

La reparación del daño y la previsibilidad contractual (el art 1728 CCC N)

Por Jorge Mario Galdós y Ezequiel Valicenti

Publicación: www.nuevocodigocivil.com

I.- Preliminares

Nos proponemos realizar algunas breves consideraciones respecto a la *previsibilidad contractual* que incorpora el Código Civil y Comercial (CCC) en su artículo 1728¹.

Cómo se explica en los Fundamentos del Anteproyecto, la unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual no significa su homogeneidad, pues subsisten algunas particularidades propias de cada órbita². Una de estas especificidades ronda en la *relación de causalidad*. Como se sabe, una de las funciones de la relación de causalidad es la de determinar las consecuencias resarcibles, es decir, *conectar* el incumplimiento –que será incumplimiento obligacional cuando se trate de responsabilidad contractual– con las consecuencias dañosas que de este ilícito se desprenden.

En el CCCN la cuestión aparece tratada en el art. 1726, que establece que “*excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles*”, para lo cual habrá que recurrir a la calificación que efectúa el art. 1727, que sigue la regulación anterior. Por su parte, el art. 1728 refiere a la “previsibilidad contractual” y establece que “*en los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración*”. Sólo si se evidencia “*dolo del deudor*”, la responsabilidad se fija tomando en cuenta “*las consecuencias también al momento del incumplimiento*”.

Interpretando esta normativa, cierta doctrina entiende que ha ocurrido una unificación del tratamiento de las consecuencias indemnizables, aunque reconociendo que el art. 1728 CCCN incorpora una regla particular³, la que se aplicaría a la evaluación de las *consecuencias mediatas previsibles*⁴. En cambio, otros autores han postulando que el art. 1726 CCCN se aplica únicamente a las hipótesis de responsabilidad

¹ Hemos analizado la cuestión *in extenso* en Galdós, Jorge M. con la colaboración de Valicenti, Ezequiel – “Relación de causalidad y previsibilidad contractual”, en *RCyS Octubre 2015-pág. 19*.

² Galdós, Jorge M., en colaboración con Blanco, Gustavo – “Diferencias entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual en el nuevo Código Civil y Comercial”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2015 - Número extraordinario, *Claves del Código Civil y Comercial*, p. 267.

³ Azar, Aldo M. – “La relación causal en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2012-3, *Proyecto de Código Civil y Comercial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 107.

⁴ Trigo Represas, Félix – “La relación causal en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, en *Revista Derecho Privado*, año I, n°3, *Reformas al Código Civil II. Obligaciones y responsabilidad*, Infojus, Bs. As., 2012, p. 107. Ver además, López Herrera, Edgardo - *Comentario al art. 1728*, en Rivera, Julio C y Medina, Graciela (dirs.) – Esper, Mariano (coord.) - *Código Civil y Comercial Comentado*, La Ley, Bs. As., 2014, T.III, p. 1043.

extracontractual⁵, mientras que el art. 1728 CCCN quedaría reservado para los casos de responsabilidad contractual⁶.

Por nuestra parte creemos que en materia de responsabilidad contractual existe una pauta especial para juzgar la *previsibilidad* de las *consecuencias dañosas*. Este *juicio de previsibilidad* se realiza atendiendo a un criterio circunstancial y subjetivo, considerando lo que las partes previeron o pudieron prever, sea al momento de la celebración del contrato paritario –para el caso del incumplimiento culposo, y para las hipótesis de responsabilidad contractual objetiva–, y también al momento en que se produce el incumplimiento –para el caso de dolo–.

En definitiva, se mantiene una distinción de órbitas en cuanto a la determinación de las consecuencias resarcibles. En concreto, el art. 1728 del CCCN adopta el parámetro de la *previsibilidad* para la responsabilidad contractual, mientras que los arts. 1726 y 1727 del mismo Código determinan la regla de la *relación de causalidad adecuada* para la órbita extracontractual. Por consiguiente las categorías definidas en el art. 1727 CCCN (consecuencias mediatas, inmediatas y casuales) no resultan de aplicación para efectuar el *juicio de previsibilidad*⁷, el que se realiza con referencia a lo que las partes *previeron* efectivamente o pudieron *prever* al momento de la celebración del contrato a lo que, cuando se tratare de un caso de incumplimiento doloso, se adicionarán las consecuencias que se previeron o pudieron preverse al momento del incumplimiento.

Por lo demás, conviene precisar que el juicio de previsibilidad del art. 1728 del CCCN se refiere únicamente a los contratos paritarios o negociados, en los que rige plenamente la autonomía privada para delimitar las obligaciones asumidas por cada una de las partes y, por ello, de prever las consecuencias del eventual incumplimiento⁸. Ello excluye la aplicación a: los contratos de consumo, y, por los mismos fundamentos, a los contratos que son celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas; los casos en que se trata de un incumplimiento doloso; los daños provocados a la persona con motivo del contrato. Frente a estas hipótesis, la reparación se rige por las reglas generales de la relación de causalidad previstas para la responsabilidad extracontractual, y queda descartada la aplicación de la previsibilidad contractual⁹.

II.- La previsibilidad contractual

⁵ Boragina, Juan C. y Meza, Jorge A. – “Responsabilidad civil contractual y extracontractual”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2012-3, cit., p. 130. Los autores ven inconveniente la distinción, atento al consenso unificador que poseía la doctrina.

⁶ Trípoli, Pablo y Silva, Rogrigo G. – “Nociones básicas sobre la relación de causalidad en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en JA 2012-IV-1498.

⁷ En similar sentido, Picasso, Sebastián – “La unificación de la responsabilidad civil en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado”, en *Revista Derecho Privado*, año I, n°3, *Reformas al Código Civil II. Obligaciones y responsabilidad*, Infojus, Bs. As., 2012, p. 82.

⁸ Conf., “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión Redactora”, en *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Infojus, Bs. As., 2012; Picasso, Sebastián – “Comentario al art. 1728”, en Lorenzetti, Ricardo (dir) – De Lorenzo, Federico y Lorenzetti, Pablo (coords.) – *Código Civil y Comercial Comentado*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 424.; Azar, Aldo M. – “La relación causal en el Proyecto de Código Civil y Comercial” cit., p. 32; Galdós, Jorge M., en colaboración con Blanco, Gustavo – “Diferencias entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual...” cit., p. 275.

⁹ Lorenzetti, Ricardo L. – *Tratado de los Contratos. Parte General*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 626; Sozzo, Gonzalo – *Antes del contrato* – Lexis-Nexis, Bs. As., 2005, p. 234.

La *previsibilidad contractual* es un mecanismo jurídico que permite delimitar cuáles de todas las consecuencias dañosas que se generan con el incumplimiento obligacional deberán ser reparadas por el deudor. Este criterio encuentra su origen en la vieja doctrina francesa y ha sido seguido invariablemente en el derecho comparado y en el derecho global¹⁰.

Como lo sostienen los Fundamentos del Anteproyecto, la cuestión involucra la distribución de riesgos que las partes efectúan al momento de contratar¹¹. De ello se sigue que, si se indemnizaran consecuencias que no resultaron previstas por las partes, o no pudieron ser *razonablemente* previstas, se alteraría la ecuación económica del contrato, y se obligaría al deudor a un sacrificio mayor al que creyó asumir al celebrar el contrato¹². En todo caso, la regla del art. 1728 CCCN *dialoga* con lo dispuesto en el art. 961 del mismo Código, de acuerdo al cual el contenido del contrato se extiende, no sólo a lo expresamente previsto, sino también a lo que puede considerarse comprendido “*con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor*”. De modo que la *razonabilidad* se constituye como el criterio de ponderación de lo que se considera previsible.

Cabe agregar que el juicio de previsibilidad –es decir, la posibilidad de prever consecuencias dañosas que efectúa el deudor al contratar–, depende de un elemento cognitivo. Sobre la base del conocimiento disponible al contratar podrá efectuarse la previsión de las consecuencias dañosas del incumplimiento. A la misma conclusión arribaba la doctrina incluso bajo la vigencia del Código Civil derogado¹³.

Se trata de la información con la que el deudor contaba al momento de contratar, o de las creencias que pudieron desprenderse de la confianza que suscita la otra parte (art. 1067 y 1725, CCCN), según las exigencias de la buena fe (art. 961, CCCN), regla que el nuevo Código Civil y Comercial consagra como principio general de todo el derecho privado (arts. 9, 426, 706, 729, 756, 961, 991, 1061, 1484, 1710, 1743, 1824, 1901, 1903, 2315 y conchs., CCCN). De la información conocida o conocible dependerá la posibilidad de imaginar las consecuencias posibles de un eventual incumplimiento. Justamente, el *conocimiento* como antecedente de la *previsibilidad* y la reparación, es mencionado expresamente en el CCC en ciertos supuestos especiales¹⁴. Por

¹⁰ “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial...” cit. En el derecho comparado, art. 1150, Cód. Civ. francés; art. 1225, Cód. italiano; art. 1107, Cód. Civ. español. En el derecho global: Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (art. 74), Código Europeo de los Contratos de la Academia de Pavia (art. 162), Principios Unidroit sobre los contratos internacionales (art. 7.4.4). Se recuerda siempre el viejo precedente inglés de 1854 “Hadley v. Baxendale” (ver, Cueto Rúa, J. – “La previsibilidad del daño contractual (la regla ‘Hadley v. Baxendale’)”, en *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Comparado*, Zavallía, 1977, vol. 1, pp. 34-63.)

¹¹ “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil...” cit., p. 684.

¹² Ello, además de resultar ajeno a un régimen justo, resulta ineficiente, pues afectaría de manera refleja el funcionamiento de los contratos (Lorenzetti, Ricardo L. – *Tratado de los Contratos. Parte General* cit., p. 626).

¹³ Acciarri, Hugo - *La relación de causalidad y las funciones del Derecho de Daños*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 79; Alterini, Atilio A., Ameal, Oscar J. y López Cabana, Roberto M. – *Derecho de Obligaciones*, Abeledo Perrot, 2° ed., Bs. As., 1998, p. 28.; Pizarro, Ramón D. y Vallespinos, Gustavo D. – *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, Hammurabi, 1999, T. 3, p. 171.

¹⁴ Por ejemplo, el art. 1372 del CCCN al tratar la responsabilidad del hotelero establece que “*se limita al valor declarado de los efectos depositados*”; el 1294 CCCN, al establecer la responsabilidad por las cosas transportadas en el transporte de personas, afirma que “*el transportista no responde por pérdida o daños sufridos por objetos de valor extraordinario que el pasajero lleve consigo y no haya declarado antes del viaje o al comienzo de éste*”, mientras que en el transporte de cosas la indemnización por pérdida o avería de la cosa se calculará según el valor del menoscabo “*en el tiempo y el lugar en que se entregaron o debieron ser entregadas al destinatario*” (art. 1311 CCCN).

otra parte, la dilucidación de la *previsibilidad* contractual sobre la que se han de conectar las consecuencias dañosas con el incumplimiento se vincula de algún modo con la delimitación del *objeto* del contrato –o, con mayor amplitud, con su *contenido*– e, igualmente, con la *finalidad* del vínculo.

Por último, en cuanto a la extensión de la previsibilidad, resta preguntarse si debe haber sido previsto el *quantum* del daño o basta con que el deudor haya previsto genéricamente la consecuencia dañosa. En la doctrina comparada, Pantaleón Pietro ha dicho que debe resultar previsible la entidad cuantitativa y no la exacta cuantía del perjuicio¹⁵. Entre nosotros, Lorenzetti ha sostenido que la previsibilidad se refiere a la naturaleza del daño y no su amplitud¹⁶.

Para el caso de *incumplimiento doloso*, el art. 1728 CCCN incorpora una variante: además de indemnizarse las consecuencias previstas o previsibles al momento de la celebración del contrato, se repararan las existentes al *momento del incumplimiento*. Debe advertirse que tratándose de un caso de responsabilidad extracontractual el dolo no conlleva una variación en cuanto a las consecuencias reparables según la relación de causalidad (arts. 1724 a 1727 CCCN). La incorporación del agravamiento en el art. CCCN obedece al seguimiento de la tradición jurídica argentina y, en particular, al tratamiento que la *inejecución maliciosa* recibía en el art. 521 del Código Civil derogado. Dejando atrás un viejo debate doctrinario, cabe precisar que el “dolo del deudor” se refiere al incumplimiento de la obligación que se produce “*de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos*” (art. 1724 CCCN).

III.- Conclusiones

Exponemos esquemáticamente a continuación las conclusiones que según nuestro parecer se desprenden del análisis de las normas involucradas. Creemos que el art. 1728 CCCN incorpora el criterio de la *previsibilidad contractual* como mecanismo jurídico para delimitar las consecuencias resarcibles en caso de incumplimiento obligacional culposo en los contratos negociados. La ponderación del juicio de previsibilidad deberá efectuarse en base a los siguientes parámetros:

a) Debe evaluarse según un cartabón subjetivo, que permita determinar lo que el contratante obligado *previó* efectivamente o pudo *razonablemente* prever según la circunstancias concretas del caso al momento de contratar;

b) La posibilidad de prever se define según el *conocimiento* con el que contaban las partes al momento del contratar. Se tendrán por conocidas las circunstancias ordinarias, esto es, las comúnmente usuales o habituales (las que son de público conocimiento; art 1727 CCCN), o las que debieron serlo por la naturaleza del acto (objeto y finalidad), o por las condiciones particulares del deudor (art. 1725, CCCN). Para que otras circunstancias excepcionales y propias del contrato en particular se tengan por efectivamente conocidas o conocibles deberán ser comunicadas a la otra parte –directa o indirectamente– al momento del contratar, pues su conocimiento no puede presumirse;

¹⁵ Pantaleón Prieto, “Comentario al art. 74”, en Díez Picazo y Ponce de León, Luis M. (dir.) – *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998, p. 606.

¹⁶ Lorenzetti, Ricardo L. – *Tratado de los Contratos. Parte General* cit., p. 627. En el mismo sentido, Trípoli, Pablo y Silva, Rodrigo – “Nociones básicas sobre la relación de causalidad...”, cit.

c) El juicio de previsibilidad se enfoca a la trama obligacional del contrato, determinada por el objeto, la causa y el tipo contractual (arts. 961 y 281, CCCN);

d) La previsibilidad se vincula con la cognoscibilidad, que es un presupuesto fáctico temporalmente anterior, de modo se puede o no prever según se pueda o no conocer.

e) Es suficiente con que haya resultado previsto o previsible la naturaleza del daño, aunque no su extensión;

f) El juicio de previsibilidad queda desplazado cuando se trata de un contrato de consumo o de un contrato celebrado por adhesión a cláusulas generales predispuestas, o cuando el incumplimiento es doloso, o cuando como consecuencia del contrato se causan daños a la persona. Para estos casos rigen las reglas de la relación de causalidad previstas para la responsabilidad de orbita extracontractual;

g) En caso de dolo, la reparación se determina también según las consecuencias previsibles al momento del incumplimiento;

h) Mientras “la probabilidad” se vincula más bien con un análisis objetivo, el juicio de previsibilidad obedece a un criterio subjetivo y concreto;

i) El lucro cesante y la pérdida de chances son consecuencias resarcibles indemnizables que tienen en común, aunque con distinto grado de intensidad, a la probabilidad;

j) El principio objetivo de la normalidad previsto en el art 1727 del CCCN, aunque es propio de la causalidad adecuada (arts. 1726 y 1727, CCCN), también resulta una valiosa herramienta de interpretación coadyuvante en materia de previsibilidad contractual prevista en el art 1728 del CCCN.

k) Si bien la clasificación de las consecuencias en mediatas, inmediatas y casuales carece de efecto normativo en el juicio de previsibilidad contractual, y no constituyen categorías compatibles y aplicables al incumplimiento obligacional, conservan valor dogmático a los efectos de desentrañar la naturaleza de las consecuencias dañosas.