269 y ss.

⁽²⁷⁾ G. VALCAVI, *Riflessioni sui c.d. crediti di valore, sui crediti di valuta e sui tassi di interesse*, en *Il Foro italiano*, 1981, I, p. 2114.

⁽²⁸⁾ Id., *ob. loc. cit.*

⁽²⁹⁾ Id., *ob. loc. cit.*

⁽³⁰⁾ Id., *ob. loc. cit.* Habida cuenta de la concepción de la retroactividad con arreglo al art. 1458 del CC italiano, no resulta acertada la observación relativa a la eventual persistencia del vínculo contractual hasta el pronunciamiento en resolución, tal y como afirmaba la STS italiano núm. 2437, de 12 de octubre de 1967, cit. *supra*, nota 1.

⁽³¹⁾ Acerca de la función correctiva pragmática de las normas que regulan el deber de cooperación del acreedor en la evitación del daño y la previsibilidad en el marco del art. 84 del Convenio de la Haya y del art. 77 del Convenio de Viena, que ha admitido, tras un largo debate, el criterio de la referencia a la resolución, véase BONELLI, *ob. cit.*, p. 265.

⁽³²⁾ En definitiva, los defensores de la teoría de la estimación en el momento de la resolución o de los títulos de crédito, dejan al descubierto el período que transcurre

problema concierne al resarcimiento del ulterior daño causado por el retraso en la prestación del equivalente monetario y encuentra solución no ya en la actualización de la valoración conforme a los nuevos precios, sino en la norma jurisprudencial vigente que establece que la mora es compatible con los créditos ilíquidos (o no negociables) ⁽³³⁾, al tiempo que aquéllos devengan, asimismo, intereses ⁽³⁴⁾ y, en definitiva, en la aplicación de las normas comunes relativas a la mora de las obligaciones pecuniarias, tales como el art. 1224.2.º del CC italiano, que determina el daño grave de acuerdo con el desnivel existente entre el tipo de interés legal inadecuado y el tipo de mercado ⁽³⁵⁾. En caso de sostener otra opinión el hecho de sumar también al crédito ilíquido los intereses, con independencia de la fecha de interposición del escrito de demanda (intereses con la función esencial de tipo de actualización) ⁽³⁶⁾, conduciría al lucro ilícito e inadmisibles del acreedor.

Se remiten al texto:

DI PAOLA, *Il dovere di non aggravare il danno, spunti per la rilettura*, en *Il Foro italiano*, 1984, I, 2825, notas 2 y 3; A.

desde la resolución a la reparación. Véase la STS italiano núm. 3802, de 22 de junio de 1982, en *Repertorio del Foro italiano*, 1982, bajo *Danni civili*, núm. 155.

⁽³³⁾ El ordenamiento italiano no admite el principio *in illiquidis non fit mora*, a cuyo respecto se han pronunciado numerosas sentencias: véanse las SSTS italiano núm. 1105, de 15 de abril de 1959, en *Repertorio del Foro italiano* 1959, bajo *Obbligazioni e contratti*, núm. 200, y la núm. 73, de 12 de enero de 1976, en *Repertorio del Foro italiano* 1977, bajo *Obbligazioni in genere*, núm. 42.

⁽³⁴⁾ Acerca de la fecha de devengo de los intereses sobre el crédito ilíquido o no negociable, en caso de resarcimiento del daño, desde el día en que se interponga el escrito de demanda, se han pronunciado, entre otras muchas, las SSTS italiano núm. 3014, de 17 de octubre de 1962, en *Repertorio del Foro italiano* 1962, bajo *Danni per inadempimento di contratto*, núm. 10; la núm. 1722, de 25 de junio de 1963, *ibidem*, 1963, bajo *Interessi*, núm. 3; la núm. 3999, de 5 de diciembre de 1974, *ibidem*, 1974, voz citada, núm. 10, y la núm. 451, de 31 de enero de 1978, *ibidem*, 1978, voz citada, núm. 17.

⁽³⁵⁾ G. VALCAVI, *Rivalutazione monetaria*, cit., *supra* nota 9; véase también, del mismo autor, *La stima del danno nel tempo, con riguardo all'inflazione, alla variazione dei prezzi e all'interesse monetario*, en *Rivista di diritto civile*, 1981, II, págs. 332, 341.

⁽³⁶⁾ KEYNES, *Occupazione, interesse, moneta*, Turín, 1947, págs. 145 y ss.

LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, en *Commentario di Scialoja e Branca*, Bologna, 1990, págs. 260, 265, 266, notas 12, 14 y 16; V. MARICONDA, *L'art. 1227, 2° comma c.c. ed il rapporto di causalità*, en *Il corriere giuridico*, m 1990, p. 720; C. ROSSELLO, *Il danno evitabile*, Padova, 1990, págs. 85 y 97, notas 44 y 47.